

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1086

(Ano XIV)

(14/05/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Projeto de lei das “fake news”: uma fraude legislativa
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

O superendividamento e o princípio da dignidade da pessoa humana: a tutela do consumidor sob a ótica da Lei 14.181/21

Pedro Henrique de Sousa Ramos e Valéria Linelly Vieira Silva, 05.

Punibilidade do psicopata no direito penal brasileiro

Larissa Maria Buarque Magalhães, 48.

Guarda compartilhada em período de pandemia

Eduarda Gonzaga Lopes, 66.

Extravagante aumento da violência doméstica no Brasil durante a covid-19

Emilly da Silva de Oliveira, 81.

Uma análise da mente criminoso e da psicopatia no âmbito jurídico no direito penal brasileiro

Gleyka Maria Alves Sardinha, 97.

A judicialização do direito a saúde e o direito dos cidadãos brasileiros.

Estela Ferreira de Vasconcelos, 113.

Direito dos animais: abandono e maus-tratos de cães e gatos durante a pandemia no Brasil

Leandro Nunes de Souza, 127.

Consequências jurídicas da violência contra o idoso

Marco Antônio Franco Leal, 149.

Relação de poder: uma análise do crime de assédio sexual entre professor e aluno

Morganna Cristine Machado Moreira, 162.

O uso de animais em testes de cosméticos à luz do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro

Cristhyane Vanzetto Neto Rezende, 180.

Violência doméstica e familiar contra a mulher: A articulação do trabalho em rede para proteção da mulher na cidade de Imperatriz-MA.

Luciana Donato Primo, 198.

O direito constitucional de ir e vir e a pandemia da Covid-19

Anna Carolina Schmitz, 223.

Jornada 12x36 e os impactos na saúde do trabalhador

Thiago Aires do Nascimento, 237.

Uma análise da condição jurídica dos animais domésticos no ordenamento jurídico brasileiro

Newton Nascimento Queiroz, 258.

A base de cálculo do ITBI na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Luiz Mário Araújo Camacho Carpanez, 271.

O uso do teletrabalho durante a pandemia da COVID-19: inovação e tecnologia

Gabriella Ferreira Batista, 283.

A guarda compartilhada e os efeitos psicológicos nos envolvidos

Paulo José Sanches, 299.

Direitos fundamentais – laqueadura: direito previsto x prática

Cleide Dayane Martins Vieira Leite Borges, 307.

Inquérito 4781/DF: a possível violação de princípios constitucionais do sistema processual penal acusatório

Samara Lauane dos Santos Ferreira, 332.

Documentos eletrônicos no direito brasileiro

Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior, 363.

Perspectiva jurídica do uso de energia solar no município de Palmas - Tocantins

Thiago Klug Zellmer Souza, 384.

Privacidade digital entre empresa e cliente: análise jurídica

Edineuda Alves Dias, 404.

Direito à privacidade e os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados

Samuel Mariano Ferreira, 417.

A ausência de vagas em hospitais psiquiátricos: uma possível violação à dignidade da pessoa humana

Laise Araújo dos Santos, 431.

Armamento civil: eficaz ou perigoso?

Larissa Barbieri de Oliveira, 462.

Direito Desportivo Trabalhista

Augusto Tozzo dos Santos, 481.

A proteção dos dados pessoais do consumidor na LGPD: uma reflexão crítica sobre sua eficácia normativa a partir do paradigma da boa-fé objetiva

Vinicius Vitor Pereira Cavalcante, 490.

A possibilidade do cônjuge ou companheiro sobrevivente que possui outros imóveis que não é sua residência de possuir o direito real de habitação

Alexandre Fernandes de Sá, 561.

PROJETO DE LEI DAS “FAKE NEWS”: UMA FRAUDE LEGISLATIVA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na Pós – graduação do Unisal.

O Projeto de Lei 2.630/20 que ganhou o epíteto de “Projeto da Lei das ‘fake news’”, foi apresentado pelo Senador Alessandro Vieira em sua redação inicial, contando agora com novo formato dado pelo Relator, Deputado Federal Orlando Silva. 1

A legislação projetada tem uma ementa e um artigo 1º., que nos remete, como tem sido muito comum hoje em dia, a Stendhal [Henry Beyle] quando este afirma o seguinte:

“Ao homem foi dada a palavra para esconder seu pensamento”. 2

Não existe referência à censura e nem mesmo à imposição de limites ou relativizações da liberdade de expressão, informação e pensamento. Ao reverso, a legislação se autointitula como um diploma *protetor* da “Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet”. Ora, diante dessa exposição dos fins da legislação em projeto certamente ninguém seria capaz de se posicionar contra a promoção e proteção da “liberdade”, da “responsabilidade” e da “transparência”. Seria muito fácil rotular de autoritária qualquer pessoa que pretendesse criticar essas garantias que refletem cernes do sistema democrático e até mesmo de um referencial ético razoável.

A legislação projetada não reduz essa técnica de apresentação de propostas totalmente palatáveis à sua ementa e ao seu primeiro artigo. Há no corpo do texto algumas disposições indiscutivelmente virtuosas, causando sempre o efeito paralisante de qualquer crítica.

Por exemplo, o artigo 8º. estabelece obrigação aos provedores de disponibilização, de forma acessível, em língua nacional, de informações claras, públicas e objetivas sobre os “Termos e Políticas de Uso”. Quem iria se opor à devida informação

1 Cf. PROJETO de Lei 2.630, de 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/midias/file/2022/03/fake.pdf>. Acesso em 09.04.2022.

2 STENDHAL [Henry Beyle]. *O Vermelho e o Negro*. Trad. Maria Cristina F. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1995, p. 147.

do consumidor ou usuário de serviços de internet? Acontece que esse direito do consumidor ou usuário já é garantido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) em seu artigo 6º., inciso III, ainda constando do mesmo dispositivo, agora em seu Parágrafo Único, a necessária extensão desse direito de informação com acessibilidade às pessoas deficientes.

Na Seção IV, intitulada “Dos Procedimentos de Devido Processo”, fica estabelecido no artigo 15, incisos e parágrafos, todo um regramento para que os provedores possam impor penalidades aos usuários, garantindo que não ocorram, como hoje é comum, bloqueios, exclusões e suspensões genéricas, muitas vezes sem nem mesmo haver comunicação prévia ou posterior e, quando há, tal comunicação é totalmente lacunosa, apenas se referindo à expressão genérica de “violação dos padrões da comunidade”, seja lá o que isso possa significar. Certamente as regras impostas pelo artigo 15 são benéficas ao usuário, que poderá exercer direito efetivo de contestação da punição no âmbito administrativo e, acaso não sejam cumpridas as exigências legais, poderá se valer do judiciário para não somente restituir seus direitos de uso liminarmente, como pleitear indenizações por danos materiais e morais. Eis mais um dispositivo que não comporta crítica. Ao reverso, colmata uma lacuna legal que hoje possibilita uma opressão dos usuários pelas plataformas com aplicação de medidas de restrição totalmente arbitrárias. O artigo 15 da legislação em projeto é um elemento de *sedução* para todo aquele que tenha acesso ao seu teor.

Outro exemplo similar é o § 8º., do artigo 22 que estende expressamente a “imunidade parlamentar material” às plataformas de redes sociais. Quem em sã consciência seria contrário à garantia do livre exercício do mandato pelo parlamentar? Acontece que isso já é garantido pelo artigo 53 da Constituição Federal e não se trata de dispositivo que precise de uma regulamentação ordinária, sua aplicabilidade é imediata e independente. Ademais, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência, incluindo a do STF, que “a imunidade parlamentar material não se restringe às palavras proferidas dentro da casa parlamentar”.³ Neste sentido:

“A cláusula de inviolabilidade constitucional, que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional, por suas palavras, opiniões e votos, também abrange, sob seu manto protetor, as entrevistas jornalísticas, a transmissão para a imprensa do conteúdo de pronunciamentos ou relatórios produzidos nas Casas Legislativas e as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações – desde que vinculadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como

³ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017, p. 1367.

natural projeção do exercício das atividades parlamentares” (STF, Inq. 2.332, AgR., Rel. Min. Celso de Mello). 4

Dessa forma o dispositivo em comento não passa de uma redundância com relação à garantia constitucional já instituída e amplamente reconhecida. Talvez alguém aluda ao caso do Deputado Federal Daniel Silveira, o qual, inobstante todas as garantias constitucionais e a própria jurisprudência do STF, tem violadas reiteradamente suas prerrogativas parlamentares, não somente sendo calado, como submetido a investigações, processos criminais, cautelares processuais penais e até mesmo a prisão provisória. 5 Mas, se a Corte que deveria ser a guardiã da Constituição é a primeira a desprezar sua letra e violar flagrantemente seu conteúdo, por que se deveria acreditar que por causa de um parágrafo de lei ordinária magicamente ingressaríamos num paraíso de legalidade e constitucionalidade? É evidente que estamos diante de uma prestidigitação ou de um ilusionismo jurídico.

Esses exemplos bastam para demonstrar que o Projeto de Lei em estudo até contém pontos positivos, embora alguns deles nem mesmo sejam verdadeira novidade ou tenham o potencial de ser efetivos no que tange a assegurar os direitos ali previstos. Há ainda o emprego de palavras positivas como “liberdade”, “responsabilidade” e “transparência”, mas é preciso olhar sob a pele dessas palavras e constatar o que pode estar oculto num jogo de luz e sombras. Já cantava o poeta que “sob a pele das palavras há cifras e códigos”. 6

Uma luz de alerta já deveria ser acionada quando da tentativa de colocação em votação de um Projeto de Lei que trata de matéria tão polêmica e delicada em regime de urgência. Isso não poderia acontecer. A discussão de um tema desse jaez exige calma, ponderação, discussão exaustiva e muita reflexão. Parafraseando o dito atribuído a Goethe, a única urgência verdadeira é ter paciência.

Felizmente a votação em regime de urgência acabou rechaçada. Entretanto, não há muito que comemorar, pois o placar foi extremamente apertado, de modo que não parece que boa parte dos parlamentares tenha noção da relevância e dos perigos que compõem o tema em discussão, ou pior, alguns deles têm sim consciência de tudo isso,

4 Op. Cit., p. 1367.

5 ADVOGADOS repudiam inquérito de Moraes contra Daniel Silveira: “inconstitucional e ilegal”. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/advogados-repudiam-inquerito-de-moraes-contra-daniel-silveira-inconstitucional/>, acesso em 09.04.2022.

6 DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. A Flor e a Náusea. In: DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *Reunião Drummond – 10 livros de poesia*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978, p. 78.

mas pouco ou nada se importam, pretendendo impor a legislação a ferro e fogo e a toque de caixa por motivos certamente inconfessáveis. 7

Um olhar atento ao material projetado revela tratar-se de uma espécie de “ladeira escorregadia” legislativa que se revela no vão do que é dito e do que fica por dizer ou fazer. Há entrelinhas e potenciais perigos ocultos que precisam ser cuidadosamente considerados.

Não é aconselhável olvidar o aviso de Todorov quanto ao uso da liberdade (valor fundamental da Democracia) como instrumento, pretexto ou justificativa para sua corrosão desde dentro. Afirma com razão o autor que as maiores ameaças à Democracia atualmente não “vêm do exterior, da parte daqueles que se apresentam como seus inimigos, mas, sobretudo de dentro, de ideologias, movimentos ou gestos que alegam defender valores democráticos”, eventualmente insinuando que esses valores democráticos podem nem sempre ser bons ou precisarem de contenção. 8

O Projeto de Lei em análise pode ser um belo instrumento para levar a efeito a manobra manipulativa que Bernardin chama de “pé - na - porta”:

Começa-se por pedir ao sujeito que **faça** algo mínimo (ato aliciador), mas que esteja relacionado ao objetivo real da manipulação, que se trata de algo bem mais importante (ato custoso). Assim o sujeito sente-se **engajado**, ou seja, psicologicamente preso por seu ato mínimo, anterior ao ato custoso (grifos no original). 9

Nada indica claramente ou abertamente no Projeto de Lei o intento de fazer qualquer um abrir mão de liberdades básicas como a de expressão, informação, pensamento, imprensa etc. Ao reverso, como já demonstrado, a legislação em perspectiva se apresenta sob a roupagem de um manto protetor dessas liberdades. Sutilmente insere a palavra “responsabilidade” que ocultando revela um ímpeto de limitação da liberdade. Mas, quem pode ser favorável uma liberdade sem responsabilidade, a qual pode ser até confundida com libertinagem? É jogo insidioso que trás à baila a palavra “transparência”, mas se sustenta em uma opacidade deliberada, exibindo uma proposta de regulamentação dos canais de comunicação da internet, com vistas a supostos fins nobres, mas com

7 CÂMARA rejeita regime de urgência para projeto de lei sobre fake News. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/camara-rejeita-regime-de-urgencia-para-projeto-de-lei-sobre-fake-news/>, acesso em 09.04.2022.

8 TODOROV, Tzvetan. *Os Inimigos Íntimos da Democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 12.

9 BERNARDIN, Pascal. *Maquiavel Pedagogo*. Trad. Alexandre Müller Ribeiro. Campinas: Vide Editorial, 2013, p. 21.

potencial lesivo da liberdade de manifestação das pessoas. Nesse ponto torna-se atrativo ceder ao apelo do legislador, sem perceber que mais adiante virão exigências muito mais tolhedoras e invasivas.

Nos tempos bíblicos o direito de primogenitura era algo de extremada relevância, com implicações em termos de “status” social, familiar e até sucessório. Não obstante, narra-se que Esaú, ao retornar do trabalho no campo, encontrou seu irmão Jacó fazendo um guisado. Estando fatigado e faminto, pediu um pouco da comida. Jacó astutamente lhe disse que lhe daria, mas somente se lhe vendesse, por esse favor, o seu direito de primogenitura. A resposta de Esaú foi insensata: “Morro de fome, que me importa o meu direito de primogenitura”. Diante disso Jacó exigiu que Esaú jurasse e ele jurou. Daí que Esaú acabou vendendo seu direito de primogenitura a Jacó, recebendo em troca um pão e um prato de lentilhas (Gênesis 25, 29 – 34).

A passagem bíblica é providencial, pois é possível que em nossa inércia ou mesmo por adesão voluntária induzida, troquemos nossas liberdades por um pão e um prato de lentilhas.

A legislação projetada dá mostras do perigo que oculta logo no Parágrafo Único de seu artigo 1º. Ali afirma que “as vedações e condicionantes” previstas em seu bojo “não implicarão restrição ao livre desenvolvimento da personalidade individual, à manifestação artística, intelectual, de conteúdo satírico, religioso, político, ficcional, literário ou qualquer outra forma de manifestação cultural”, em estrita obediência ao disposto no artigo 5º., IX e artigo 220 da Constituição Federal.

Mas, será que a não implicância em restrições pode ser decretada por um discurso legal? Parece que não. Parece que o que determinará se haverá restrições será o conteúdo efetivo da legislação em seu conjunto, bem como, principalmente sua aplicação prática e seus desdobramentos burocráticos.

Essa necessidade de tentar acenar com o suposto respeito assegurado às liberdades se assemelha à fábula do escorpião que pede ao sapo para ajudá-lo a atravessar o rio, jurando que não usará seu aguilhão para picá-lo e matá-lo no caminho. O sapo confia, pois pensa que se o escorpião o picar ambos morrerão afogados. No entanto, no meio do rio, o escorpião fere o sapo mortalmente. Em seus últimos suspiros, o sapo indaga por que o escorpião agiu assim e ele responde que assim o fez porque essa é a sua natureza. 10

Também no caso da legislação todos acabarão prejudicados, mas a estrutura da lei em projeto, seu espírito e inspiração lhe conferem uma natureza cujo controle foge com facilidade das prescrições e interdições normativas. O aceno do legislador com a imposição verbal de limites à ingerência nas liberdades é, na melhor das hipóteses, um equívoco

10 PRIETO, Heloísa. O Livro dos Medos. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 1998, p. 25.

gnosiológico consistente em confundir textos e construtos mentais com a realidade. A vida real não se compõe de palavras que se referem a outras palavras, textos que se ligam a outros textos, signos que expressam significados sem referentes. Dizer que a lei não vai coartar liberdades não faz com que, diante do teor e da natureza da temática da normatização pretendida haja real impedimento de terríveis violações.

O artigo 3º. do Projeto delinea os princípios que devem pautar a aplicação da lei. Nada há que se possa novamente dizer contra a aderência a tais princípios. Entretanto, sua mera menção legal não garante absolutamente nada, mesmo porque seus conteúdos são extremamente indeterminados. Fala-se, por exemplo, no Princípio da Liberdade de Expressão e Imprensa. Ora, isso é garantido constitucionalmente, mas vemos dia a dia seu desrespeito até mesmo por quem deveria ser seu maior guardião, chegando-se atualmente a termos órgãos de comunicação e imprensa fechados e com contas bloqueadas por ordem judicial, à semelhança de regimes totalitários como a Venezuela. A questão não é arrolar princípios no papel, mas sim o efetivo valor e espectro (amplitude) social, cultural e jurídico que, na prática, se confira a tais princípios. O mesmo se diga do “respeito ao usuário em sua livre formação de preferências políticas e religiosas e de uma visão de mundo pessoal”. Isso é certamente abrangido pela liberdade de consciência e pensamento já constitucionalmente tuteladas. Mas, não é o respeito a essa principiologia o que se tem visto na prática, e sim a seletividade daquilo que é “politicamente correto”, das “visões de mundo admissíveis” segundo critérios impostos heteronomamente, isso sem mencionar a questão do estreitamento ou pelo menos intento de estreitamento cada vez maior das manifestações religiosas, especialmente aquelas que não se submetem à imanentização e secularização dos seus conteúdos. Cita-se também o amplo acesso aos meios de comunicação e à informação, bem como a proteção da saúde pública. Na denominada “pandemia” tivemos uma excelente amostra de como se pretende interpretar esse acesso e essa proteção. Não por meio do livre debate, mas com a proibição até mesmo de palavras e temas de discussão e a imposição de um pensamento único. Na verdade a “saúde pública” (uma expressão tão indeterminada quanto “ordem pública”) constitui-se num excelente pretexto para medidas restritivas da liberdade individual e coletiva. Harari alerta para a tendência do uso de epidemias ou pandemias como desculpa para “supostamente proteger as pessoas” e, na realidade, servindo para “formar a base de um regime totalitário extremo”. 11

Analisando exatamente a situação criada com o advento da “pandemia” de Corona - Vírus, Valli demonstra como o argumento de “proteção da saúde pública”, sustentado

11 HARARI, Yuval Noah. *Notas Sobre a Pandemia*. Trad. Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 67.

numa “heurística do medo ou do temor”¹² serviu como instrumento de opressão das liberdades individuais:

A narrativa útil para o despotismo terapêutico põe no centro o medo da doença. Quanto mais é dominada pelo medo de perder a saúde, mais a opinião pública está disposta a transformar-se em uma imensa enfermaria de hospital, com o autocrata no papel de médico – sacerdote que oficia o rito necessário para alcançar a cura. Então, o cidadão, tendo-se tornado paciente, não consegue mais falar, mas apenas deixa-se guiar. A política que vira medicina e a medicina que vira política, através de métodos fideísticos (não se trata tanto de compreender, mas de confiar), instalam um despotismo paternalista, mas não por isso menos imposto, e o elemento aglutinador é garantido pela narração produzida pelos meios de comunicação de massa dominantes, todos alinhados do mesmo lado e cuidadosos em dar voz apenas aos que contribuem para o esquema, enquanto aqueles que optam por outras interpretações são marginalizados.

O nascimento, em plena pandemia, de uma força – tarefa contra notícias falsas foi emblemático dessa orientação. Em uma democracia liberal, são os cidadãos, comparando diferentes fontes, que formam opiniões sobre as questões em jogo e avaliam, por conseguinte, às quais atribuir maior ou menor autoridade, seriedade e honestidade. Com a força – tarefa, porém, vimos o governo entrar em campo diretamente na tentativa de estabelecer de cima o que é verdade e o que é mentira. Novamente, aqui está o despotismo, conectado, neste caso, à vital questão da informação.¹³

A grande questão é que tudo que se designa como um “princípio” comporta uma elasticidade natural e essa flacidez de sentido ganha sempre maior intensidade quanto mais são utilizadas expressões semanticamente abertas às diversas interpretações e aplicações contingentes de acordo com as circunstâncias do momento.

Por que o Projeto se preocupa em assentar no artigo 3º., § 2º., que a “liberdade de expressão é direito fundamental nos termos do artigo 5º., IX, CF? Será que a norma constitucional precisa de reforço de um dispositivo ordinário para valer? É óbvio que não. Isso é sintomático de uma sociedade que se acha culturalmente atrasada e precisa de normas para reger milimetricamente a tudo. Quanto mais normas existem, quanto mais

¹² Cf. JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad*. Trad. Javier Maria Fernandes Retenaga. Barcelona: Herder, 1995, p. 66.

¹³ VALLI, Aldo Maria. *Vírus e Leviatã*. Trad. Diogo Fontana. Curitiba: Danúbio, 2021, p. 22 – 23.

elas se repetem umas às outras em uma espécie de retroalimentação mútua, isso significa que estamos diante de uma sociedade enferma. É preciso dizer que as pessoas tem direito à liberdade de expressão, não só na Constituição, mas na lei ordinária em repetição monótona. É preciso estabelecer por lei que crianças e adolescentes devem ser respeitados por sua especial condição de pessoas em desenvolvimento (ECA – Lei 8.069/90), é preciso dizer que devemos respeitar e cuidar de nossos idosos (Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03). E assim poderia continuar quase sem parar. A existência de toda essa normatização não implica que o Brasil seja um país humanamente desenvolvido. Ao reverso, significa que o que devia ser internalizado naturalmente em nossas consciências precisa ser objeto de normas e respectivas sanções e mesmo assim não há efetividade. É exatamente o mesmo que ocorre com a liberdade de expressão. Essa sanha em bradar sua condição de “direito fundamental” somente pode demonstrar a fragilidade do substrato cultural que deveria, este sim, assegurar facticidade ao citado direito.

Um direito somente pode existir e valer realmente se conta com a respectiva garantia. Caso contrário, não passa de “flactus vocis” ou folhas de papel sujas de tinta, cujos signos impressos não passam de ornamentos ideais sem concreção. Falar em liberdade de expressão sem a conferência de uma baliza adequada ao exercício desse direito é deixar, na realidade, o campo aberto para sua restrição arbitrária (como, aliás, tem acontecido, não sendo essas ponderações produtos de lucubrações meramente subjetivas, teorias da conspiração ou devaneios de um nefelibata).

Dalla - Rosa confirma essa visão a respeito do direito como garantia e aponta exatamente o exemplo da liberdade de expressão:

Assim ao entender-se poder como possibilidade de ação social, o direito nada mais pode ser do que a garantia dada por alguém de fora, ao exercício de um poder. Ou seja, de forma alguma se poderia falar em direito se não existisse previamente um meio de fazê-lo existir, que seria a garantia jurídica de possibilidade de atuação (ou não) conforme a decisão pessoal de cada pessoa.

Ao suprimir esta garantia, automaticamente desaparece o direito, pois é impossível pensar em um direito de livre expressão se essa mesma prerrogativa não fosse garantida, pois tal não existiria, a não ser como parte de um discurso retórico manipulador. 14

14 DALLA – ROSA, Luiz Vergilio. *O Direito como Garantia – Pressupostos de uma Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 71.

É exatamente esse caráter manipulador que exsuda abundantemente do diploma legal em perspectiva.

Quando se verificam os objetivos declarados da lei projetada percebe-se que alguns deles são novamente bem vindos, tais como os constantes no artigo 4º., incisos III e IV, que tratam da ampla defesa do usuário em relação a bloqueios, suspensões, restrições etc., promovidos pelas plataformas, bem como da garantia de transparência dos termos de uso (temas já visitados acima quando se comentou sobre o artigo 15). No entanto, finalidades como as expressas no mesmo artigo 4º., incisos I e II (fortalecimento do processo democrático e fomento à diversidade de informações; defesa da liberdade de expressão e impedimento de censura no ambiente “online” e aplicação discriminatória de termos de uso), tudo isso seria muito mais garantido com a ausência de regulamentação, a liberdade e o afastamento da censura somente têm uma fórmula eficaz, qual seja, a não intervenção, seja por parte do Estado (intervenção vertical), seja por grupos privados (intervenção horizontal). A liberdade não suporta, sem desnaturar-se, a imposição de regras limitadoras. O limite da liberdade somente pode surgir quando, num caso concreto, evidenciar-se abuso e causação de prejuízo injusto e injustificável a terceiros. Abstratamente considerada a liberdade não admite freios. Esses freios somente podem existir posteriormente ao exercício da liberdade, o que implica dizer que, na verdade, não são propriamente freios, mas ajustes, compensações e responsabilizações. É assim que a liberdade pode se relacionar com a responsabilidade.

Regular a liberdade é algo impensável. A liberdade simplesmente é um direito naturalmente inerente ao homem, não é um favor do Estado ou de quem quer que seja (porque hoje algumas “Big Techs” também parecem pensar que nos fazem favores e concedem direitos). Portanto, qualquer regulação ou positividade desse direito significa, na verdade, um cerceamento de seu concreto exercício por meio de freios ou impedimentos abstratos, colocados em prática pela letra da lei. São Paulo já alertava que “a letra mata, o espírito vivifica” (Coríntios 3,6).¹⁵ Com a questão da liberdade essa máxima da sabedoria se agiganta, pois que a liberdade não cabe, em sua incomensurável amplitude, no espaço frio, limitado e limitante da legislação positiva. A lei não garante a liberdade, ela, no máximo, a reconhece ou declara. Isso é o ápice do que a lei pode fazer. A partir do momento em que se arvora a regular, a regrar ou a controlar a liberdade, o que ocorre é o oposto da garantia da liberdade, é o aprisionamento e a minimização de um direito amplíssimo em um reduzido horizonte imposto arbitrariamente pelo Estado.

Não é possível imaginar a liberdade confinada previamente ao seu desimpedido exercício. É claro que posteriormente é possível avaliar casos concretos nos quais existe, muitas vezes claramente, abuso desse direito, como é possível abusar de qualquer direito.

¹⁵ Também citando essa máxima paulina na área da hermenêutica jurídica: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 111.

Acontece que a relatividade dos direitos e do próprio Direito em si, já que se trata de conceitos que implicam necessariamente relações intersubjetivas e grupais, não pode ser banalizada como um pretexto para todo e qualquer projeto fascistoide limitador, senão até mesmo supressivo de direitos ou do próprio Direito, com seus caros conceitos de Estado de Direito, Estado Constitucional de Direito, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

Como bem aduz Canotilho, “a liberdade dos modernos (...) é um grito de modernidade a favor das energias individuais, que apenas pedem aos poderes públicos a criação e garantia do mínimo de ordem, necessária ao máximo de liberdade”. 16

É lícito usar uma imagem. A liberdade é como um cavalo selvagem, indômito, independente, imponente, sobranceiro. Quando esse cavalo selvagem é domado, quando sobem em seu costado e o extenuam até ceder, mantém o formato de um cavalo, pode até ter uma aparência bela e quiçá digna. Porém, aceita rédeas, recebe impassível pancadas no lombo e esporadas nos flancos, admite que seu olhar seja limitado e direcionado por viseiras ou antolhos, puxa carroças e aceita cargas e montaria, responde servilmente a comandos. Em verdade, o chamamos ainda de cavalo, parece um cavalo, mas passou a ser uma besta.

Não se pode retirar caracteres essenciais de algo sem que haja desnaturaçãõ.

Há um pequeno conto de Brecht que é recorrente ao refletir sobre o tema em exposição, porque o ilustra de forma inigualável. O texto é intitulado “Forma e conteúdo” e, por oportuno, toma-se a liberdade de transcrevê-lo:

O sr. K. Observava uma pintura na qual alguns objetos tinham uma forma bem arbitrária. Ele disse: a alguns artistas acontece, quando observam o mundo o mesmo que aos filósofos. Na preocupação com a forma se perde o conteúdo. Certa vez trabalhei com um jardineiro. Ele me passou uma tesoura e me disse para cortar um loureiro. A árvore ficava num vaso e era alugada para festas. Por isso tinha que ter a forma de uma bola. Comecei imediatamente a cortar os brotos selvagens, mas não conseguia atingir a forma de uma bola, por mais que me esforçasse. Uma vez tirava demais de um lado, outra vez de outro. Quando finalmente ela havia se tornado uma bola, esta era pequena demais. O jardineiro falou,

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 30.

decepcionado: “Certo, isto é uma bola, mas onde está o loureiro”?
17

Não se pode impunemente enquadrar ou traçar os contornos da liberdade prévia e abstratamente. Dessa tentativa pode resultar que, como o Jardineiro de Brecht, alguém venha a indagar: “Sim, isso é um enquadramento, um traçado perfeito, mas onde está a liberdade”?

Embora acusando sem constrangimento meu amplo coeficiente de ignorância informática, há que considerar também outro aspecto relevante sob o ângulo técnico. Há no projeto várias exigências de prestações, informações, controles, relatórios etc. que ficariam a cargo dos provedores (v.g. artigos 9º. e 10). A questão é saber se essas exigências são exequíveis, lembrando o brocardo tão conhecido que nos ensina que “o impossível não pode ser exigido de ninguém” (“Ad impossibilia nemo tenetur”). Eventualmente pode haver exequibilidade na implantação dessas exigências legais sob o prisma técnico, mas encarecimento da prestação de serviços de modo a inviabilizar seu acesso a grande parte da população e, eventualmente, acabar, por reflexo, inviabilizando economicamente o próprio empreendimento, tendo por consequência o afastamento de empresas dessa área do Brasil, o que significaria uma restrição significativa do horizonte de informação das pessoas e uma elitização do acesso a redes sociais e outros recursos telemáticos. Exigências da lei em projeto também podem impactar os custos operacionais dos provedores, fragilizar a segurança das redes, dificultar o uso da internet por empresas e até mesmo facilitar o trânsito de golpistas e falsas notícias e perfis etc. Essas objeções, considerando meu coeficiente de ignorância extremamente alargado na área, se baseiam nas manifestações críticas do Google a respeito do Projeto de Lei ora estudado, exatamente neste diapasão. 18

Outro aspecto interessante quanto às falhas desse famigerado projeto encontra-se em seu artigo 29. Ali se afirma que haverá “ato ilícito, punível penal e administrativamente” quando alguém impuser qualquer punição de natureza disciplinar” ou quando um “superior hierárquico” praticar ato “que cause prejuízo a servidor público” em razão de “conteúdo por ele compartilhado em caráter privado, fora do exercício das funções”. Pois bem, a lei projetada afirma que há nesse caso ilícitos penal e administrativo, mas não comina pena alguma para a conduta e nem prevê qual punição administrativa aplicável ao infrator com relação ao ilícito administrativo. Ou seja, trata-se

17 BRECHT, Bertolt. *Histórias do Sr. Keuner*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Editora 34, 2006, p. 33.

18 GOOGLE lança campanha publicitária contra Projeto de Lei das “fake news”. Disponível em <https://br.financas.yahoo.com/news/google-lanca-campanha-publicitaria-contra-projeto-de-lei-das-fake-news-194202215.html> , acesso em 09.04.2022. Vide documento original do Google, firmado pelo seu Presidente no Brasil e suas alegações: COELHO, Fábio. O PL 2630 pode impactar a internet que você conhece. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2022/03/google-carta-pl-fake-news-11-mar-2022.pdf>. Acesso em 09.04.2022.

de um dispositivo inaplicável devido à sua deficiente estrutura. Esse artigo em perspectiva pode ser chamado de uma “mula – sem – cabeça ou alma penada vagando a procura de um corpo”. 19

No Capítulo V encontra-se uma das mais perigosas facetas do projeto. Trata-se da sua incursão pelo “Fomento à Educação” (na redação do projeto falta a crase, o que é bastante sugestivo, já que se refere à “educação”). Apresenta o artigo 30 e seu Parágrafo Único a perspectiva de que sob a batuta estatal se desenvolva nos alunos uma abordagem “crítica” do ambiente informacional e midiático. Fica por definir o que se entende por “crítica”, quais serão os critérios que orientarão essa visão crítica. A tendência, mais que perigo, é que essa “educação” informática ganhe cores ideológicas e acabe descambando para a criação ou ao menos a tentativa de criação de uma espécie de “pensamento único”, o que é altamente deletério sob os prismas intelectual, social, político e cultural. E para piorar, ainda nesse item que se refere à “educação”, no Parágrafo Único, o legislador emprega a palavra “afim” (que se refere a afinidade ou proximidade) quando pretende indicar um fim ou finalidade, o que obriga a que se escreva “a fim” (separado). Realmente é cada vez mais compreensível a razão pela qual o Brasil se acha nos patamares mais baixos em comparação aos demais países no quesito “educação”.

No Capítulo VI há previsão de sanções aos provedores em caso de violação das obrigações impostas legalmente. Essas sanções são aplicadas pelo Poder Judiciário, o que torna inevitável a lembrança amarga da lamentável manifestação do então Ministro Presidente do STF, Dias Toffoli, afirmando que o judiciário seria o “editor” do país. 20

Talvez um dos aspectos mais problemáticos se encontre no Capítulo VII, onde se prevê a criação do chamado “Comitê Gestor da Internet” (artigos 33 e 34). Eis a oportunidade que faltava para o surgimento de uma nova casta de burocratas e uma nova fonte de poder burocrático. No exercício dos controles atribuídos legalmente em perspectiva a esse Comitê, é muito provável que haja uma ampliação e “evolução” de instrumentos capazes de coartar a liberdade no ambiente telemático. Como lembra Camarena, a criação de entidades burocráticas para encaixar pessoas ligadas a grupos de

19 O legislador brasileiro é pródigo na produção de teratologias jurídicas. O mesmo já ocorreu e mereceu comentários similares de Marona e Mendes quando da edição da frustrada Lei 10.409/02 que teve a pretensão de ser a sucessora da antiga Lei de Entorpecentes (Lei 6.368/76), mas não pôde jamais ser aplicada porque, embora dotada de uma parte processual, foi publicada com a sua parte penal (tipos penais) totalmente vetada, de modo que o processo, instrumento para aplicação do direito material respectivo, não tinha objeto ao qual se dirigir! Cf. MARONNA, Cristiano Ávila, MENDES, Carlos Alberto Pires. Nova Lei de Tóxicos: o reflexo do irrefletido. *Boletim IBCCrim*. N. 111, fev., 2002, p. 9.

20 SUPREMO e Judiciário atuam como “editores” do país, diz Dias Toffoli. <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/dias-toffoli-stf-nao-abandonar-combate-fake-news>, disponível em 09.04.2022.

poder é um verdadeiro “motor da corrupção”, gerando muito mais problemas do que resolvendo qualquer coisa. O autor ainda faz referência à impagável frase de efeito atribuída ao jornalista e intelectual mexicano, Carlos Castillo Peraza que define a burocracia como “el arte de convertir lo fácil en difícil por medio de lo inútil”. 21 Efetivamente ninguém precisa de um elemento potencialmente embaraçador do natural exercício da liberdade de expressão e comunicação, o qual é intrinsecamente marcado por uma tendência a descambar para a censura.

O emprego indevido, inclusive por Tribunais Superiores, do estrangeirismo “Fake News” com a falhada pretensão de descrever algum crime (inexistente em nosso ordenamento), ensejando infrações reiteradas à legalidade, parece que conduziu o legislador a uma tentativa desastrosa de tipificar essa conduta no artigo 36 da legislação em projeto. O que daí nasceu foi um ser teratológico. Um monstro que devorou o Princípio da Legalidade Estrita, o qual exige um conteúdo semântico seguro e determinado para a incriminação de ações ou omissões humanas. 22 O tipo penal é daqueles que se convencionou chamar “abertos” e que não resistem a mais mínima avaliação de constitucionalidade. Ademais, a redação apresenta erro de concordância primário, misturando plural com singular (“disseminação em massa de mensagens que *contenha*” (sic)) e é confusa ao ponto de ser praticamente incompreensível.

Não se poderia esperar outra coisa a não ser um desastre jurídico – penal dessa tentativa de criminalizar uma expressão vulgar, uma espécie de gíria jornalística e popular, como “Fake News”. Essa espécie de expressão sempre surge dotada de caráter polissêmico, abrangendo os mais variados sentidos de acordo com o emprego mais ou menos amplo dado pelo vulgo. Ter por referência essa expressão, como se ela pudesse ser convertida em uma definição segura, inequívoca e semanticamente determinável, foi o caminho certo para o fracasso retumbante. Parece que o legislador (e também boa parte das supostas “cabeças pensantes”) não consegue distinguir entre a linguagem coloquial, literária, jornalística, popularesca e os termos necessariamente unívocos relativos à linguagem científica. Não há uma compreensão relativa à abertura das demais linguagens e o fechamento da linguagem científica, incluindo a jurídica. Ou as pessoas usam termos comuns com pretensões científicas ou se remetem a termos com sentido muito restrito da área científica quando deveriam utilizar ou interpretar textos de outras linguagens ou discursos. Essa é uma espécie de patologia que atinge muita gente que se diz letrada, gerando esquisitices como o artigo 36 em comento, afora muitas outras encontráveis na vasta legislação brasileira.

21 CAMARENA, Gerardo Enrique Garibay. *Cómo jugar el ajedrez sin dados – Una guía para leer la política y entender a los políticos*. México: Ediciones Wellington SAS de CV, 2019, p. 165.

22 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 31.

Mas, o maior *ovo de serpente* contido nesse Projeto nefasto se encontra no seu artigo 40, que prevê a revisão da lei no prazo de 5 (cinco) anos a partir da data de sua publicação, sendo insondável o que se poderá encartar nesse diploma num futuro não tão distante. Aqui é interessante retomar o processo denunciado de manipulação por meio do recurso do “pé – na – porta”, descrito por Pascal Bernardin já anteriormente citado. A lei nos é ofertada em seu formato atual. Há alguns pontos positivos, ao menos na aparência, há equívocos, há obscuridades e vaguidades, mas se acena com as tais boas intenções das quais se diz popularmente que o inferno está cheio. Aceitamos a legislação e daqui a cinco anos não sabemos o que nos descerá goela abaixo.

Não se pode confiar na efetividade da frase atribuída a Voltaire: “Eu não estou de acordo com o que diz, mas bater-me-ei até à morte para que possa dizê-lo”. Como bem explica Bruckner, essa frase “é tão nobre como vazia”.²³ Não se pode esperar que realmente as pessoas não tendam a pretender impor, ainda que à força, suas convicções, usando para isso o arcabouço normativo – jurídico. Esse perigo sempre paira ameaçador sobre nossas cabeças e por isso é verdadeira a orientação de que “o preço da liberdade é a eterna vigilância”.²⁴

O mesmo Bruckner chama a atenção, porém, para uma característica altamente positiva da Democracia e seu cultivo da liberdade de expressão:

A livre expressão supõe palavras numerosas, vãs e vazias, que também preparam a aparição de uma palavra justa. Sem esse húmus, sem essa confusão verbal, nunca poderá emergir um pensamento forte. A democracia tem isto de único, entre todos os regimes: não mata nem mete na prisão os seus adversários, admite o conflito de interesses, a rotação do poder, a legitimidade das discórdias. Estamos de acordo em que podemos não estar de acordo e conseguimos resolver os nossos diferendos de maneira institucional, através da disputa eleitoral e jurídica.²⁵

É preciso, contudo, manter esse estado de coisas, manter a liberdade à custa de constante vigilância, não permitir que os “inimigos íntimos da democracia” a corroam por dentro, não se render a seduções baratas e nem se deixar levar por manipulações e outros processos insidiosos. Já vivemos na atualidade do nosso país uma opressão judiciária sem precedentes, altamente seletiva, fechando veículos de imprensa, de comunicação,

23 BRUCKNER, Pascal. *Um Racismo Imaginário – Islamofobia e Culpabilidade*. Trad. Pedro Vieira. Lisboa: Gradiva, 2017, p. 176.

24 Dito atribuído ao orador irlandês John Philpot Curran (1750-1817) e eventualmente, por equívoco, a Thomas Jefferson (1743 – 1826).

25 Op. Cit., p. 176.

perseguido comunicadores, políticos, prendendo, bloqueando bens, destruindo carreiras. Tudo sem sequer contar com qualquer base legal. A nossa “democracia” não parece no momento espelhar corretamente a descrição de Bruckner acima transcrita. Por isso é preciso rejeitar uma legislação que se pretende impor a toque de caixa e ter sempre em mente que qualquer regulação a respeito de manifestações na internet deve privilegiar a efetividade da garantia da liberdade de expressão, eliminando barreiras hoje existentes, tais como os controles arbitrários das próprias plataformas, sem necessidade alguma de enveredar pelo periclitante caminho do controle e da burocratização da comunicação e expressão pelas redes sociais e outros meios.

REFERÊNCIAS

ADVOGADOS repudiam inquérito de Moraes contra Daniel Silveira: “inconstitucional e ilegal”. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/advogados-repudiam-inquerito-de-moraes-contra-daniel-silveira-inconstitucional/> , acesso em 09.04.2022.

BERNARDIN, Pascal. *Maquiavel Pedagogo*. Trad. Alexandre Müller Ribeiro. Campinas: Vide Editorial, 2013.

BRECHT, Bertolt. *Histórias do Sr. Keuner*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Editora 34, 2006.

BRUCKNER, Pascal. *Um Racismo Imaginário – Islamofobia e Culpabilidade*. Trad. Pedro Vieira. Lisboa: Gradiva, 2017.

CÂMARA rejeita regime de urgência para projeto de lei sobre fake News. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/camara-rejeita-regime-de-urgencia-para-projeto-de-lei-sobre-fake-news/> , acesso em 09.04.2022.

CAMARENA, Gerardo Enrique Garibay. *Cómo jugar el ajedrez sin dados – Una guía para leer la política y entender a los políticos*. México: Ediciones Wellington SAS de CV, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

COELHO, Fábio. O PL 2630 pode impactar a internet que você conhece. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2022/03/google-carta-pl-fake-news-11-mar-2022.pdf> , acesso em 09.04.2022.

DALLA – ROSA, Luiz Vergílio. *O Direito como Garantia – Pressupostos de uma Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. A Flor e a Náusea. In: DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *Reunião Drummond – 10 livros de poesia*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002.

GOOGLE lança campanha publicitária contra Projeto de Lei das “fake news”. Disponível em <https://br.financas.yahoo.com/news/google-lanca-campanha-publicitaria-contr-projeto-de-lei-das-fake-news-194202215.html> , acesso em 09.04.2022.

HARARI, Yuval Noah. *Notas Sobre a Pandemia*. Trad. Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

JONAS, Hans. *El Principio de Responsabilidad*. Trad. Javier Maria Fernandes Retenaga. Barcelona: Herder, 1995.

MARONNA, Cristiano Ávila, MENDES, Carlos Alberto Pires. Nova Lei de Tóxicos: o reflexo do irrefletido. *Boletim IBCCrim*. N. 111, p. 9, fev., 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2017.

PRIETO, Heloísa. *O Livro dos Medos*. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 1998.

STENDHAL [Henry Beyle]. *O Vermelho e o Negro*. Trad. Maria Cristina F. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1995.

SUPREMO e Judiciário atuam como “editores” do país, diz Dias Toffoli. <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/dias-toffoli-stf-nao-abandonar-combate-fake-news> , disponível em 09.04.2022.

TODOROV, Tzvetan. *Os Inimigos Íntimos da Democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VALLI, Aldo Maria. *Vírus e Leviatã*. Trad. Diogo Fontana. Curitiba: Danúbio, 2021.

O SUPERENDIVIDAMENTO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A TUTELA DO CONSUMIDOR SOB A ÓTICA DA LEI 14.181/21

PEDRO HENRIQUE DE SOUSA RAMOS:
Bacharelado do Curso de Direito do
Centro Universitário Santo Agostinho -
UNIFSA - Teresina-PI ²⁶

VALÉRIA LINELLY VIEIRA SILVA²⁷
(Coautora)

MARIA DO SOCORRO RODRIGUES COELHO²⁸

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES²⁹
(orientadores)

RESUMO: O acesso ao crédito é um importante mecanismo que possibilita às famílias brasileiras, de serem incluídas no mercado de consumo, contudo, em sendo essa oferta desregulada, pode surgir o superendividamento, que gera efeitos individuais e sociais. Diante dessa situação, em cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, o Estado deve intervir para buscar normalizar a situação, sob pena de grave violação aos direitos fundamentais. Ocorre que, no Brasil, essa regulamentação somente ocorreu em julho de 2021 por meio da lei 14.181/21. Esta pesquisa busca analisar como a referida lei, com base na dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, resguarda o consumidor superendividado. Chegando-se a conclusão que a respectiva legislação trouxe mecanismos de prevenção e tratamento a fim de resguardar o consumidor, de maneira eficaz. O método utilizado foi de uma pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, de livros, artigos científicos, teses, dissertações, doutrinadores e legislação nas principais bases de dados indexadas.

Palavras chaves: Direito do Consumidor. Boa-fé. Oferta de Crédito. Mínimo existencial.

²⁶ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* pedrobodo301299@gmail.com

²⁷ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* valerialinelly@hotmail.com

²⁸ Prof. Doutora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* msrcoelho@yahoo.com.br

²⁹ Prof. Mestra do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* rochelefirmeza@hotmail.com

ABSTRACT: Access to credit is an important mechanism that allows Brazilian families to be included in the consumer market, however, when this offer is unregulated, over-indebtedness can arise, which generates individual and social effects. Faced with this situation, in compliance with the principle of human dignity and the existential minimum, the State must intervene to seek to normalize the situation, under penalty of serious violation of fundamental rights. It happens that, in Brazil, this regulation only took place in July 2021 through law 14.181/21. This research seeks to analyze how the aforementioned law, based on the dignity of the human person and the existential minimum, protects the over-indebted consumer. Coming to the conclusion that the respective legislation brought prevention and treatment mechanisms in order to protect the consumer, effectively. The method used was a bibliographic research of the narrative type, of books, scientific articles, theses, dissertations, scholars and legislation in the main indexed databases.

Keywords: Consumer Law. Good faith. Credit Offer. Existential minimum.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa estuda o fenômeno do superendividamento na sociedade brasileira, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, analisando seus efeitos nefastos ao consumidor e de que maneira ocorre a afronta aos direitos fundamentais, considerando que as consequências desse estado refletem diretamente no emocional do consumidor, no seio familiar e social e até mesmo em seu ambiente de trabalho.

Assim, considerando os efeitos individuais e sociais que ele gera para os consumidores, havia a imperiosa urgência de sua regulamentação, a fim de que o consumidor tivesse a oportunidade de se reerguer financeiramente, superando o superendividamento. Tal avanço legislativo ocorreu com a promulgação da lei 14.181 em julho de 2021, que disciplinou aspectos preventivos e de tratamento ao fenômeno do superendividamento, que busca fornecer ao consumidor, mecanismos para lidar com tal situação (BRASIL, 2021).

Com isso, surge o problema de pesquisa: Como a Lei 14.181/21, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana e resguardo ao mínimo existencial, pode tratar e prevenir o fenômeno do superendividamento, utilizando-se das ferramentas existentes, sendo uma delas a intervenção estatal, para reprimir ou evitar as diversas práticas abusivas em detrimento do consumidor (BRASIL, 2021).

Quanto ao desenvolvimento da pesquisa, realizou-se através de uma revisão bibliográfica em Direito do Consumidor, analisando o fenômeno do superendividamento e seus efeitos nefastos na vida daquele que se configura como a parte mais vulnerável da relação de consumo. Tais efeitos gerados pelo fenômeno supracitado, acaba por violar princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, que serão, também, analisados minuciosamente.

Dessa forma, objetiva-se analisar sucintamente a lei 14.181/21, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, apontando como ocorre a proteção legal aos consumidores superendividados, ou seja, objetiva-se descrever como a nova lei auxilia na prevenção, assim como na tentativa de solucionar as graves consequências do superendividamento (BRASIL, 2021).

O presente estudo está organizado em três capítulos. O primeiro capítulo é responsável por conceituar o fenômeno do superendividamento, bem como as causas que o originam, as suas espécies e, por fim, os nefastos problemas ocasionados por ele. No segundo capítulo, é analisado como os princípios da dignidade da pessoa humana e o do mínimo existencial pode ser invocado para a proteção do consumidor superendividado. O terceiro, e último, há uma análise sobre a tutela do consumidor superendividado perante a lei 14.181/21, observando aspectos como: os direitos do consumidor endividado, os mecanismos de prevenção e tratamento trazidos pela nova lei (BRASIL, 2021).

Este trabalho tem como método a pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, que se realizou por meio de pesquisas em livros, artigos científicos, teses, dissertações, jurisprudência e legislações. A relevância social da presente pesquisa revela-se pelo fato de o superendividamento ser um tema atual, que afeta indistintamente os indivíduos, independentemente da classe social, além de seus efeitos possuírem reflexos para além do consumidor que se encontra nessa situação. A relevância acadêmica é caracterizada por permitir que a presente pesquisa sirva de consulta para aqueles que desejarem buscar na seara consumerista, principalmente no que concerne ao superendividamento, o acesso a práticas mais conscientes de consumo.

Já sua relevância jurídica mostra-se por permitir aos operadores do direito uma compreensão acerca das inovações e aspectos legislativos previstos na lei 14.181/21, sobre o fenômeno do superendividamento (BRASIL, 2021).

Com isso, busca-se apresentar por meio da presente pesquisa o fenômeno do superendividamento, desde seu surgimento até suas graves consequências individuais e

sociais. Bem como, analisar os aspectos protetivos dados lei 14.181/21, em especial a prevenção e o tratamento ao superendividamento (BRASIL, 2021).

2 O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO)

Com a estabilização da economia em meados de 1990, a confiança no mercado financeiro voltou influenciada principalmente pelo controle da inflação. Os fornecedores passaram a ofertar massivamente o crédito para as famílias brasileiras, que de imediato corresponderam a tal oferta, adquirindo crédito junto a essas instituições financeiras. Contudo, essa oferta de crédito, que ocorreu de maneira desregulada, trouxe graves problemas aos consumidores brasileiros, agravando-se a situação pela ausência de uma regulamentação específica para o fenômeno do superendividamento.

Segundo Bauman (2008, p. 37) “o consumo é uma condição e um aspecto permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos”.

Nessa senda, fica claro que o consumo é um ato que sempre esteve, mesmo que implicitamente, ligado às condições básicas de sobrevivência do indivíduo, como por exemplo: água, alimento, entre outros itens essenciais à vida do ser humano.

O endividamento faz parte do cotidiano das pessoas, de modo que as relações sociais são baseadas no consumo, e como consequência diariamente se fazem dívidas a fim de adquirir produtos ou serviços essenciais ou não. Dessa maneira, o endividamento é um percalço da vida, que deve ser resolvido entre os particulares, sem a intervenção estatal, salvo quando houver violação ou abuso a direito do consumidor. Assim, quando ocorre o superendividamento, estágio mais avançado do endividamento, é necessária a intervenção estatal a fim de disciplinar a melhor solução para resolvê-lo visando resguardar a dignidade da pessoa humana e garantir o mínimo existencial não só ao consumidor superendividado, como para toda sua família. E como aponta Marques (2010), a melhor maneira de combater o superendividamento ainda é a sua prevenção.

Assim sendo, passa-se a analisar as causas, espécies e problemas ocasionados pelo fenômeno do superendividamento.

2.1. Causas do superendividamento

O surgimento do estado do superendividamento pode ser desencadeado por comportamentos atribuídos ao fornecedor, como a publicidade enganosa, a oferta de

crédito desregulada, entre outros. É fato que a publicidade desempenha papel fundamental para a venda de bens e serviços, de tal maneira que os fornecedores investem milhões em publicidade a fim de alcançar o maior número possível de consumidores.

Uma publicidade bem arquitetada pode alavancar expressivamente o número de vendas do fornecedor, contudo, é necessário que as vinculações das ofertas sejam fidedignas, sob pena de configuração de publicidade enganosa, prática veementemente vedada pelo código consumerista, sendo inclusive, um direito básico do consumidor a proteção contra propagandas dessa natureza.

Nessa senda, considerando a vulnerabilidade do consumidor e o grande assédio exercido pelos fornecedores, o legislador procurou tutelar o consumidor contra publicidades excessivas e enganosas. Em seu art. 6º, o CDC proclamou como direito do consumidor a vedação a propaganda enganosa, podendo ser conceituada como aquela que apresente informação inteira ou parcialmente falsa, de qualquer modo, possa induzir ao erro o consumidor sobre as qualidades, quantidades, características do produto ou mesmo serviço (OLIVERIA, 2016). Tem-se tornado comum tal prática, em especial de determinadas instituições bancárias, que de maneira omissiva não comunicam ao consumidor as reais informações referentes aquele contrato, a exemplo das taxas de juros.

Como conduta esperada do fornecedor, ele deve oferecer de maneira pormenorizada todas as informações constantes do contrato, antes mesmo da sua celebração, em cumprimento ao princípio da boa-fé, que deve ser observado durante todas as fases do contrato, esse processo prévio é de fundamental importância para que o consumidor possa escolher de maneira clara e inequívoca, sem qualquer espécie de erro. Assim sendo, a publicidade enganosa aliada a outros fatores, tem contribuído para o surgimento e aumento do fenômeno do superendividamento.

Outro fator que muito contribui para o superendividamento é a oferta de crédito desregulada. A facilitação à obtenção de crédito junto a determinadas instituições de crédito, aliada a outros fatores como a publicidade enganosa, assédio e pressão aos consumidores, acarretam o endividamento do consumidor de tal maneira que o impossibilita de arcar com suas dívidas sem o comprometimento de sua subsistência e de sua família.

O processo de concessão de crédito consiste na análise do perfil financeiro do consumidor, levando-se em consideração o seu histórico financeiro, além do seu comportamento diante de uma instituição financeira. Tal processo decorre da configuração do ato de confiança entre as partes de uma relação de consumo.

É fato que o crédito desempenha importante função na sociedade atual, ao permitir que as famílias até então excluídas do mercado do consumo, passassem a consumir bens e serviços essenciais ou não. Dessa maneira, reconhece-se a importância fundamental do crédito aos brasileiros, considerando que nem todos possuem condições financeiras para adquirir o bem ou o serviço e pagar imediatamente, sendo necessário o financiamento ou parcelamento.

Assim, o crédito ao longo dos anos passou a ser fundamental para a vida do brasileiro, deixando de ser contratado apenas para aquelas hipóteses de empréstimos, para a aquisição de bens, pagamento de despesas médicas urgentes, entre outras hipóteses (CRUZ; SOUSA, 2020).

O consumidor, ao ter acesso a uma das formas de crédito, seja através de um empréstimo pessoal ou um cartão de crédito, adquire a responsabilidade, perante as instituições financeiras, de adimplir com o total da dívida adquirida, concomitantemente com os juros e outras taxas, as quais foram pactuadas durante a formulação do contrato de concessão de crédito.

Contudo, a oferta desse crédito nem sempre traz apenas benefícios, em especial se ocorrer de maneira desregulada e sem a devida preocupação acerca da capacidade financeira do devedor, que não raras vezes já se encontra em difícil situação financeira. Assim sendo, não se pode, na atual ordem jurídica, ignorar a situação do consumidor quando da oferta do crédito, principalmente por ser parte mais vulnerável na relação consumerista. Nesse diapasão, o consumidor necessita estar ciente de todos os riscos que envolvem a relação jurídica, pois na busca de contratar crédito para aquisição de produtos e bens, o consumidor termina realizando um mau negócio quando, por exemplo, os juros são exorbitantes, limite de cheque especial e finda comprometendo sua renda atual e futura (SONCIN, 2016).

Exemplo de prática que facilita a obtenção de crédito são os conhecidos empréstimos consignados e os financiamentos, que se revelam em longo prazo prejudiciais ao consumidor, considerando as altíssimas taxas de juros (PEREIRA; ZAGANELLI, 2019).

Conduta costumeira no mercado é a publicação por parte dos fornecedores de crédito, com os seguintes dizeres: sem consulta ao SPC ou Serasa. Condutas dessa natureza apenas demonstram a despreocupação dos fornecedores com a situação econômica dos consumidores, em uma clara intenção de apenas vender seus serviços, ainda que para consumidores em situações economicamente difíceis. Dessa maneira, com o princípio da

boa-fé como corolário das relações contratuais, não se pode tolerar e permitir condutas semelhantes a estas quando da oferta de produtos ou serviços.

É louvável que o Estado permita o crédito facilitado às pessoas físicas, principalmente por fomentar o consumo, acelerando a economia. Contudo, é necessário regular, por meio de legislação específica, de que maneira deva ocorrer a oferta desse crédito, pois do contrário, consequências econômicas, jurídicas e sociais surgirão, a exemplo do superendividamento. Vale registrar que não se trata de retirar a autonomia privada das partes, o que é consagrado pelo ordenamento jurídico, mas, sim, uma tentativa de proteger o consumidor que é a parte mais vulnerável da relação consumerista.

2.2 Espécies de superendividamento

Como visto, o superendividamento afeta sobremaneira o consumidor, a ponto de comprometer sua própria subsistência e de sua família. A doutrina costuma dividir tal fenômeno em duas categorias para a melhor compreensão, considerando que se trata de um tema de elevada importância e possui suas peculiaridades. O superendividamento pode ser ativo, subdividindo-se em consciente e inconsciente e, por último, o superendividamento passivo. Vale registrar de antemão que a análise da boa-fé é fundamental para a compreensão das duas espécies, considerando tratar-se de corolário das relações consumeristas.

No superendividamento ativo consciente, o consumidor adota uma posição mais ativa, abusando do crédito que lhe é fornecido ficando em difícil posição diante de seus credores (MARQUES; BERTONCELLO; LIMA, 2010). Portanto, nessa modalidade, o consumidor, ciente que sua condição financeira não o permite honrar com aquela obrigação, ainda assim ignora totalmente esse fato e conclui a obrigação contratual. Assim sendo, não será possível o Estado intervir (PEREIRA; ZAGANELLI, 2019). Fica caracterizada uma deslealdade que não pode estar presente nas relações consumeristas, as quais devem sempre ser pautadas no princípio da boa-fé, seja quando da celebração ou mesmo na execução do contrato. Inclusive o CDC, em seu capítulo II, quando trata da Política Nacional da Relação de Consumo, prevê em seu art. 4º, inciso III, a observância da boa-fé entre os participantes da relação consumerista.

Ainda há a figura do superendividamento ativo inconsciente, quando o consumidor age de maneira impulsiva, desenfreada, sem atentar para sua condição financeira. Muito se deve pelas estratégias de *marketing* e publicidade desenvolvida pelas empresas. Aqui, ao contrário da situação anterior, o consumidor não age de maneira fraudulenta, pois ele acredita ser possível adimplir suas obrigações, apesar de sua difícil situação financeira.

Além das publicidades apelativas realizadas pelos fornecedores, a ação instintiva do consumidor, ocasionada pela sua própria condição de ser humano, a qual é intensificada pela imposição de padrões estéticos os quais visam apenas o bem-estar material e, principalmente, psíquico, fruto de uma cultura de consumo, imposta pela sociedade contemporânea, que modifica, constantemente, o conceito real de necessidade, contribuindo, dessa forma, para o aumento de consumidores superendividados. Vale registrar que nem sempre o consumidor irá tomar a decisão pautada na racionalidade, e sim, de forma impulsiva quase automática e sem muitas reflexões, acreditando que aquela decisão tomada foi a melhor. (PEREIRA; ZAGANELLI, 2019).

Diferente do que ocorre com o superendividamento ativo, que demanda uma atitude comissiva do consumidor, no superendividamento passivo, não é atribuída nenhuma ação ao consumidor, pois as causas que desencadeiam tal fenômeno são alheias à vontade do agente (FIRMEZA, 2015).

Essas causas, como dito, fogem do controle do consumidor, tornando-se imprevisíveis, a exemplo do divórcio, doença, desemprego e várias outras causas que se tornam suficientes para gerar o superendividamento. Nessa espécie de superendividamento verifica-se a presença da boa-fé quando da formação do contrato e durante sua execução, o que permite a possibilidade da tutela estatal ao consumidor que se encontrar em situação semelhante a esta.

2.3 Problemas ocasionados pelo superendividamento

Os problemas ocasionados pelo superendividamento atingem não só o consumidor, isoladamente, vez que a sociedade é afetada, como um todo, direta e indiretamente, por tal situação. Um dos efeitos causados pelo fenômeno é a negativação do nome do consumidor nos cadastros de proteção de crédito, a exemplo do SPC - Serviço de Proteção ao Crédito ou Serasa, dificultando sobremaneira a vida do consumidor, visto que, o impossibilita de realizar diversos negócios jurídicos. Situações como essas, sem dúvidas, afetam a dignidade da pessoa humana, pois o torna privando de bens essenciais e básicos, necessários a todos os indivíduos (FIRMEZA, 2015).

Como decorrência dessa negativação o consumidor superendividado é excluído do mercado de consumo, sendo equiparado por muitos como uma morte "civil", considerando sua impossibilidade, quase total, de adquirir bens ou serviços. A entidade familiar também é atingida pelo superendividamento, em razão do acúmulo de dívidas e restrição ao crédito, é a mudança no estilo de vida, privando seus membros de realizarem atividades que até então podiam ser feitas, passam a não ser mais. Conforme pontua Marques (2010),

até mesmo despesas consideradas essenciais a todos, como despesas médicas e educação dos filhos, passam a ser negligenciadas, provocando reflexos negativos no futuro.

Muitas dessas famílias perdem sua capacidade financeira em razão do desemprego, doença ou qualquer outro fator externo, alheio à vontade de seus membros (ALVES, 2020). Outra causa que leva ao superendividamento familiar é o mau uso do cartão de crédito, provocado por sua alta taxa de juros e ausência de cuidado quando de sua utilização (OLIVEIRA, 2016).

Nota-se, também, que o impacto do superendividamento não se restringe apenas a questões econômicas, mas, emocionais. Com isso, surgem conflitos no ambiente familiar, de modo que as despesas básicas de uma casa, como: água, luz, alimentação, entre outros elementos essenciais para ter uma vida digna, se tornem impossíveis de serem adquiridas, devido ao descontrole financeiro ocasionado pelo endividamento.

A existência de uma sociedade hiperconsumista, levada pelo prazer temporário de fazer compras, acaba sendo devastada pelos obstáculos que surgem no ambiente de consumo. Propagandas apelativas, a configuração de um padrão estético e no modo de vestir, contribuem para o aumento do consumo irresponsável e, assim, desencadeando em um problema psicológico.

O fenômeno do superendividamento atinge o consumidor em seu ambiente de trabalho, de modo que as alterações de humor no trabalho podem refletir, significativamente, na sua produtividade, reduzindo a capacidade de o indivíduo realizar as suas atividades básicas ou até a conviver com os colegas de maneira harmônica, e assim, podendo comprometer o seu emprego, agravando a sua situação financeira.

Ademais, o desemprego, aliado a sua condição de consumidor superendividado, afeta os dois princípios basilares de todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Desse modo, as famílias que se encontram em estado semelhante a este, serão privadas do básico para sua subsistência, acarretando problemas como ansiedade, depressão, entre outros (ALMEIDA, 2020).

Ocorre que o consumo realizado de maneira irresponsável ou que por algum “acidente da vida” (gravidez não planejada, desemprego, morte de um familiar, entre outros), o consumidor se endivida, os obstáculos que irão surgir não se restringem apenas a sua situação financeira, mas a todo um complexo de problemas que passarão a invadir a mente do indivíduo superendividado, e com um tempo irá perder o seu bem-estar e a sua saúde.

A seguir será analisado como ocorre a proteção do consumidor superendividado com base no princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO VETORES PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

O consumidor, conforme explica Nunes (2019), perante a relação de consumo é a parte mais vulnerável, o que demanda do Estado sua intervenção por meio de normas que busquem a tutela do consumidor em face de possíveis práticas abusivas. Nesse mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor, no capítulo que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, em seu art. 4º, inciso II reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

É justamente em face da vulnerabilidade do consumidor e da desigualdade presente nas relações de consumo, que surge o Código de Defesa do Consumidor com o objetivo de tutelar o consumidor (MARQUES, 2010). A Constituição Federal, também possui orientação semelhante ao dispor em seu art. 5º, inciso XXXII que o Estado deverá promover a defesa do consumidor, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Destarte, fica evidente que o consumidor deve receber a tutela estatal, face seu estado de vulnerabilidade. Com mais razão, deverá ocorrer a proteção ao consumidor que se encontra em estado de superendividamento, tendo como um de seus fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Vale registrar, que os referidos princípios, são dois pilares de todo o ordenamento jurídico.

Antes de adentrar em cada um desses princípios, vale uma compreensão prévia acerca deles.

Foi a partir de tragédias, fome, miséria, entre outras situações devastadoras, que a dignidade da pessoa humana passou a fazer parte dos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo (SONCIN, 2016). Tanto é assim, que após o término da Segunda Guerra Mundial, face às atrocidades cometidas durante esse período, o referido princípio passou a ser mais palpável e visível (FIRMEZA, 2015). E é nessa toada que a Constituição Federal de 1988 logo em seu art. 1º prevê como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é intrínseca a toda e qualquer pessoa, de modo, que não há necessidade do indivíduo adotar nenhuma ação para a afirmação do referido princípio, pois ele decorre da simples condição de ser humano, e é a partir desse princípio

que decorrem diversos direitos e garantias individuais e coletivas, asseguradas a todos (SONCIN, 2016). Desse modo, o indivíduo, sob nenhuma hipótese pode renunciá-la.

A dignidade da pessoa humana é considerada como um princípio norteador de todo o sistema jurídico. É estabelecido como fundamento da República Federativa do Brasil, o qual serve de base para todos os direitos constitucionais, de modo que todas as medidas adotadas pelo Estado deverão ser voltadas para a preservação da dignidade da pessoa humana.

Tal princípio é caracterizado, pelo ordenamento jurídico como um pilar, de modo que, sem a existência de uma vida digna, não há que se falar na efetiva concretização às demais garantias constitucionais. Foi a partir dessa alta carga valorativa conferida, corretamente, a esse princípio, que ele passou a coordenar a atuação do Estado em todas as suas funções, seja administrando, legislando ou julgando.

Em se tratando de seu aspecto jurisdicional, o Estado passa a reconhecer situações nas quais tanto a legislação Constitucional e infraconstitucional eram omissas, bem como amplia o entendimento de certos dispositivos legais. Nesse sentido, vale registrar a decisão de reconhecimento da União homoafetiva; reconhecimento do quarto de hotel como asilo inviolável, dentre outras situações reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como base os direitos e garantias fundamentais, que são consequências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Já em sua função legislativa, o Estado precisa ter em mente o princípio acima, de modo que as disposições resultantes das diversas espécies legislativas não podem contrariá-lo e, caso isso ocorra, a lei pode vir a ser objeto de controle de constitucionalidade.

É em razão dessa linha de pensamento que a jurisprudência, ao se deparar com casos de superendividamento tem invocado o presente princípio, conforme decisão abaixo:

DESCONTOS EM FOLHA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROPORCIONALIDADE. LIMITE MÁXIMO DE 30%. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS. EQUIDADE.

É possível que as instituições financeiras descontem valores na folha de pagamento dos devedores (empréstimos consignados), desde que limitado ao patamar de 30%. Dessa forma, preserva-se a dignidade da pessoa humana e aplica-se o princípio da proporcionalidade, atendendo aos interesses de ambas as partes. **A**

origem da limitação dos descontos encontra fundada na inegável situação de superendividamento que vêm passando os consumidores, consistente na impossibilidade global de saldar suas dívidas sem prejuízo de seu sustento. Existindo vários empréstimos contratados em nome do devedor, a soma dos descontos de todos eles não pode ultrapassar o limite de 30% dos vencimentos líquidos do consumidor, sob pena de lhe causar a completa impossibilidade de subsistência. Não se pode considerar todo e qualquer melindre como sendo susceptível de gerar ofensa jurídica a ensejar a sua reparação judicial. Nessa linha de raciocínio, não há como impor a satisfação pecuniária em todo dissabor, sob pena de se premiar extravagâncias e exageros. Os honorários de sucumbência, nas causas em que não houver condenação, serão fixados equitativamente pelo julgador, somente justificando-se sua alteração caso se distancie dos critérios legais estabelecidos.

TJEMG, 14ª Câmara Cível, AC 1.0145.13.062056-3/001, Des. Rel. Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 23/02/2016 (publicação da súmula em 02/03/2016). (Grifos nossos)

Destarte, a limitação de 30% de desconto na folha do consumidor se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana e busca a preservação do mínimo existencial, mostrando-se medida adequada e acertada para o consumidor e o credor (MENDES, 2016).

E por último, o Estado na sua função típica de administrar, deve pautar suas decisões e ordens em consonância com a dignidade da pessoa humana, apesar de haver em muitos de seus atos, a discricionariedade, contudo, isso não afasta a obrigatoriedade de sua observância.

Dessa maneira, o Estado, em suas três funções deverá observar o princípio da dignidade da pessoa humana nas mais diferentes situações, não podendo o individual prevalecer sob o coletivo, quando isso implicar em violação dos direitos e garantias fundamentais.

Já o mínimo existencial está ligado à ideia de uma renda mínima, que deve ser preservada, necessária para o indivíduo e a sua família sobreviverem. Essa renda deve ser destinada ao pagamento de despesas como água, luz, moradia, alimentação, saúde, dentre outras despesas imprescindíveis para a sobrevivência do indivíduo (FIRMEZA, 2015).

Vale registrar que não há um conteúdo específico para ser tutelado como mínimo existencial, pois de acordo com o tempo e a necessidade humana, situações que outrora não eram assim consideradas, possam passar a ser (CARVALHO; SILVA 2018). Dessa maneira, incumbe ao Estado, em seus diferentes níveis, ficar atento ao avanço da sociedade e identificar o que é considerado essencial e imprescindível para a vida do indivíduo.

A garantia a essa renda mínima tem levado, ante sua considerável importância, os tribunais decidirem pautados na ideia de resguardar o indivíduo. Um exemplo é a obrigatoriedade imposta pela justiça ao Estado para fornecer equipamentos médicos ou medicamentos àquelas pessoas impossibilitadas financeiramente, invocando o princípio do mínimo existencial, afastando até outros princípios que regem a Administração Pública, como o da reserva do possível.

Dessa maneira, o patrimônio do consumidor deve responder por dívidas contraídas por seu titular frente a seus credores, contudo, não se pode perder de vista que o patrimônio possui única e exclusivamente essa finalidade. Além de cumprir com a referida função, deve ser utilizado como efetivador de uma vida digna e com qualidade.

Vale registrar, que a garantia a uma renda mínima não deve servir para furtar o consumidor endividado de arcar com suas obrigações, mas, sim, que seja reservado a ele um percentual mínimo para sobreviver de maneira digna.

O mínimo existencial não possui matéria expressa na Constituição Federal, chegando-se a sua existência por meio de princípios espalhados por toda a Carta Magna. A doutrina costuma apontar alguns princípios que auxiliam nessa tarefa, sendo eles: Princípio da Igualdade, Dignidade da Pessoa Humana, Estado Democrático e Social de Direito. Assim, o Estado deve atuar, com base nesses princípios e alguns outros, com o objetivo de resguardar o mínimo existencial de cada pessoa, oferecendo não apenas meios para sua sobrevivência, mas para que tenham uma vida digna (CARVALHO; SILVA 2018).

O reflexo nefasto do superendividamento na garantia ao mínimo existencial pode ser evidenciado quando o consumidor se ver pressionado por optar pelo não pagamento de suas dívidas ou retirar do mínimo para sua subsistência, para honrar com as suas obrigações (CASTRO, 2021).

Nesse sentido ensina Marques (2010), que o superendividamento por ser um problema bastante complexo, atingindo o consumidor em diversos setores de sua vida, reclama por parte do Estado uma atitude rápida e eficaz, apta a garantir a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento econômico do país, pois o fenômeno do superendividamento é uma verdadeira agressão aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, com a inclusão do mínimo existencial no rol de direitos essenciais ao consumidor, todas as medidas de concessão de crédito até uma repactuação de dívidas, deverão ser baseadas no respeito a tal direito, tendo em vista a posição a qual o consumidor ocupa diante de um fornecedor, que é a parte mais forte de uma relação de consumo.

Como visto o superendividamento traz graves consequências financeiras, de modo que o Estado tem se inclinado para tutelar uma parcela mínima visando garantir o mínimo subsistencial ao consumidor. Geralmente, o Estado permite o desconto da renda no patamar de 30%, julgando ser suficiente os 70% que lhe restarem livres para viver dignamente, pagando dívidas essenciais como água, luz, alimentação e moradia sem que isso resulte no superendividamento (MARQUES, 2010).

Vale uma ressalva quando da análise do mínimo existencial. O consumidor não pode invoca-lo em toda e qualquer situação a fim de obter a tutela estatal, incontestemente que esteja presente o comprometimento de sua subsistência, de modo que, caso o consumidor possua renda razoável livre de qualquer obrigação, o mínimo existencial não fica comprometido.

Foi nessa toada que um juiz de primeiro grau da Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brazilândia³⁰, proferiu sentença no dia 13/12/2021, negando ao autor que ajuizou ação cível buscando a renegociação de dívidas junto a algumas instituições bancárias. Ao analisar o mérito o magistrado negou o pedido da exordial alegando que o autor/consumidor possuía R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) sobrando em sua renda, de modo que o mínimo existencial não estaria comprometido no presente caso.

Destarte, visto como o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial servem de vetores para a proteção do consumidor superendividado, passa agora a ser analisado como ocorre a tutela do consumidor perante a lei 14.181/21 que atualizou o Código de Defesa do Consumidor, e dentre outras providências tratou acerca do fenômeno do superendividamento (BRASIL, 2021).

30 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brazilândia. Procedimento Comum Cível. 0704744-87.2021.8.07.0002. Procedimento Comum Cível. Repactuação de dívidas. Mínimo Existencial. Superendividamento. Autor: José Augusto da Silva. Réus: Banco BMG S/A; Banco Itaú S/A; Banco Bradesco S/A. Disponível em: <https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=5fa777a5cae5f70a2f417b33a15d9679c4fb70f90e3b6586>. Acesso em 19 de jan. de 2022.

4 A TUTELA DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO NA LEI 14.181/21

4.1 Mecanismos de prevenção ao superendividamento

Até então, havia uma lacuna legislativa acerca da prevenção específica ao superendividamento, havendo apenas normas gerais contidas no Código de Defesa do Consumidor, que não eram suficientes para combatê-lo. Atento a essa ineficácia, o legislador inovou e trouxe expressamente em seu art. 54-A a disciplina acerca da prevenção ao superendividamento.

Como medida de prevenção é imputado ao fornecedor não só apenas o dever de informar, mas que a prestação das informações ocorra de maneira clara e acessível ao homem médio, ou seja, que seja de fácil compreensão e seja-lhe informado de todos os juros e demais encargos decorrentes do negócio jurídico (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021).

Sustenta Marques (2010) que a informação clara e inequívoca acerca dos elementos que envolvem o negócio jurídico é uma das principais ferramentas para se combater o superendividamento. Desse modo, o princípio da informação pode ser interpretado de diversas formas, contudo, todas elas devem levar à conclusão, o dever do fornecedor de informar de maneira clara o consumidor, de modo que caso ocorra ambiguidade, quando da leitura das cláusulas nos contratos de adesão, devem elas ser interpretadas da forma mais favorável ao consumidor (SONCIN, 2016).

A oferta de crédito responsável passou a ser uma das medidas contempladas e exigida dos fornecedores para evitar o superendividamento. Tais condutas podem ser compreendidas no art. 54-C do CDC que dentre suas medidas determina que, quando da oferta do crédito é vedado aos fornecedores indicar que não será realizado consulta aos órgãos de proteção ao crédito, prática que era muito comum, como Sem Consulta ao SPC ou Serasa, o que indubitavelmente seduzia o consumidor, que não rara às vezes já estava endividado, a contratar junto aquele fornecedor piorando sua situação financeira. A boa-fé que deve estar sempre presente nas relações jurídicas, por vezes não é observada pelo fornecedor quando da oferta de crédito, sendo sua única preocupação em realizar o negócio jurídico ignorando totalmente a real capacidade financeira do consumidor.

Outra medida preventiva, a qual o CDC proíbe, é a prática do assédio ao consumidor, que infelizmente é corriqueira nas dependências dos estabelecimentos comerciais. Tal prática é realizada no momento em que o consumidor adentra nos estabelecimentos comerciais, especialmente em lojas que emitem cartões de crédito, sendo o mesmo, abordado por um funcionário, o qual é instruído à apresentar todas as ofertas de créditos disponíveis, e assim, dirigindo-se até o consumidor, com a finalidade de lhe pressionar a

adquirir o cartão da loja, explicando os possíveis benefícios que pode obter ao contratar tal serviço ofertado. Diante disso, a situação acaba ficando ainda pior, quando o consumidor recusa a aquisição, pois o funcionário começa a pressioná-lo, com o único propósito de realizar o negócio jurídico.

Ainda como medida preventiva, o CDC, em seu art. 54-D, determina que o fornecedor ao informar o consumidor acerca das disposições presentes, deve considerar a idade deste. É sabido que idoso não possui as mesmas condições físicas e psíquicas que outrora tinha, tornando-o mais suscetível às vítimas de determinadas situações abusivas por parte dos fornecedores, sendo classificado pela doutrina consumerista como consumidor hipervulnerável (SIERADZKI; MOREIRA, 2022). Foi com essa preocupação que o legislador inovou e dispensou o devido tratamento que deve ser observado pelo fornecedor, ao considerar a idade do consumidor.

A educação financeira também está inserida dentro do capítulo que trata acerca da prevenção ao superendividamento. É de extrema importância e relevância a inserção desse ponto como medida preventiva, considerando que a ausência de educação financeira é apontada como umas das causas que levam o consumidor a gastar mais do que deve de maneira inconsciente, acreditando ter condições para adimplir futuramente, por absoluta falta de organização financeira. Inclusive já era um proclama antigo da doutrina consumerista, a exemplo de Marques (2010) que sustenta, como medida preventiva ao superendividamento, a ideia que a educação financeira deveria estar presente nas escolas de ensino fundamental e médio, formando consumidores mais conscientes.

Ainda na mesma linha de pensamento de Marques (2010), sobre a educação financeira como uma das formas de prevenção do endividamento em massa, a ideia se mostra de extrema importância, diante do cenário atual, no qual, praticamente tudo foi "globalizado". As definições de essencialidade foram modificadas, de modo que o que era dispensável para a sobrevivência de um indivíduo passou a ser um produto ou serviço indispensável para aquele que o adquiriu. Tal mudança é fruto do imediatismo, do uso da emoção e não o da razão, onde o indivíduo adquire determinado bem, impulsionado pelos gatilhos da mente, o que é intensificado, na maioria das vezes, com as práticas abusivas por parte dos fornecedores, ou pelo simples prazer, é o que explica a teoria comportamental.

Assim, diante dos problemas que levam o consumidor ao estado de superendividamento, a educação financeira se torna, de fato, o mecanismo mais eficiente a ser utilizado como meio de prevenção do problema. Com a implementação de tal

mecanismo, seja no ambiente educacional ou no âmbito familiar, o consumidor irá adquirir a capacidade de analisar, com mais importância e responsabilidade, as características do que é ou não essencial para a sua vida.

4.2 Mecanismos de tratamento ao superendividamento

Assim como inovou ao dispor expressamente acerca da prevenção, a lei 14.181/21 tratou de disciplinar mecanismos para tratar o superendividamento, mais precisamente nos artigos 54-A e seguintes, e 104-A a 104-C. Percebe-se que, deve ser dada preferência à prevenção, e somente, caso não seja possível alcança-la, busca-se o tratamento. (BRASIL, 2021).

Uma das grandes e oportunas inovações acerca do tratamento ao superendividamento é a possibilidade da renegociação de dívidas, oportunidade que o consumidor deve apresentar um plano de pagamento para adimplir suas dívidas, que dependerá da homologação judicial.

Contudo, antes da homologação judicial, o magistrado deve verificar se os requisitos indispensáveis para a configuração do superendividamento estão presentes e analisar se existe alguma causa impeditiva, a exemplo das dívidas oriundas de serviços e bens de alto valor.

A possibilidade de apresentação de um plano por parte do consumidor, apesar da demora, veio em momento de extrema importância, considerando o momento pandêmico que o país enfrenta. Essa possibilidade já se encontrava no ordenamento pátrio, contudo, restrito ao empresário, que se encontrando em dificuldade financeira podia lançar mão da recuperação judicial.

Assim o consumidor pode apresentar um plano de renegociação das dívidas perante os credores, em audiência conciliatória. Isso permite que se evitem demandas de litigância judicial que se arrastam por anos, prologando o problema do superendividamento, havendo clara homenagem ao princípio da duração razoável do processo (SANTOS, BRINGUENTE, 2019).

Conforme preleciona Gagliano, Oliveira (2021) a nova lei buscou assegurar ao consumidor superendividado o direito ao recomeço, podendo apresentar o plano em fase conciliatória, e caso essa alternativa reste frustrada cabe ao magistrado apresentar um plano compulsório, de acordo com a capacidade atual e futura do consumidor de modo a respeitar o mínimo existencial. Para que o procedimento seja instaurado é necessária a provocação do consumidor, não tendo espaço para atuação de ofício pelo juiz.

O prazo máximo de duração para adimplir as dívidas apresentadas são de 5 (cinco) anos, sempre respeitando o mínimo existencial. Vale registrar que o não comparecimento de qualquer credor ou procurador com poderes específicos de maneira injustificada à audiência conciliatória suspende a exigibilidade do débito e a purgação da mora. Assim o é, visto que a lei busca a tutela do consumidor e isso perpassa pelo adimplemento de suas dívidas.

Algumas questões práticas que envolvem a nova lei do superendividamento podem trazer dúvidas quanto sua interpretação. Algumas delas serão tratadas a seguir.

Como antecipado, caso durante a fase conciliatória, não se consiga a auto composição entre devedor e credores, o juiz pode apresentar compulsoriamente um plano de negociação das dívidas. Nessa senda, o juiz deve considerar a renda atual e futura do consumidor a fim de evitar o comprometimento de sua subsistência respeitando o prazo máximo de 5 anos, conforme determina o diploma legal.

Em se tratando de devedor que possua uma renda fixa, o juiz deve fixar o percentual de desconto em sua folha salarial utilizando de parâmetros que a jurisprudência determina em casos semelhantes a estes, a exemplo da possibilidade de desconto de 30% decorrente de empréstimos consignados. Situação interessante se mostra quando ocorre uma mudança salarial do consumidor, seja diminuindo ou aumentando sua renda. Nesses casos, tendo como base a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o juiz deve reconsiderar o percentual originário e o adaptar a nova realidade do consumidor.

Tarefa mais tormentosa se revela quando se tratar de consumidor autônomo, caso em que não possui uma renda fixa mensal. Deve o magistrado utilizar-se de mecanismos para avaliar a renda daquele consumidor e fixar um patamar de desconto que não seja inferior ao que ele pode pagar, e nem superior às forças de sua renda.

Situação interessante também se mostra acerca da possibilidade de os credores solicitarem ao juiz, a revisão das cláusulas fixadas originariamente acaso o consumidor melhore sua condição financeira. A doutrina já se posiciona em sentido afirmativo, aceitando tal possibilidade.

O prazo máximo para pagamento do plano apresentado pelo devedor ou pelo juiz compulsoriamente é de 5 anos, conforme o art. 104-A do CDC. Isso implica dizer que após o decurso desse prazo a dívida resta extinta, havendo ou não a quitação total dos credores, visto que o código consumerista não prevê dívidas eternas. Para exemplificar preleciona Gagliano, Oliveira (2021), o seguinte:

Basta pensar em um consumidor que tenha uma renda de R\$ 2.000,00 mensais e que esteja com dívidas vencidas no valor total de R\$ 100.000,00. Suponha que, diante desse contexto, o juiz aprove um plano judicial compulsório fixando parcelas mensais de R\$ 700,00 (35% da remuneração). Com essa parcela mensal, após o prazo máximo de 5 anos, o consumidor pagará, ao total, apenas R\$ 42.000,00. O saldo devedor remanescente seria extinto após esse quinquênio.

Destarte, havendo ou não a quitação total, é direito do consumidor em ver aquela dívida extinta após o decurso do tempo de anos.

Dito isso, percebe-se a preocupação do legislador em proteger os direitos básicos do consumidor, ao passo que possibilita mecanismos para os credores receberem seus créditos, sem desrespeitar a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

Assim, os aspectos de tratamento permitem ao consumidor superendividado alternativas para adimplir com suas obrigações de forma que a sua subsistência e de sua família não sejam afetadas.

5 CONCLUSÃO

Dessa forma, o fenômeno do superendividamento há tempos está presente na sociedade brasileira, tendo como uma de suas principais causas a oferta de crédito desregulada, que junto a outras, levam o consumidor a um estado de extrema dificuldade financeira, reclamando a intervenção estatal. Assim, era imperiosa a regulamentação específica do tema pelo código consumerista, que até então, possuía apenas disposições gerais, insuficientes ao combate efetivo ao superendividamento.

A regulamentação era imprescindível pelo fato do superendividamento possuir consequências que atingem o consumidor desde o seio familiar, social e até mesmo refletindo no ambiente de trabalho. Em razão desses efeitos nefastos e que transcendem a esfera individual, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial são gravemente atingidos, comprometendo a subsistência do consumidor e de sua família.

Diante desse cenário, tornou-se imprescindível a regulamentação estatal, a fim de prevenir e tratar o superendividamento por meio de legislação específica, que veio ocorrer em julho de 2021 com a promulgação da lei 14.133/21, a qual trouxe aspectos e mecanismos para combater o fenômeno do superendividamento, possibilitando a efetivação do princípio da dignidade humana nas relações consumeristas (BRASIL, 2021).

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva. 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=QDxnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=direitos+do+consumidor+&ots=3CvnhyHDA5&sig=UWKDtIior4N9IL5wwdWITNZEJ4#v=onepage&q=direitos%20do%20consumidor&f=false>. Acesso em: 26 jan. 2022.

ALMEIDA, Mércio Cardoso de. Superendividamento do consumidor no Brasil: causas e efeitos. **Revista Jus Navigandi**. 2020. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/87317/superendividamento-do-consumidor-no-brasil-causas-e-efeitos>. Acesso em: 28 dez. 2021.

ALVES, Jones Figuerêdo. O problema do superendividamento familiar e a mora da (dí) vida. **Revista ConjJur**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-02/processo-familiar-problema-superendividamento-familiar-mora-divida>. Acesso em: 28 dez. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de out. de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brazilândia. Procedimento Comum Cível. 0704744-87.2021.8.07.0002. Procedimento Comum Cível. Repactuação de dívidas. Mínimo Existencial. Superendividamento. Autor: José Augusto da Silva. Réus: Banco BMG S/A; Banco Itaú S/A; Banco Bradesco S/A. Disponível em: <https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=5fa777a5cae5f70a2f417b33a15d9679c4fb70f90e3b6586>. Acesso em: 19 jan. 2022

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (Vigésima Sexta Turma Cível). Apelação Cível. 0028921-94.2015.8.19.0209. Ação de Obrigação de Fazer com tutela antecipada. Limitação de 30% dos rendimentos do consumidor. Superendividamento. Mínimo Subsistencial. Apelante: DANIEL DE SOUZA ARAÚJO. Apelados: Banco BMG S A; Banco Cetelem S/A; Banco Itaú Bmg Consignado S.A; Banco Itaú Consignado S.A; BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 18 jan. 2022.

____ **Lei 14.181/21 de 01 de julho de 2021**. Dispõe sobre mecanismos de prevenção e tratamento do superendividamento. Brasília. Diário Oficial da União. Disponível em

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.181-de-1-de-julho-de-2021-329476499>.
Acesso em: 17 out. 2021.

____. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Trata sobre os direitos do consumidor. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

____. **Lei Nº 8.009 de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, 1990. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 03 jan. 2022.

CARVALHO, Diógenes Farias de. SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e o Mínimo Existencial: Teoria do *Reste À vivre*. 2018. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 118. p. 363-386. São Paulo: Editora RT, jul.-ago. 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1236/1161>. Acesso em 13 jan. 2022.

CASTRO, Ana Clara Ribeiro de Sousa. A tutela do superendividamento e a atuação do Ministério Público ante os reflexos no mínimo existencial. 2021. **Revista Acadêmica**. Ago-dez. 2021. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/192/157><https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/192/157>. Acesso em: 13 jan. 2022.

CRUZ, Felipe de Lima.; SOUZA, Valéria Bonini Gonçalves de. A necessária recuperação patrimonial do consumidor pessoa física superendividado e a garantia do mínimo existencial. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 23, n. 2, p. 159-187, jul./dez. 2020. Disponível em <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/8461/4083>. Acesso em: 21 set. 2021.

FIRMEZA, Rochele Juliane Lima. **O tratamento jurídico do consumidor superendividado a partir da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial no paradigma de ausência de regulamentação legal**. 2015. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2015.

FRIAS, Lincoln. LOPES, Nairo. Considerações Sobre a Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2. 2015. Jul-dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/m85KdMFjcyJW8zSKssNkZRb/?lang=pt>. Acesso em: 08 jan. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. OLIVEIRA, Carlos Eduardo de Elias. Comentários à “Lei do Superendividamento” (Lei nº. 14.181, 01 de julho de 2021) e o Princípio do Crédito Responsável: Uma primeira análise. **Migalhas**. 2021. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/29FED44D9509EF_ComentariosaLeidoSuperendivida.pdf. Acesso em: 29 jan. 2022.

_____. Lei do Superendividamento: Questões práticas no procedimento judicial de repactuação de dívidas. 2021. **Revista Jus Brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95307/lei-do-superendividamento-questoes-praticas-no-procedimento-judicial-de-repactuacao-das-dividas>. Acesso em: 02 fev. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: contratos e atos unilaterais**. 17. ed. São Paulo: Revista Saraiva. 2020. *Ebook*.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: Ministério da Justiça-Secretaria de Direito Econômico Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor, 2010. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_1_prevencao_e_tratamento_do_superendividamento.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

MENDES, Caroline Aparecida. Comentários jurisprudenciais a respeito do superendividamento no Brasil. 2016. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/32>. Acesso em: 08 fev. 2022.

MORA, Mônica. **A Evolução do crédito no Brasil entre 2003 e 2010**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3537/1/td2022.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

NUNES, Luís Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/641036>. Acesso em: 08 jan. 2022.

OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. **O superendividamento na sociedade brasileira e os desafios para uma tutela jurídico-econômica de proteção ao consumidor no século XXI**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário do Pará, Belém, 2016. Disponível em : <https://www.cesupa.br/MestradoDireito/dissertacoes/2017/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20FELIPE%20GUIMAR%C3%83ES%20DE%20OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

PEREIRA, Andressa; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Superendividamento do consumidor: prevenção e tratamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 1, p. 89-117, jan-abr. 2019. Disponível: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6864#:~:text=O%20estudo%20tem%20por%20foco,outras%20ci%C3%AAs%20com%20a%20presen%C3%A7a%20de>. Acesso em 20 set. 2021.

POSSAMAI, Jéssica; CORREA, Tobias Damião; FACHINETTO, Fabiana. **O superendividamento e a educação financeira**. 2022. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaokonhecimento/article/view/4806/4003>. Acesso em: 01 fev. 2022.

SANTOS, Karinne Goettens dos. BRINGUENTE, Ana Carla de Oliveira. Superendividamento e acesso à justiça: Expectativas sobre a autocomposição para o tratamento dos conflitos decorrentes das relações de consumo. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 10, n. 1, jan-jun, 2019. Disponível em: <https://45.227.6.12/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/816/634>. Acesso em: 04 fev. 2022.

SIERADZKI, Larissa Maria. MOREIRA, Vlademir Vilanova. Superendividamento: análise acerca da hipervulnerabilidade do consumidor idoso. 2021. **Revista Eletrônica Academia de Direito**. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3129/1548>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SONCIN, Juliano Miqueletti. **A proteção do consumidor superendividado e o princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro**. 2016. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Cesumar, Maringá, 2016. Disponível em: <https://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/974/1/Juliano%20Miqueletti%20Soncin.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

PUNIBILIDADE DO PSICOPATA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

LARISSA MARIA BUARQUE MAGALHÃES:

Bacharelada de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG31.

ANTÔNIO ROVERONI

(orientador)

Resumo: A psicopatia é um distúrbio mental grave no qual o indivíduo portador desse distúrbio apresenta diversas atitudes comportamentais consideradas antissociais, desprezando os preceitos morais, não possuindo arrependimentos ou remorsos pelos atos praticados, é incapaz de possuir sentimentos de afeto e de manter relacionamentos pessoais, demonstrando, dessa forma, exacerbado egocentrismo e demonstra incapacidade de aprendizado com punições aplicadas. O objetivo deste trabalho é elucidar, dentro da seara penal, o crime, as definições de imputabilidade e culpabilidade, a modalidade de julgamento e execução penal brasileira, para indivíduos com transtorno psicopata. O estudo é pautado em pesquisa bibliográfica, a análise de dados foi realizada através de consulta em livros físicos, artigos e documentos eletrônicos publicados, e também na legislação vigente. Ao final, foi possível perceber que as falhas do ordenamento jurídico brasileiro trazem perigo à sociedade, restando clara a necessidade da criação de normas e legislação específica para a punição dos indivíduos portadores do transtorno psicopata.

Palavras-chave: Distúrbio mental. Imputabilidade. Psicopatia.

Abstract: *Psychopathy is a serious mental disorder in which the individual with this disorder has several behavioral attitudes considered antisocial, disregarding moral precepts, having no regrets or remorse for the acts performed, is unable to have feelings of affection and to maintain personal relationships, demonstrating, thus, exacerbated egocentrism and demonstrates an inability to learn with applied punishments. The objective of this work is to elucidate, within the criminal field, the crime, the definitions of imputability and culpability, the modality of judgment and Brazilian penal execution, for individuals with psychopathic disorder. The study is based on bibliographic research, data analysis was carried out by consulting physical books, articles and published electronic documents, as well as current legislation. In the end, it was possible to perceive that the failures of the Brazilian legal system bring danger to society, leaving clear the need to create norms and specific legislation for the punishment of individuals with psychopathic disorder.*

Keywords: *Mental disorder. Imputability. Psychopathy.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Psicopatia; 2.1 Características do agente psicopata; 3. Ação homicida do indivíduo psicopata; 4. As implicações jurídicas do transtorno psicopata no direito penal brasileiro; 4.1 Culpabilidade; 4.2 A culpabilidade e o art. 26 do Código Penal; 5. Sanções penais: pena privativa de liberdade X medida de segurança; 6. Considerações Finais; Referências

1. Introdução

Este estudo teve início a partir da necessidade de maior compreensão acerca da punibilidade psicopata ordenamento jurídico brasileiro.

O psicopata possui características marcantes em sua personalidade, correspondendo ao seu comportamento antissocial e inaptidão de introjeção acerca dos valores da sociedade, possuindo, dessa forma, comportamento diferente dos criminosos tidos como “normais”, logo que se consideram superiores às outras pessoas, não possuindo empatia, remorso, lealdade, medo ou culpa, dessa forma,

“As características típicas do transtorno da personalidade antissocial são: falha em se adequar a um comportamento lícito e ético e egocêntrica e insensível falta de preocupação com os outros, acompanhada de desonestidade, irresponsabilidade, manipulação e/ou exposição a riscos. As dificuldades características são aparentes na identidade, no autodirecionamento, na empatia e/ ou na intimidade, conforme descrito a seguir, em conjunto com traços mal-adaptativos específicos nos domínios do Antagonismo e da Desinibição.” (DSM-5, 2014, p. 764 – online)

Segundo Beheregaray, Cuneo e Trindade (2009, p. 23 e 24):

O comportamento de criminosos diagnosticados como psicopatas difere de maneira significativa da conduta dos outros criminosos ditos comuns. Os psicopatas iniciam vida criminosa em idade precoce, praticam diversas formas de crime, sendo os mais indisciplinados no sistema prisional, apresentam resposta insuficiente nos programas de reabilitação e os mais elevados índices de reincidência criminal.”

É imprescindível destacar que, mesmo com essas características marcantes, nem todo psicopata é criminoso, portanto, os aqui ressaltados serão os que tornaram-se criminosos.

Cumpramos ressaltar que o agente psicopata não é, necessariamente, um infrator, portanto, não corresponde à totalidade dos agentes. É necessária a interpretação das

regras do Direito Penal, logo que a caracterização da capacidade consciente e da autodeterminação são requisitos para adequar a culpabilidade e a aplicação da pena.

Os indivíduos portadores do transtorno psicopata são classificados com CID-10 - Transtorno de Personalidade Dissocial, e não são, dessa forma, doentes mentais, pois possuem consciência de seus atos, são considerados como agentes imputáveis, podendo responder por crimes. Entretanto, ao serem recolhidos em unidades prisionais juntamente com outros reeducandos, pode causar comprometimento no sistema prisional, pois uma das características dos psicopatas é o poder de influenciar e persuadir pessoas.

Nesse sentido, o estudo objetiva elucidar, dentro do direito penal, a o conceito do crime, esclarecimento acerca imputabilidade e culpabilidade, a modalidade de julgamento e da execução penal desses agentes psicopatas.

Os objetivos específicos dessa pesquisa são: a) conceituar a expressão psicopatia e seus tipos; b) apresentar as consequências dos atos infracionais cometidos pelos psicopatas e as implicações jurídicas desses atos na justiça brasileira; c) discorrer sobre as sanções penais impostas ao psicopata.

A metodologia utilizada nessa pesquisa terá abordagem qualitativa, e o método utilizado é o hipotético dedutivo.

2. Psicopatia

Stacul (2016) explica que o conceito de psicopatia foi incluído na literatura através da Escola de Psicopatia Alemã no momento em que alguns médicos defrontaram-se com criminosos que não demonstravam nenhum nível de insanidade, e perceberam, dessa forma, que tratava-se de distúrbio de personalidade, distúrbio esse que não afetava a capacidade intelectual do sujeito.

Conforme ensinamentos de Rodrigues (2019), nessa época, a psicopatia referia-se a alguns comportamentos que não se encaixavam nos moldes estabelecidos pela sociedade, sendo considerados repulsivos.

Do grego *psyche* que significa mente e *phatos* que significa doença, a expressão psicopatia significa doença da mente. Entretanto, o psicopata não é enquadrado como sendo doente mental, haja vista a inexistência de desorientações mentais e delírios, conforme ensinado por Silva (2014, p. 38):

“O termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente, no entanto, em termos médicos-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa nessa visão

tradicional de doenças mentais. Os Psicopatas em geral, são indivíduos frios, calculistas, dissimulados, mentirosos, que visam apenas o benefício próprio. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos.”

Após diversos avanços e evoluções, a psicopatia recebe a denominação de Transtorno de Personalidade Antissocial, que possui o CID F60.2, de conforme o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V), da American Psychiatric Association - APA (2014, p. 659).

O Manual dessa Associação ainda caracteriza a psicopatia como:

“A característica essencial do transtorno da personalidade antissocial é um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos dos outros, o qual surge na infância ou no início da adolescência e continua na vida adulta. Esse padrão também já foi referido como psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade dissocial. Visto que falsidade e manipulação são aspectos centrais do transtorno da personalidade antissocial, pode ser especialmente útil integrar informações adquiridas por meio de avaliações clínicas sistemáticas e informações coletadas de outras fontes colaterais. Para que esse diagnóstico seja firmado, o indivíduo deve ter no mínimo 18 anos de idade (Critério B) e deve ter apresentado alguns sintomas de transtorno da conduta antes dos 15 anos (Critério C). O transtorno da conduta envolve um padrão repetitivo e persistente de comportamento no qual os direitos básicos dos outros ou as principais normas ou regras sociais apropriadas à idade são violados. Os comportamentos específicos característicos do transtorno da conduta encaixam-se em uma de quatro categorias: agressão a pessoas e animais, destruição de propriedade, fraude ou roubo ou grave violação a regras.” (2014, p.659)

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), o transtorno de personalidade está na tabela de doenças mentais na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), e sua classificação está no campo F60.2, sendo definida como:

“Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da

agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade. Inclui: Personalidade amoral, anti-social (sic), associal, psicopática, sociopática." (2016, Pg. 323.)

2.1 Características do agente psicopata

Segundo Silva (2014, p. 26),

"Os psicopatas, em geral, são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores, e que visam apenas o próprio benefício. São incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocarem no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade, e com formas diferentes de manifestar os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros predadores sociais, em cujas veias e artérias corre um sangue gélido."

Chaves e Marques (2018, p.7) caracterizam o psicopata como sendo:

"[...] indivíduos completamente desprovidos de compaixão, culpa ou remorso e podem enganar qualquer um, fingindo sentimentos. São pessoas frias, manipuladoras que tem como objetivo único o benefício próprio e se satisfazer, bem como a seu ego. [...] Esses indivíduos podem ser chamados de psicopatas."

Baseando-se no livro *A máscara da Sanidade*, de 1941, pelo psiquiatra Hervey Cleckley, Robert Hare reuniu informações para montar um questionário chamado Escala Hare, que tem por objetivo avaliar e identificar a psicopatia, sendo o instrumento mais adequado utilizado nos dias de hoje (TRINDADE, 2010, p. 169). Para estudar sobre o psicopata, é necessário que seja realizada uma análise acerca do comportamento do psicopata. Dessa forma, serão expostas as principais características desse transtorno.

A primeira característica é o encanto superficial:

"Os psicopatas costumam ser espirituosos e muito bem articulados, com uma conversa divertida e agradável. Geralmente contam histórias inusitadas, mas convincentes em diversos aspectos, nas quais eles são sempre os mocinhos." (SILVA, 2014, p. 69)

"Ao se apresentar, costumam ser muito efetivos e, com frequência, mostram-se agradáveis e atraentes. Para alguns, porém, eles

parecem pretensiosos e lisonjeiros demais, claramente falsos e superficiais. Observadores astutos costumam ter a impressão de que os psicopatas estão desempenhando um papel, "repetindo suas falas" mecanicamente." (HARE, 2013, p. 50)

Segundo Hare (2013, p. 53), outra característica é o egocentrismo:

"Os psicopatas têm uma visão narcisista e exageradamente vaidosa de seu próprio valor e importância, um egocentrismo realmente espantoso, acreditam que têm direito a tudo e consideram-se o centro do universo, seres superiores que têm todo o direito de viver de acordo com suas próprias regras. 'Não é que eu não cumpro as leis', disse um dos sujeitos de nossa pesquisa. 'Eu sigo as minhas próprias leis. Nunca violo minhas próprias leis.'"

O modo comportamental dos psicopatas também se caracterizam pela ausência de noção de responsabilidade e inconsequência:

"A falta de remorso ou de culpa do psicopata está associada com uma incrível habilidade de racionalizar o próprio comportamento e de dar de ombros para a responsabilidade pessoal por ações que causam desgosto e desapontamento a familiares, amigos, colegas e a outras pessoas que seguem as regras sociais. Em geral, os psicopatas têm desculpas prontas para o próprio comportamento e, às vezes, até negam completamente que o fato tenha acontecido." (HARE, 2013, p. 56).

"Antes da própria execução, o serial killer Ted Bundy falou diretamente sobre culpa em várias entrevistas a Stephen Michaud e Hugh Aynesworth. [...] "Culpado?", ele repetia na prisão. "Esse é um mecanismo que se usa para controlar as pessoas. É uma ilusão. É um tipo de mecanismo de controle social, e é muito doentio. Isso faz o nosso corpo reagir de um modo horrível. E há modos muito melhores de controlar nosso comportamento do que o uso extraordinário da culpa" (HARE, 2013, p. 56)

Mais uma característica é a ausência de sentimentos:

"Os laços sentimentais habituais entre familiares não existem nos psicopatas. Além disso, eles têm grande dificuldade para entender os sentimentos dos outros mas, havendo interesse próprio, podem dissimular esses sentimentos socialmente desejáveis. Na realidade

são pessoas extremamente frias, do ponto de vista emocional.” (BALLONE; MOURA, 2008)

Os autores ainda ensinam que a mentira é característica:

“É comum que o psicopata priorize algumas fantasias sobre circunstâncias reais. Isso porque sua personalidade é narcisística, quer ser admirado, quer ser o mais rico, mais bonito, melhor vestido. Assim, ele tenta adaptar a realidade à sua imaginação, à seu personagem do momento, de acordo com a circunstância e com sua personalidade é narcisística. Esse indivíduo pode converter-se no personagem que sua imaginação cria como adequada para atuar no meio com sucesso, propondo a todos a sensação de que estão, de fato, em frente a um personagem verdadeiro.” (BALLONE; MOURA, 2008)

Silva (2014, p. 84), destaca a impulsividade:

“A impulsividade apresentada pelos psicopatas visa sempre alcançar prazer, satisfação ou alívio imediato em determinada situação, sem nenhum vestígio de culpa ou arrependimento.”

A mesma Autora ainda apresenta a delinquência juvenil e a carência de excitação, como características:

“É importante destacar que ninguém vira psicopata da noite para o dia: eles nascem assim e assim permanecem durante toda a sua existência. Os psicopatas apresentam, em sua história de vida, alterações comportamentais sérias desde a mais tenra infância até os seus últimos dias, revelando que, antes de tudo, a psicopatia se traduz numa maneira de ser, existir e perceber o mundo.” (2014, p. 91)

“[...] apreciam viver no limite, no conhecido “fio da navalha”. Nessa busca desenfreada, muitas vezes envolvem-se em situações ilegais, agressões físicas, brigas, desacatos a autoridades, direção perigosa, uso de drogas, promiscuidade sexual etc.” (2014, p. 87)

Trindade apresenta o autocontrole ineficiente e a incorrigibilidade como sendo mais características:

“Outras características do psicopata costumam ser a brutalidade e a manifestação agressiva, que pode ser comparada a uma explosão, a

um curto-circuito, e a frieza aparente como se o sujeito estivesse desprovido de emoção e se relacionasse com o objeto através da sua incorporação ou da sua destruição: "se não posso obtê-lo, vou destruí-lo". (2010, p. 166)

"[...] não conseguem aprender com a experiência e constroem uma vida pobre porque repetem os mesmos comportamentos, uma vez que nada há a consertar ou aprimorar." (2010, p. 166)

3. Ação homicida do indivíduo psicopata

É imprescindível destacar que o transtorno psicopata não torna uma pessoa criminosa, podem haver na sociedade, pessoas com transtorno tido como sendo de personalidade que não se tornam homicidas.

Silva ensina que:

"É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e grave. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não "sujarão as mãos de sangue" nem matarão suas vítimas. Já os últimos botam verdadeiramente a "mão na massa", com métodos cruéis sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais." [...] (2014, p. 19-21)

Na psicologia, esse transtorno é dividido em três níveis: nível leve, nível moderado e nível grave, e o psicopata está incluído no nível grave, ou seja, no nível elevado. Daynes e Kerry, evidenciam que:

"O perfil psicológico que define a natureza do psicopata atrai esses indivíduos e os equipa especialmente para uma vida de crimes. Não é de admirar, portanto, que a probabilidade de encontrar psicopatas em presídios seja pelo menos quinze vezes mais elevada do que na população em geral. Os psicopatas representam uma imensa preocupação para todos nós que trabalhamos no sistema penal, pois eles são responsáveis por um maior número e uma maior variedade de crimes do que qualquer outro grupo." (2012, p. 24-25)

Os autores, ainda, deixam claro que, ao serem comparados com os criminosos comuns, os psicopatas têm mais propensão a cometer crimes violentos ou outras modalidades de crime.

4. As implicações jurídicas do transtorno psicopata no direito penal brasileiro

O Direito Penal é o conjunto de normas que regem o poder de punição do Estado. Mirabete e Fabrini definem o Direito Penal como sendo:

“ [...] O conjunto de normas e disposições jurídicas que regulam o exercício do poder sancionador e preventivo do Estado, estabelecendo o conceito do crime como pressuposto da ação estatal, assim como a responsabilidade do sujeito ativo, e associando à infração da norma uma pena finalista ou uma medida de segurança.” (2008, p. 23)

Nucci (2008, p. 57) define o Direito Penal como “o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”

O Direito Penal é, portanto, de extrema importância para reger as normas e diretrizes do direito brasileiro no que se refere à punibilidade dos indivíduos criminosos.

4.1 Culpabilidade

No direito brasileiro, a culpabilidade está fundamentada nos artigos 1º, III e no artigo 5º, II e LVII da Constituição Federal de 1988, que determinam a dignidade da pessoa humana, vinculada ao princípio da legalidade, e dispõe que ninguém será considerado culpado enquanto não houver sentença transitada em julgado (BRASIL, 2016).

“O Direito Penal atribui a culpabilidade três sentidos: I- como fundamento da pena, na qual observada preliminarmente a caracterização de um fato típico e antijurídico, se avalia através dos elementos da culpabilidade (imputabilidade, consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa) a aplicação da medida punitiva ao agente infrator; II – como limitador da pena, a partir da consideração de diversos fatores como a necessidade da pena, a importância do bem jurídico, o dano causado, para determinar a medida ideal da sanção penal aplicada; III - indicador da responsabilidade subjetiva, por impor ao *ius puniendi* a aferição de modalidade subjetiva de culpa, isto é, representação de dolo ou culpa no cometimento do ato criminoso.” (BORGES, 2017, p. 45)

Nesse sentido, conforme ensinamento de Mathias (2016),

“A culpabilidade, como juízo de censura, é composta por imputabilidade e consciência potencial da ilicitude. Imputabilidade é a capacidade de, no plano jurídico, ser responsável pelo fato e sofrer sanção decorrente dessa responsabilidade, como diz o artigo 26 do

Código Penal Brasileiro. Consciência potencial da ilicitude consiste na noção básica de se saber, potencialmente, o que é contrário ao ordenamento jurídico. É inescusável o desconhecimento formal da lei.” (2016, online).

“Compreende-se que os atos praticados pelo psicopata, sejam dolosos, uma vez que agem intencionalmente para atingir seu objetivo, sendo de má fé, comete o ato ilícito lesivo, consciente que a sociedade condena aquela determinada ação” (DOS SANTOS et al, 2016 - online).

“[...] em termos médico psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam algum tipo de desorientação. [...] Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos.” (SILVA, 2014, p. 38)

“Mesmo que a psicopatia seja considerada uma patologia social (pelo sociólogo), ética (pelo filósofo), de personalidade (pelo psicólogo), educacional (pelo professor) do ponto de vista médico (psiquiátrico) ela não parece configurar uma doença no sentido clássico. Nesse aspecto, há uma tendência universal de considerar psicopatas capazes de entender o caráter lícito ou ilícito dos atos que pratica e de dirigir suas ações.” (TRINDADE, 2010, p. 174)

Segundo Caliar e Da Silveira, “[...] esses indivíduos não aprendem com a punição, ou seja, a pena restritiva de liberdade não atingirá os efeitos esperados, uma vez que a ressocialização é praticamente nula no que se refere aos psicopatas.” (2015, - online)

No Direito Penal, não há consenso acerca do assunto, pois acredita-se que o agente portador do transtorno psicopata possui capacidade mental reduzida, sendo caracterizado como semi-imputável, encaixando-se no meio da conceituação de imputabilidade e semi-imputabilidade, recebendo a denominação de fronteirços:

“Situam-se nessa faixa intermediária os chamados fronteirços, que apresentam situações atenuadas ou residuais de psicoses, de oligofrenias e, particularmente, grande parte das chamadas personalidades psicopáticas ou mesmo transtornos mentais transitórios. (BITENCOURT, 2012, p. 1046)

[...] a responsabilidade penal será obrigatoriamente diminuída de forma proporcional à redução de sua capacidade de culpabilidade (v.g., certas oligofrenias, psicoses, psicopatia, neuroses).” (PRADO, 2013, p. 482)

4.2 A culpabilidade e o art. 26 do Código Penal

No Direito Penal Brasileiro, o imputável é o sujeito que possui total consciência dos atos antijurídicos e de suas consequências. A imputabilidade encontra-se elencada no Título III do Código Penal de 1940, mais especificamente nos artigos 26 a 28.

Segundo com Correa (1998, p. 153), a imputabilidade ocorre quando “A imputabilidade penal é a condição ou capacidade pessoal que o sujeito mentalmente desenvolvido possui de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento”

O Prado assevera que a imputabilidade é a:

“[...] Plena capacidade (estado ou capacidade) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos). Costuma ser definido como o “conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento.” (2002, p. 349)

Para Rodrigues e Guimarães (2015, p. 52)

“É imputável o ser que tem consciência do antijurídico, que tem plena noção de seus atos, que pode seguir de acordo com o ordenamento jurídico e não segue, que reconhece o injusto e mesmo assim quer e faz o contrário a lei ou assume o risco de fazer, com atos cientes e consequências para tais.” (, p. 52).

Acerca dos transtornos psicológicos considerados de nível mais severo, existe o instituto da inimputabilidade, onde o sujeito criminoso é isento da pena, pois esses indivíduos não possuem capacidade de compreensão para discernir entre certo e errado. Esse instituto encontra-se previsto no art. 26 do Diploma Penal Brasileiro:

“Art. 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter

ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (BRASIL, 1940)

Dessa forma, quando o sujeito não é considerado imputável, por portar deficiência mental, é imprescindível que haja comprovação através de laudo médico declarando a deficiência mental, a pessoa pode ser julgada como semi-imputável, que é o caso do psicopata. Segundo com Szklarz (2009), devido ao transtorno de personalidade, o psicopata homicida não possui controle de todas as suas ações, mesmo que tenha consciência dos seus atos e saiba as consequências deles, e portanto, são classificados, pela doutrina, como semi-imputáveis.

Assim, a semi-imputabilidade é classificada por pessoas que não são portadoras de doença mental, mas não possuem capacidade mental para discernimento entre o certo e o errado, e por esse motivo, em seu julgamento, o legislador deve atender ao disposto no parágrafo único do art. 26 do Diploma Penal, que dispõe:

“Art. 26, Parágrafo único- A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (BRASIL, 1940)

5. Sanções penais: pena privativa de liberdade X medida de segurança

Conforme ensinamentos de Gomes (2012), a sanção imposta ao indivíduo precisa ser justa, de acordo com o delito praticado, sendo necessária a análise da gravidade do ato, o objeto e a culpa do autor. A pena possui o caráter preventivo, para o Estado mostrar que a conduta está errada, e assim, coíba a reincidência.

Conforme observado por Cunha (2013), a doutrina brasileira, o portador do transtorno de personalidade psicopatia deve receber medida de segurança por possuir capacidade reduzida. Entretanto, a concepção médica discorda, pois o psicopata não é doente mental, apesar de possuir alteração de personalidade, esse indivíduo entende os atos que executa, sendo responsável por eles.

Segundo Hare (2013, p.38),

“Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo porque agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente”.

Conforme com Damásio (2010, p. 13),

“As penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal. Enquanto a pena é retributivo-preventiva, tendendo atualmente a readaptar socialmente o delinquente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais”

Para saber qual penalidade será utilizada, é necessária a compreensão da situação psicológica do agente, se é considerado imputável, semi-imputável ou inimputável.

Acerca das funções das penas, Delmanto (2007, p. 67) esclarece que:

“Pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou um ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora. Retributiva, pois impõe um mal (privação de bem jurídico) ao violador da norma penal. preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral, com exemplo de sua aplicação, seja, em especial, privando de um bem jurídico o autor do crime e visando obstar que ele volte a delinquir. E ressocializadora, porque objetiva a sua readaptação social.”

A pena privativa de liberdade deve ser aplicada ao criminoso imputável e ao semi-imputável. Ao semi imputável, deve ser aplicada a diminuição de 1 a 2/3 da pena, conforme estabelecido no art. 26, parágrafo único do Código Penal.

Conforme Nucci (2005), a pena privativa de liberdade objetiva a ressocialização do indivíduo para a vida em sociedade, sem reincidir na conduta criminosa. Entretanto, conforme outrora mencionado, o psicopata não possui capacidade de aprendizado com os próprios erros.

Maranhão (2008, p. 88) explica que o cumprimento da pena não é eficaz para o psicopata, pois seu comportamento não é modificado, logo que cada experiência é vivida de maneira isolada.

Szklarz (2009, p. 19) explica que inserir o psicopata em uma prisão é uma situação difícil, pois o indivíduo pode utilizar seu poder persuasivo para instigar outros reeducandos a iniciarem conflitos, portanto, o cárcere privado não possui eficácia.

Em se tratando de medida de segurança, Nucci (2010, p. 576) esclarece que

“Trata-se de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado.”

Já a medida de segurança, será aplicada aos indivíduos classificados como inimputáveis e semi-imputáveis. Dessa forma, Nucci (2010, p. 459-460), especifica que a medida de segurança é uma sanção destinada aos inimputáveis e semi-imputáveis, na qual esses indivíduos devem fazer tratamento ambulatorial através de internação.

A medida de segurança pode ser aplicada através de internação e de tratamento ambulatorial. Na internação, o indivíduo é submetido a tratamento em hospital de custódia psiquiátrico, enquanto o tratamento ambulatorial é destinado aos agentes inimputáveis, desde que o crime seja considerado de menor potencial ofensivo. Em se tratando dos semi-imputáveis, estes deverão permanecer em tratamento pelo prazo estabelecido por profissional médico.

Acerca de duração da pena e da medida de segurança, as mesmas são diferentes. Conforme art. 75 do Código Penal, para a pena, não pode ser aplicada duração superior há 30 anos. Já na medida de segurança, o prazo deve ser fixado entre 1 e 3 anos, e após o fim do prazo, o agente deverá ser submetido a exame pericial, que constatará a cessação da periculosidade. Caso o exame constate que o agente ainda apresenta risco à sociedade, a medida de segurança deve ser prorrogada, não prevendo, a legislação brasileira, um prazo máximo ou quantidade de prorrogações permitidas, dessa forma, a medida pode durar por tanto tempo quanto a vida do agente psicopata (BITENCOURT, 2017).

Sabendo que não há cura para a psicopatia, faz-se necessário manter o psicopata homicida afastado da sociedade, em um ambiente no qual ele terá tratamento e estabilização do seu quadro, logo que trancá-lo em uma prisão, submetendo-o a penas corporais, não trará resultado algum.

6. Considerações Finais

Resta evidente que o transtorno psicopata desafia a Justiça e o Direito, ante os diversos conflitos acerca de suas características e dos moldes normativos. Dessa forma, o Direito Penal e a Psiquiatria permanecem em conflito no que se refere às personalidades psicopatas e a aplicação da lei.

Conceituado como sendo um distúrbio de personalidade antissocial, a psicopatia é definida por características egocêntricas, antissociais, manipulativas, sem sentimento, irresponsabilidade e incorrigibilidade, pode-se entender que o agente psicopata difere-se

de criminosos comuns, pois seu comportamento é pautado no impulso, necessitando, desta forma, de tratamento diferenciado.

Verifica-se, portanto, que é imprescindível repensar o tratamento desses indivíduos, de forma que seu comportamento seja amenizado, evitando prejuízos na sociedade na qual o mesmo está inserido.

Extrai-se que é necessária que haja mais pesquisas acerca desse tema no nosso país, pois não existem grandes diferenças no tratamento dos criminosos psicopatas para os criminosos comuns. Percebe-se que os psicopatas não podem ser tratados como plenamente capazes, e tampouco como incapazes, restando clara a existência de um impasse. O problema em tela deve permanecer em discussão até o momento em que seja encontrado o tratamento jurídico adequado a esses indivíduos, pois a situação é complexa, e a lacuna deixada pelo legislador empobrece o julgamento do sujeito psicopata.

Referências

BALLONE, Geraldo José; MOURA, E. C. Personalidade Psicopática. PsiqWeb, 2008. Disponível em: www.psiqweb.med.br. Acesso em: 26 mar. 2022.

BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues; TRINDADE, Jorge. **Psicopatia: a máscara da justiça**. Livraria do Advogado Editora, 2009

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BORGES, Myrrha Araújo. **Psicopatas homicidas e a ineficácia da aplicação das penas previstas pelo direito penal**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Uberlândia.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 30 mar. 2022.

CALIARI, Fábio Rocha; DA SILVEIRA, Yandira Maria Costa. **O Psicopata Homicida Sob O Prisma Do Código Penal Brasileiro**. O SABER, 2015.

CHAVES José Péricles, MARQUES Leonor Matos. **Psicopatas: como são tratados no sistema penal brasileiro**.

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/psicopatas-como-sao-tratados-no-sistema-penal-brasileiro/>. Acesso em: 30/03/2022.

CORRÊA, Márcia Milhomens Sirotheau. **Caráter Fundamental da Inimputabilidade na Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

Daynes, Kerry. **Como Identificar um Psicopata**. Editora Cultrix. Edição do Kindle. 2012.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 1144 p.

DOS SANTOS, Gabriela Lopes et al. **DA IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA**. Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, 2017. Disponível em: https://revistas.unipacto.com.br/storage/publicacoes/2016/da_imputabilidade_do_psicopata_45.pdf

GOMES, Luiz Flávio. **Funções da pena no Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8334>. Acesso em: 05 abr. 2022.

HARE, ROBERT D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1 ISBN 978-85-02-01804-4

MANUAL DIAGNÓSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS [recurso eletrônico] : DSM-5 / [American Psychiatric Association ; tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento ... et al.] ; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli ... [et al.]. – 5. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : Artmed, 2014. Disponível em <http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf>.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. 5. São Paulo: Malheiros, 2008.

MATHIAS, Fernanda. **Psicopatia e crime: questões da imputabilidade**. 2016. Disponível em: <https://fernandatmathias.jusbrasil.com.br/artigos/374893721/psicopatia-e-crime-questao-da-imputabilidade?ref=amp>. Acesso em: 21 de mar de 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial**, 4. ed. rev, atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 254. 71

_____. **Manual de Direito Penal:** parte geral; 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10.** Disponível em: https://icd.who.int/training/icd10training/ICD-10%20training/ICD-10_Resources/ICD-10_Volume_1.pdf . Acesso em: 02/04/2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1:** parte geral: arts 1º a 120. 3 ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal, parte geral, arts. 1º a 120. 12 ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 1.

Rodrigues, L.M.B. (2019). **Criminosos psicopatas no banco dos réus.** Repositório institucional AEE. Anápolis. Recuperado de <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/8591>

RODRIGUES, Ms Myriam Christina Alves; GUIMARÃES, Bruna Larissa Marques. **Psicopatas Homicidas E Sua Punibilidade No Sistema Penal Brasileiro** Psychopathic Murderers And His Criminal System In Brazilian Punishment. Revista Jurídica, v 1, n 24, p. 46-66, 2015.

SANTOS, Willian Vieira dos. **Psicopatia no Direito Penal brasileiro e sua punibilidade** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 08 jun 2021, 04:30. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56683/psicopatia-no-direito-penal-brasileiro-e-sua-punibilidade>. Acesso em: 05 abr 2022.

SZKLARZ, Eduardo. **O Psicopata na Justiça Brasileira.** Super Interessante, São Paulo, jul. 2009. Disponível em: Acesso em: 20 de abril de 2019.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**/Ana Beatriz Barbosa Silva. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2008

_____. Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado.** 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

STACUL, P. (2016). **O engodo psicopata: Crime e perversão.** Revista discente da UNIABEU. V.4(1). Nova Iguaçu. Recuperado de <https://revista.uniabeu.edu.br/index.php/alu/article/view/2496/1647>

GUARDA COMPARTILHADA EM PERÍODO DE PANDEMIA

EDUARDA GONZAGA LOPES:

Bacharelanda do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG.³²

PAULO IZÍDIO DA SILVA REZENDE³³

(orientador)

RESUMO: A Lei de Guarda Compartilhada fixou normas de convivência baseadas na realidade da sociedade na época. Contudo, com o advento da recomendação de isolamento entre pessoas em razão do alto risco de contaminação da Covid-19, o Brasil, assim como várias outras nações do mundo, implementou normas que coibissem a movimentação da população. O aumento de casos e a sobrecarga do Sistema Único de Saúde e também da rede suplementar privada, fez com que o governo estabelecesse o *lockdown*, com restrições variadas de acordo com cada Estado da federação. Certo é que a vida em sociedade foi amplamente modificada, gerando o afastamento de convivência até mesmo entre pessoas da mesma família, residentes em casas separadas. Logo no início das imposições, as pessoas ficaram assustadas e suspenderam a convivência até mesmo entre pais e filhos em guarda compartilhada. Ocorre que com o passar do tempo, o afastamento familiar foi colocado em discussão novamente e isso, questiona-se como se aplicam as regras de compartilhamento de responsabilidades e direitos entre pais separados no período de pandemia. Para alcançar esse objetivo, a pesquisa bibliográfica, se desenvolveu segundo o método dedutivo, com materiais selecionados em doutrinas, jurisprudências e legislações, analisados segundo o método qualitativo de pesquisa.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Pandemia. Regras. Mudanças.

ABSTRACT: The Shared Guard Law established norms of coexistence based on the reality of society at the time. However, with the advent of the recommendation of isolation between people due to the high risk of contamination of Covid-19, Brazil, as well as several other nations in the world, implemented rules that curb the movement of the population. The increase in cases and the overload of the Unified Health System and also of the private supplementary network, made the government establish a lockdown, with varying restrictions according to each state of the federation. What is certain is that life in society has been largely modified, generating the withdrawal of coexistence even between people of the same family, living in separate houses. Right at the beginning of the impositions, people were scared and suspended the coexistence even between parents and children in

³² E-mail: eduardalopes12335@gmail.com.

³³ Professor(a) Especialista do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: paulo_izidio@hotmail.com.

shared custody. It so happens that over time, family removal has been discussed again, and this raises the question of how the rules for sharing responsibilities and rights between separated parents apply during the pandemic period. To achieve this objective, the bibliographic research was developed according to the deductive method, with materials selected from doctrines, jurisprudence and legislation, analyzed according to the qualitative research method.

Keywords: Shared custody. Pandemic. Rules. Changes.

Sumário: Introdução. Material e Métodos. 1. A Guarda Compartilhada. 2. A Pandemia no Brasil. 3. Novas Regras de Convivência e a Alteração da Guarda Compartilhada. 4. Consequências Jurídicas do Descumprimento das Regras da Guarda Compartilhada na Pandemia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A inegável modificação do comportamento social refletiu nas famílias em todo mundo. Com a alteração das condições sociais e convivência entre pais e filhos residentes em domicílios diferentes, mesmo que com guarda compartilhada entre os guardiões genitores, as regras legais passaram a ser interpretadas de forma relativizada em razão da pandemia.

Isto porque a instauração de medidas estatais de redução de convívio entre pessoas em razão do alto risco de contágio da covid-19, colocou em discussão a continuidade de aplicação da legislação em tempos de pandemia, haja vista as mudanças de regras sociais mencionadas.

Além das regras de isolamento, que mantiveram os indivíduos em suas residências por mais tempo, impedindo o contato com pessoas em seus ambientes de trabalho e ensino, as regras de compartilhamento de guarda de menores também foram objeto de reformulação.

Com o perigo de contaminação, várias famílias se viram privadas do convívio com os menores de idade, cujos cuidados eram feitos de forma partilhada entre os genitores. Ocorre que muitos pais se sentiram violados em seu direito de convivência ao serem impedidos de se encontrar com o menor mantido apenas com alguns familiares.

Em tempos de convivência comum, manter o menor afastado do convívio com seu genitor consiste em séria infração às normas da guarda compartilhada, podendo ser considerado até mesmo alienação parental. Todavia, com a proibição de sair de casa e de ter contato com pessoas residentes em outros locais, houve evidente relativização das regras do compartilhamento de guarda.

MATERIAIS E MÉTODOS

A análise aprofundada acerca da aplicação das regras da guarda compartilhada em período de pandemia se dá através da presente pesquisa bibliográfica, que resulta na escrita de um texto de revisão de literatura, fundada em material bibliográfico publicado no Brasil, na legislação, nas doutrinas e jurisprudências nacionais. Classificada como exploratória, quanto aos objetivos, ao longo do estudo, são apresentados, além das disposições legais aplicáveis a guarda compartilhada no Brasil, os problemas e divergências surgidos no decorrer da pandemia e, principalmente, os entendimentos jurisprudenciais proferidos no curso desse período.

Sem intervenção ou abordagem direta junto à seres humanos e sem riscos ao sujeito, o trabalho dispensa a aprovação junto ao Comitê de Ética em Pesquisa e tem como metodologia a análise dos dados e informações coletados a utilização de técnicas de análise qualitativa dos textos selecionados.

1 A GUARDA COMPARTILHADA

No Brasil, a guarda compartilhada é um dos institutos de direito de família de maior repercussão no judiciário, especialmente após a entrada em vigor da Lei nº 13.058 22 de dezembro de 2014, que alterou o Código Civil de 2002, para torna-la regra quando da dissolução de união entre genitores.

O exercício do direito de guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar desempenhado pelos genitores sobre seus filhos até que estes atinjam a maioridade civil e não se interrompe com a dissolução da união entre os pais.

Sabe-se hoje que uma boa mãe ou um bom pai, pode não ser um bom marido ou boa esposa. Em outras palavras, as funções conjugais são diferentes das funções parentais, e devem ser diferenciadas para que se faça um julgamento justo sobre guarda e convivência de filhos. Mudou-se não só os julgamentos, mas também a concepção de guarda de filhos, que deverá ficar com quem atender seu melhor interesse, não necessariamente o pai ou a mãe. E foi exatamente atendendo a este interesse maior que a ideia de guarda única perdeu lugar para a guarda compartilhada (também denominada de guarda conjunta) como regra geral (Lei nº 11.698/08). É também em atendimento ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente, que surgiram novas concepções e institutos jurídicos (PEREIRA, 2021, p. 177 - 178).

O dever de cuidado e proteção dos filhos está previsto na Constituição Federal em seu artigo 229, que dispõe: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores,

e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 22 determina “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990).

No mesmo sentido, o Código Civil se coloca, cabendo a tal legislação a determinação de normas relacionadas a guarda dos menores no Capítulo XI, cujo título é “Da Proteção da Pessoa dos Filhos” (BRASIL, 2002).

A guarda deve ser compreendida de acordo com a matéria em que é mencionada, sendo diferente no direito civil e comercial, em que significa a obrigação imposta a alguém para vigiar e zelar do bem, de coisa ou pessoas sob sua responsabilidade. No direito familiar, a guarda consiste em poder dever dos pais de criar, educar e ter em sua companhia os filhos menores de dezoito anos de idade (PEREIRA, 2021).

Neste contexto, a guarda compartilhada é tratada na legislação civil através dos dispositivos inseridos pela Lei nº. 13.058/2014, que nos parágrafos 2º e 3º apresenta uma definição dessa espécie de guarda e dispõe sobre a sua aplicação no Brasil.

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

[...]

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

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) (BRASIL, 2002)

De acordo com a legislação de direito de família, nessa modalidade, o compartilhamento de responsabilidades entre os genitores ocorre de forma igualitária, o que reflete não apenas na tomada de decisões, como também no custeio de despesas e no período de convivência familiar.

A guarda compartilhada tem como seu maior objetivo a igualdade na tomada de decisões em relação ao filho, com o intuito de tentar preservar ao máximo os direitos e deveres relativos à autoridade parental. Dessa forma, com a convivência é possível manter os laços familiares pressupostos da relação entre pais e filhos. Não obstante, a intenção é que os pais mantenham as mesmas responsabilidades da época do relacionamento familiar, ou seja, a continuação dos cuidados necessários aos filhos. (LÔBO, *apud* VAN DAL e BONDEZAN, 2019, p. 01)

Portanto, de forma geral, a guarda compartilhada é aquela que assegura iguais direitos e deveres entre genitores, resguardando ao menor o convívio igualitário com seus pais, mesmo após a separação e mudança de residência. As regras são estabelecidas pelos responsáveis ou pelo magistrado caso haja necessidade de interferência judicial.

O que se considera para a alteração das condições é principalmente o melhor interesse da criança e do adolescente, um dos fundamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança/adolescente. Este princípio tem suas raízes na mudança da estrutura da família que se deu ao longo do século XX. Ao compreendê-la como um fato da cultura, e não da natureza, e com declínio do patriarcalismo, a família perdeu sua rígida hierarquia, sua preponderância patrimonialista e passou a ser o locus do amor, do companheirismo e da afetividade. E assim, as crianças e adolescentes ganharam um lugar de sujeitos, e como pessoas em desenvolvimento passaram a ocupar um lugar especial na ordem jurídica. Se são sujeitos em desenvolvimento, merecem proteção integral e especial e tem absoluta prioridade sobre os outros sujeitos de direitos. Esta ideia aparece pela primeira vez em 1959 na Declaração Universal dos Direitos da Criança, que em seu 2º princípio declarou que “a criança gozará de proteção especial (...) ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que atenderá será o interesse superior da criança” (PEREIRA, 2021, p. 176).

É justamente o melhor interesse da criança e do adolescente que permitiu a mudança das condições de guarda anteriormente fixadas durante a pandemia da Covid-19, ao reduzir o convívio com familiares em prol da segurança, saúde e integridade física dos filhos.

2 A PANDEMIA NO BRASIL

Os primeiros casos de Covid-19 na China lançaram um alerta para todos os demais países e autoridades públicas e profissionais da área da saúde. A gravidade da doença elevou os números de contágio a ponto de ser constatado o estado de pandemia mundial.

Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan na China, surgiram inúmeros casos de pneumonia, ainda sim não havia identificação do que seria o vírus. Foi então que passado uma semana, veio à confirmação de que se tratava da Covid-19 [...] O diretor da Organização Mundial da Saúde, Tedros Adhanom Ghebreyesus, fez uma declaração após terem sido relatados dos casos no novo vírus estarem aumentando de forma rápida e sem controle, ele afirmou que a motivação de se posicionar diante da pandemia tratava-se não somente da situação da China, mas dos demais países [...] Essa declaração deu início a uma atenção voltada à saúde, de certa forma com um peso internacional. Após isso, o cenário da Covid-19 que antes estava somente na China, começou a espalhar-se pelo mundo todo, elevando ao status de pandemia. Iniciado na China, a transmissão do vírus se deu para os demais países, de maneira rápida, e então ela chega ao Brasil (MELLO e NAKAYAMA, 2021, p.1).

O motivo da preocupação com a contaminação pela Covid-19 se refere ao alto número e a facilidade com que a doença avança na população, deixando sequelas diversas e com sintomas variados. Em algumas situações, se apresenta um resfriado comum, em outras, síndromes respiratórias graves são diagnosticadas, podendo levar o paciente a morte, nos casos em que são mais graves (SANTOS, 2022).

Por ser transmitida facilmente entre as pessoas, através do ar e do contato direto, as medidas indicadas para prevenção se resumem ao afastamento social e aos cuidados com higiene.

Os coronavírus são frequentemente transmitidos de uma pessoa para outra por meio de contato próximo com o doente ou com objetos contaminados e o posterior contato das mãos com as mucosas. Sendo assim, para se prevenir de doenças causadas por esses vírus, as principais medidas são: evitar contato próximo com pessoas que apresentam infecções respiratórias; lavar bem as mãos; evitar tocar os olhos, nariz e boca sem ter higienizado as mãos; evitar compartilhamento de objetos de uso pessoal, tais como copos e talheres; evitar contato com animais doentes; cozinhar bem ovos e carne (SANTOS, 2022, p.1).

Logo nos primeiros dias, muitas cidades deram início a um período de isolamento social, proibindo a locomoção em determinados horários, mantendo-se em funcionamento apenas os serviços essenciais, tudo com intenção de controlar a contaminação. As pessoas também reduziram o convívio com familiares e amigos. Contudo, já tendo se passados dois anos desde o início da pandemia, algumas medidas passaram a ser relativizadas, especialmente no ambiente familiar.

3 NOVAS REGRAS DE CONVIVÊNCIA E A ALTERAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A pandemia da Covid-19 causou impactos nas relações familiares a ponto de que os conflitos foram levados até o Poder Judiciário em busca de solução, adequando os direitos de pais e filhos à nova realidade de convívio limitado pelo distanciamento social (MELLO e NAKAYAMA, 2021).

O afastamento de uma criança do pai ou da mãe será somado aos demais problemas que a quarentena causou e ainda tem causado nelas. Havendo a possibilidade, condição e responsabilidade de se manter o convívio presencial, é a ponte que manterá a relação em épocas de muitas perdas, as pessoas tendem a valorizar mais sua família, e aproveitar mais o convívio, afinal a fase de criança é campo fértil para semear o amor, educação e cuidado (MELLO e NAKAYAMA, 2021, p.1).

A decretação da pandemia modificou completamente a realidade social das famílias em todo o mundo, impactando sobretudo o convívio entre pessoas residentes em casas ou cidades diferentes, dado as regras de quarentena impostas em muitas cidades.

Tais regras de isolamento levaram ao questionamento sobre a continuidade das regras fixadas na guarda compartilhada, especialmente por parte dos genitores privados do convívio com seus filhos sob este argumento.

O questionamento trazido para ser respondido é se a guarda compartilhada deveria ser adaptada em seu exercício em face da pandemia de Covid-19 e demais protocolos sanitários.

Sim. A bem dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o exercício da guarda compartilhada deve ser adaptado a excepcional situação gerada pela pandemia de Covid-19. Em verdade, o tema da suspensão compulsória da convivência entre pais e filhos em face da pandemia aparentemente coloca em conflitos dois direitos fundamentais.

Pois, por um viés, o filho ou filha tem assegurado, constitucionalmente, o direito à convivência familiar, especialmente com seus pais. Doutra viés, cabe a ambos pais, o Estado e, também à sociedade preservar a saúde de crianças e adolescentes com absoluta prioridade (LEITE e CRUZ, 2022, p.1).

Em um primeiro momento, a suspensão de visita foi bem aceita socialmente, contudo, com o passar do tempo e com a prorrogação das regras e sugestões de isolamento, os genitores afastados passaram a requerer judicialmente o retorno do convívio.

Os pedidos apresentados pelos genitores se fundamentam no direito de pais e filhos de manterem a convivência e manutenção de seus vínculos familiares, independentemente da conjugalidade dos pais (PEREIRA, 2021). Acompanhando esse fundamento, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais declarou a imprescindibilidade de convivência ao mesmo tempo em que destaca a tomada de medidas de segurança do menor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DE FAMÍLIA – GUARDA: COMPARTILHAMENTO – RESIDÊNCIA: MELHORES CONDIÇÕES – CONVIVÊNCIA: IMPRESCINDIBILIDADE – TUTELA DE URGÊNCIA: REVISÃO: DESCABIMENTO. 1. Se há indícios de que um dos pais tem melhores condições que o outro para garantir o desenvolvimento sadio da criança, é possível estabelecer-se a guarda compartilhada, com a residência sediada com o esse, até melhor instrução dos autos. 2. A pouca idade da criança denota dependência da mãe, a justificar a garantia do convívio mesmo no atual quadro da pandemia, presumindo-se que os pais tomarão as medidas suficientes para evitar a exposição e o contágio, dada a responsabilidade decorrente da guarda. (TJ-MG – AI: 10000210356234002 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 11/08/2021, Câmaras Cíveis / 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 18/08/2021).

No julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso foi reconhecida a gravidade da pandemia, contudo a suspensão de visitas por tempo indeterminado foi cassada, determinando o retorno do convívio como anteriormente pactuado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE SUSPENSÃO DE VISITA E GUARDA COMPARTILHADA EM RAZÃO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS – TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA PELO JUIZ A QUO – PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DO CONVÍVIO ENTRE PAI E FILHO – POSSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS

DESABONADORES DA CONDUTA DO GENITOR – NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DOS VÍNCULOS PATERNO-FILIAIS – DECISÃO CASSADA – RECURSO PROVIDO. É sabido que a pandemia de magnitude global revolucionou grande parte dos hábitos, costumes e, até mesmo, relações sociais e afetivas com entes queridos, de modo que, com a imposição que a pandemia de magnitude global revolucionou grande parte dos hábitos, costumes e, até mesmo, relações sociais e afetivas com entes queridos, de modo que, com a imposição do estado de quarentena pelas autoridades competentes e o isolamento social, somando ao temor das consequências possíveis da contaminação pelo novo coronavírus, poderia ser considerada necessária, em um primeiro contato com a hipótese fático-jurídica, a suspensão do direito de visitação paterna. Todavia, nos autos não há qualquer documento que justifique a suspensão, por tempo indeterminado, das visitas e regime de guarda na forma anteriormente pactuada pelas partes, ainda mais sem fixar prazo para sua duração. Assim, inobstante seja compreensível a preocupação do juízo a quo e da genitora com a saúde e bem-estar da criança, por outro lado, é de extrema importância para o desenvolvimento saudável do infante a convivência com ambos os genitores, o que se acentua quando se trata de pais atenciosos que amam e prazam pelos seus filhos, como aparenta ser a hipótese. Decisão cassada, retornando as partes ao status quo ante. (TJ-MT 10142062420208110000 MT, Relator: Clarice Claudino da Silva, Data de Julgamento: 21/10/2020, Segunda Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/10/2020).

No mesmo sentido, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, a suspensão das visitas paternas perante a pandemia não merecem prosperar por muito tempo, tendo sido revogada a decisão proferida em primeira instância, por entender que o interesse da criança é o convívio com ambos os genitores sempre que possível.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA COM PEDIDO LIMINAR C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E OFERTA DE ALIMENTOS. REVOGAÇÃO DE SUSPENSÃO DE VISITAS PATERNAS DURANTE A PANDEMIA. RAZOABILIDADE. INTERESSE DA CRIANÇA. DECISÃO MANTIDA. 1. Se mostra desarrazoada a manutenção da suspensão das visitas paternas pois não há nos autos prova de conduta temerária por parte do pai que justifique tal medida. 2. Deve-se prezar pelo convívio da criança e adolescente com ambos os genitores, sempre que possível, por ser esta a situação

que melhor atende as necessidades e interesses dos menores. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO – AI: 0601740322020809000 Goiania, Relator: Des(a). Marcus da Costa Ferreira, Data de Julgamento: 19/03/2021, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 19/03/2021).

Apesar dos exemplos, ainda não está sedimentada a posição jurisprudencial, mantendo-se em alta a discussão sobre a modificação das condições de compartilhamento de guarda no curso de uma pandemia, uma vez que a saúde do menor e dos que com ele convivem é colocada em risco se não houverem os cuidados para evitar a contaminação.

Para reduzir a celeuma jurídica, encontra-se em tramitação um Projeto de Lei nº. 1.646/2021 da Câmara dos Deputados, que propõe a alteração do Código Civil para dispor sobre a suspensão temporária da guarda compartilhada enquanto perdurada a pandemia (BRASIL, 2021).

O Projeto de Lei 1646/21 determina que, enquanto perdurar a pandemia causada pelo novo coronavírus, as visitas e os períodos de convivência no caso de guarda compartilhada ou unilateral poderão ser substituídas por outras formas de contato, mediante prévia autorização judicial (MACHADO e DOEDERLEIN, 2021, p. 1).

A autoria do Projeto de Lei é do Deputado Federal Geninho Zuliani (DEM-SP) e encontra-se em análise da Comissão de Seguridade Social e Família para o seu parecer desde o dia 25 de maio de 2021. Após aprovação da Casa Autora, o projeto segue para o Senado Federal, casa revisora e posteriormente à sanção presidencial (BRASIL, 2021).

Haja vista o fato de que a lei ainda precisa passar por um caminho legislativo até que entre definitivamente em vigor, permanecendo a aplicação das regras da guarda compartilhada no curso dessa pandemia, importa conhecer as consequências da violação desses deveres.

4 CONSEQUENCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS DA GUARDA COMPARTILHADA

Como visto anteriormente, a primeira consequência advinda da violação das regras da guarda compartilhada consiste na determinação judicial de cumprimento das medidas, mesmo em tempo de pandemia. Em alguns casos identificados na jurisprudência, o compartilhamento da convivência é mantido, especialmente ausentes as provas de suposto risco de contágio por Covid-19. Veja:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA, CONVIVÊNCIA E ALIMENTOS. RECURSO INTERSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR.

CARÁTER SECUNDUM EVENTUM LITIS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MODIFICAÇÃO APENAS EM CASO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, ABUSIVIDADE OU TERATOLOGIA DA DECISÃO. GUARDA COMPARTILHADA E DIREITO DE CONVIVÊNCIA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À POSSIBILIDADE DE CONTAMINAÇÃO POR COVID-19. MANUTENÇÃO DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS FIXADOS PELO JUÍZO DE ORIGEM. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. 1. A concessão da tutela de urgência exige tão somente um juízo de verossimilhança dos fatos, em cognição perfunctória, e a verificação da presença dos requisitos autorizadores – probabilidade do direito e perigo da demora (art. 300 do CPC). Assim, considerando o caráter secundum eventum litis do agravo de instrumento, a decisão que defere ou indefere a tutela de urgência deve ser reformada somente em caso de flagrante ilegalidade, abusividade ou teratologia. 2. Considerando a ausência de fatos desabonadores da conduta paternal do genitor/agravado, bem como a inexistência de comprovação da alegação quanto ao suposto risco de contágio por Covid-19, deve ser mantida a decisão liminar que, atendendo ao melhor interesse da criança, estabelece a guarda compartilhada e regula o direito de convivência. Inteligência do artigo 227 da Constituição Federal; dos artigos 4º e 19º do Estatuto da Criança e do Adolescente; e dos artigos 1.584 e 1.589 do Código Civil. 3. Não merece reparos a decisão que fixa os alimentos provisórios atendendo ao binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, conforme artigo 1.694, §1º, e 1.703 do Código Civil. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (TJ-GO – AI: 0325970101720208090000 GOIÂNIA, Relator: Des(a). Itamar de Lima, Data de Julgamento: 17/11/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 17/11/2020).

O motivo da imposição de medidas judiciais para restituir o contato é que mesmo com a separação residencial, “é imperativa a manutenção da convivência com ambos os pais, garantindo a proteção dos respectivos direitos das crianças e dos adolescentes” (CUNHA, 2021, p. 678).

Segundo determina o ordenamento jurídico nacional, uma vez fixadas as normas da guarda compartilhada, compete aos genitores cumprirem com o pactuado ou determinado judicialmente, sob pena de sofrer punições por tais condutas, a alienação parental por exemplo pode ser constatada.

Ao enumerar os casos exemplificativos de alienação parental e interferência na formação psicológica da criança e adolescente, o artigo 2º da Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010, inclui as práticas de dificultar o contato e o direito regulamentado de convivência familiar como caracterizadores da alienação (BRASIL, 2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de alienação parental e regulamentação de visita – Inconformismo em relação à exclusão do pedido do avô, quanto ao pedido de alienação parental e de fixação de regime provisório de visitas para o pai – Avô que é parte legítima requerer em Juízo tanto a alienação como regulamentação de visitas. Direito que se estende ao núcleo familiar – Precedentes – Fundamentação para indeferimento do regime provisório de visitas, risco de retirada da residência materna em razão da pandemia, que não pode prevalecer – Não há elementos para presumir aumento de risco, sendo que a residência paterna é a que o menor viveu desde o nascimento até a separação dos pais – Convivência com o pai e núcleo paterno que visa manter os laços familiares e está de acordo com os melhores interesses do menor – Decisão reformada – Recurso provido. (TJ-SP – AI: 20039626520218260000 SP 2003962-65.2021.8.26.0000, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 12/05/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/05/2021).

Portanto, os genitores devem se manter atentos às regras da guarda compartilhada ainda que no curso de uma pandemia, uma vez constatada a alienação parental, poderá o genitor alienador ser responsabilizado civil ou criminalmente, proporcionalmente à gravidade do caso, conforme o artigo 6º da Lei de Alienação autoriza.

CONCLUSÃO

O perigo de contaminação e de sintomas graves aos pacientes da Covid-19, aliado ao dever legal de cuidado dos genitores em relação aos seus filhos menores, fez com que em um primeiro momento o convívio entre pais e filhos fosse suspensa para aqueles que residem em lares diferentes, a fim de impedir a proliferação da doença.

Ocorre que o estado de pandemia perdurou muito mais tempo do que poderia se imaginar em um primeiro momento, de forma que o rompimento da convivência passou a ser questionado, principalmente pelos genitores impedidos de estar com seus filhos, mesmo com a guarda compartilhada em vigência.

Diante do dever de cuidado, os genitores devem manter-se atentos à segurança dos menores, mais do que nunca, em razão do risco de contaminação com um vírus altamente

contagioso e com sintomas que podem ser fatais também para crianças e adolescentes. Mas nem por isso podem ser privados totalmente do convívio com seus filhos.

Deste modo, nem mesmo a decretação da pandemia é suficiente para justificar o afastamento entre pais e filhos na guarda compartilhada, podendo haver a responsabilização do genitor causador do distanciamento. Apesar do exposto, nada impede que as regras firmadas anteriormente sejam relativizadas pelos guardiões, uma vez demonstrado que o melhor interesse do menor exige tal comportamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº. 1.646/2021**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279879>>. Acesso em 15 mar. 2022.

BRASIL. **TJ-GO – AI: 0325970101720208090000** Goiânia, Relator: Des(a). Itamar de Lima, Data de Julgamento: 17/11/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 17/11/2020. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1133127081/agravo-de-instrumento-cpc-ai-3259701720208090000-goiania>>. Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL. **TJ-GO – AI: 06017403220208090000** Goiania, Relator: Des(a). Marcus da Costa Ferreira, Data de Julgamento: 19/03/2021, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 19/03/2021. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1182716211/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-agravos-agravo-de-instrumento-ai-6017403220208090000-goiania>>. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. **TJ-MG – AI: 10000210356234002** MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 11/08/2021, Câmaras Cíveis / 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 18/08/2021. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1267008962/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000210356234002-mg>>. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. **TJ-MT 10142062420208110000** MT, Relator: Clarice Claudino da Silva, Data de Julgamento: 21/10/2020, Segunda Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/10/2020. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1119805727/10142062420208110000-mt>>. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL. **TJ-SP – AI: 20039626520218260000** SP 2003962-65.2021.8.26.0000, Relator: Silvério da Silva, Data de Julgamento: 12/05/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/05/2021. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207221201/agravo-de-instrumento-ai-20039626520218260000-sp-2003962-6520218260000>>. Acesso em 17 mar. 2022.

LEITE, Gisele; CRUZ, Ramiro Luiz Pereira da. **Parecer sobre Guarda Compartilhada e a pandemia de Covid-19**. *Jornal Jurid*, 2022. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/parecer-sobre-guarda-compartilhada-e-a-pandemia-de-covid-19>>. Acesso em 15 mar. 2022.

MACHADO, Ralph; DOEDERLEIN, Natalia. **Projeto permite suspensão da guarda compartilhada de filhos durante a pandemia**. Agência Câmara de Notícias, 02 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/766495-projeto-permite-suspensao-da-guarda-compartilhada-de-filhos-durante-a-pandemia/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%201646,contato%2C%20mediante%20pr%C3%A9via%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20judicial>>. Acesso em 15 mar. 2022.

MELLO, Hellen Havana Saturno de; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **O exercício da guarda compartilhada em tempos de pandemia da Covi-19**. *IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Data de Publicação: 30/07/2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1726/O+exerc%C3%ADcio+da+guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+da+COVID-19>>. Acesso em 10 mar. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias** / Rodrigo da Cunha Pereira; prefácio Edson Fachin. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "**Coronavírus**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/doencas/coronavirus.htm>. Acesso em 20 de março de 2022.

VAN DAL, Suely Leite Viana; BONDEZAN, Daniela Turcinovic. **A lei de guarda compartilhada obrigatória (lei 13.058/2014) e os efeitos para a formação da criança.**

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2020. Disponível em:

<[https://ibdfam.org.br/artigos/1339/A+lei+de+guarda+compartilhada+obrigatória+\(lei+13.0582014\)+e+os+efeitos+para+a+formação+da+criança+>](https://ibdfam.org.br/artigos/1339/A+lei+de+guarda+compartilhada+obrigatoria+(lei+13.0582014)+e+os+efeitos+para+a+formacao+da+crianca+>). Acesso em 15 mar. 2022.

EXTRAVAGANTE AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL DURANTE A COVID-19

EMILLY DA SILVA DE OLIVEIRA:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Este artigo sobrevém da necessidade de apresentar a realidade das mulheres em situações de violências domésticas, que pode se manifestar sob diferentes formas e inúmeras circunstâncias. O acontecimento se expressa, sobretudo, através de violência sexual, física e psicológica, todavia não se inscreve somente no copo, pois nem sempre deixa marcas visíveis, repercutindo na vida social da mulher. Cumpre ressaltar que a violência contra mulher não distingue classe social, racial, etnia, religião, orientação sexual, escolaridade ou idade, todos os dias a sociedade é surpreendida com uma nova notícia de morte por situações abordadas neste contexto. Dentre os casos, é sabido que o feminicídio não acontece à primeira vista, ou seja, os sinais de violência começam muito antes de uma agressão física. Desde a década de 50, a Organização das Nações Unidas (ONU) utiliza seus esforços para combater esse mal. Mesmo que atemporal, é notório que após a onda do Novo Covid-19, a situação se agravou e com isso, o número de mortes por feminicídio no Brasil teve um extravagante aumento. Em 2015, o governo brasileiro divulgou um estudo que mostrou que a cada sete minutos uma mulher é vítima de violência doméstica no Brasil e que mais de 70% da população feminina brasileira vai sofrer algum tipo de violência ao longo de sua vida. 1 em cada 4 mulheres relata ter sido vítima de violência psicológica ou física. Pesquisa feita no de 2021, durante a pandemia, informa que houve uma queda nas violências com o fechamento de bares e baladas, porém, aumentou de 42% para 49% as agressões dentro dos lares. Nesta toada, é necessária uma intervenção maior do Estado para socorrer essas mulheres que se sentem coagidas à denunciar.

Palavras chave: Mulher. Violência. Agressão. Covid-19. Vítima. Feminicídio.

ABSTRACT: This article arises from the need to present the reality of women in situations of domestic violence, which can manifest itself in different forms and in countless circumstances. The event is expressed, above all, through sexual, physical and psychological violence, but it is not only inscribed in the glass, as it does not always leave visible marks, having repercussions on the woman's social life. It should be noted that violence against

women does not distinguish social class, racial, ethnicity, religion, sexual orientation, education or age, every day society is surprised with a new death notice for situations addressed in this context. Among the cases, it is known that femicide does not happen at first sight, that is, the signs of violence begin long before physical aggression. Since the 1950s, the United Nations (UN) has used its efforts to combat this evil. Even if timeless, it is clear that after the wave of the New Covid-19, the situation worsened and with that, the number of deaths from femicide in Brazil had an extravagant increase. In 2015, the Brazilian government released a study that showed that every seven minutes a woman is a victim of domestic violence in Brazil and that more than 70% of the Brazilian female population will suffer some type of violence throughout their lives. 1 in 4 women report having been a victim of psychological or physical violence. Research carried out in 2021, during the pandemic, reports that there was a drop in violence with the closing of bars and clubs, however, aggression within homes increased from 42% to 49%. In this tune, a greater intervention of the State is necessary to help these women who feel coerced to denounce.

Keywords: Woman. Violence. Aggression. Covid-19. Victim. Femicide.

INTRODUÇÃO

Este artigo sobrevém da necessidade de apresentar a realidade das mulheres em situações de violências domésticas, que pode se manifestar sob diferentes formas e inúmeras circunstâncias. O acontecimento se expressa, sobretudo, através de violência sexual, física e psicológica, todavia não se inscreve somente no copo, pois nem sempre deixa marcas visíveis, repercutindo na vida social da mulher.

Entre as inúmeras situações de violência das quais as mulheres são vítimas diariamente, a violência doméstica é a que se sobressai, se referindo a todas as formas de violência e os comportamentos dominantes praticados na esfera familiar. Pesquisas feitas em serviços de saúde revelam aumentos anuais de violência contra mulher executada pelo parceiro íntimo, oscilando entre 4 e 23% e aumentando para valores de 33 a 39%, quando considerada no período total de vida dessas mulheres.

A este respeito, Shraiber LB, D'Oliveira AFPL França Junior I, Pinho AA. Em A Violência Contra Mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde, relata que em uma de suas avaliações, 44,4% das mulheres relataram pelo menos um episódio de violência física na vida adulta, sendo que em 34,1% o ato de violência partiu de companheiros ou familiares. Já os episódios de violência sexual, 11,5% das mulheres relataram um caso na vida adulta e em 7,1% desses casos, os autores eram companheiros ou familiares.

O autor encerra expondo que a violência física e sexual teve alta magnitude nesse serviço, sendo que os companheiros e familiares foram os principais perpetradores, e os casos são, em sua maioria, severos e repetitivos.

A identificação de mulheres em situações de qualquer tipo de violência é de extrema importância. Os serviços de saúde são importantes na descoberta do problema, porque têm tese, uma cobertura e contato com as mulheres e assim, reconhecem e acolhem o caso antes de incidentes mais graves.

Cumpramos ressaltar que a violência contra mulher, em específico a violência doméstica, embora presente na maioria das sociedades continua sendo um fenômeno invisível, sendo por vezes, aceita como "normal", ou seja, como uma situação esperada ou de costume, principalmente quando acontece entre cônjuges.

Reputamos que este estudo possa trazer subsídios para formação e capacitação de profissionais da saúde, de modo a proporcionar uma maior visibilidade ao problema e permitir a implementação de estratégias mais efetivas frente a mulheres em situação de violência.

1. Visão histórica da Violência Contra Mulher

Tem-se que a violência que faz refém à mulher no ambiente doméstico, é atemporal, não sendo proveniente de uma época, nem de uma localidade, nem classe social ou cultural.

No Período Clássico, existia uma sociedade marcada pela desigualdade, agindo a autoridade "*pater família*", onde o homem tinha total poder sobre sua mulher e filhos. Com esta lei soberana, o senhor tinha poderes de vida e morte sobre todos aqueles que estavam sob seu domínio. E caso houvesse adultério, o marido tinha total direito de executar o casal de amantes, previsto na legislação portuguesa (DIAS, 2007, p. 21).

No ano de 1830, o primeiro Código Penal Brasileiro, suprimiu a permissão masculina, mas a mudança imediata não seria tão compreensível, tendo em vista o costume da sociedade, pois ainda se acreditava que a infidelidade feminina feria os direitos de seu cônjuge, na qual sua honra manchada só se lavava com o sangue da adúltera (CUNHA, 2007, p. 82).

Os movimentos feministas tiveram grande parte no movimento contra a violência doméstica. Nos anos 70, um dos grupos, o SOS Mulher catalogou 722 crimes impunes de homens contra mulheres cometidos por ciúmes. Diante dos dados coletados e do crime ocorrido em 1976, que abalou a sociedade brasileira, o caso Ângela Diniz que foi morta pelo seu companheiro com quatro tiros, houve uma comoção nacional.

Como resultado, a mobilização da ala feminista e da sociedade, o agressor foi condenado e se tornou um marco na história da luta das mulheres, demonstrando que elas não estavam mais dispostas a aceitar passivos os desmandos de uma sociedade patriarcal, em que o homem é dono de sua vida e dela pode dispor (DIAS, 2007, p. 21).

Aos poucos, as mulheres foram ganhando espaço e visibilidade, quando em 1988, a Constituição Federal igualou os direitos entre homens e mulheres retirando do nosso ordenamento os inúmeros dispositivos que tratavam de forma discriminatória a mulher e deu a responsabilidade ao Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (CF, art. 226, § 8º).

Com a falta de uma lei específica para punir os agressores e proteger as vítimas, até o ano de 1983 era utilizada a lei nº 9.099/95, todavia, a pena era o pagamento de cesta básica ou serviços comunitários.

Em 1983 outro crime chocou não só o país, mas a comunidade internacional também, que foi a violência ocorrida contra Maria da Penha, que ficou paraplégica após ter sido vítima de seu, a época, marido. Com sua luta e apoio de organizações de defesa dos Direitos Humanos conseguiu condenar seu agressor e mudar a legislação de seu país (CUNHA, 2007, p. 82).

Assim surgiu a Lei 11.340/06, esta específica para tratar da violência doméstica contra a mulher, onde a edição desse diploma legal se reveste de grande importância por tratar de tal crime sob vários aspectos: punitivos, preventivos, protetivos e de integração e esforço em conjunto do Poder Público.

Contudo há de ser ressaltar que a criação dessa legislação não foi algo pacífico e sim de muita luta, pois apesar do Brasil ter assinado tratados de proteção e contra a violência da mulher, o sistema penal brasileiro era negligente com relação ao tema, conforme será tratado na próxima seção.

1.1 Os casos de violência doméstica diminuíram após a legislação?

Em 1983, Maria sofreu a primeira tentativa de assassinato, quando seu marido deu um tiro em suas costas enquanto dormia. O resultado gerou paraplegia na vítima. Após a impunidade e desleixo da sociedade quanto ao caso, seu marido, meses depois, a empurrou da cadeira de rodas e tentou executá-la no chuveiro.

No ano seguinte o crime foi denunciado, porém somente oito anos depois houve o julgamento, e por fim, com o descaso dos jurídicos com a legislação, o processo durou mais quinze anos, levando em consideração que o ordenamento se dava por homens.

Destarte, em 1998 Maria da Penha, encaminhou uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA),

diante do caso a instituição denunciou o Estado brasileiro pelo ato de impunidade e negligência em relação à violência doméstica da qual ela havia sido vítima.

Foi assim que, o Estado Brasileiro prendeu Viveiro, em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão. Isto posto, a OEA orientou, que o Brasil criasse uma lei específica para punir casos de violência doméstica e familiar.

Dessa forma, depois de muita impunidade, visto que várias mulheres morreram no Brasil, vítimas de violência muitas vezes cometidas por homens e o descaso do órgão estatal diante desses fatos, que surgiu a Lei n. 11.340/2006.

Assim, a violência contra a mulher deixou de ser tratada com um crime de menor potencial ofensivo, outro avanço que essa norma trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, foi a inclusão, além da violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral. A Lei Maria da Penha, significa o reconhecimento da violência contra as mulheres como violação dos direitos humanos (MARTINS, CERQUEIRA E MATOS, 2015).

Para Martins, Cerqueira e Matos (2015), entretanto, mesmo após quatorze anos desde a criação da Lei n. 11.340/2006, as estatísticas sobre violência contra mulher demonstram que a vulnerabilidade delas ainda persiste em nossa sociedade.

2.A COVID 19 e sua relação com a violência doméstica

Ao entender que a violência doméstica sobrevém de uma porcentagem gritante, onde o principal agressor é o marido, não restam dúvidas que houve um avanço exorbitante dos casos de agressão durante a COVID 19.

No isolamento, com maior frequência, as mulheres são vigiadas e impedidas de conversar com familiares e amigos, o que amplia a margem de ação para a manipulação psicológica. O controle das finanças domésticas também se torna mais acirrado, com a presença mais próxima do homem em um ambiente que é mais comumente dominado pela mulher.

A perspectiva da perda de poder masculino fere diretamente a figura do macho provedor, servindo de gatilho para comportamentos violentos.

Globalmente, assim como no Brasil, durante a pandemia da COVID-19, ao mesmo tempo em que se observa o agravamento da violência contra a mulher, é reduzido o acesso a serviços de apoio às vítimas, particularmente nos setores de assistência social, saúde, segurança pública e justiça. Os serviços de saúde e policiais são geralmente os primeiros pontos de contato das vítimas de violência doméstica com a rede de apoio.

Durante a pandemia, a redução na oferta de serviços é acompanhada pelo decréscimo na procura, pois as vítimas podem não buscar os serviços em função do medo do contágio.

Os serviços de saúde e policiais são geralmente os primeiros pontos de contato das vítimas de violência doméstica com a rede de apoio. Durante a pandemia, a redução na oferta de serviços é acompanhada pelo decréscimo na procura, pois as vítimas podem não buscar os serviços em função do medo do contágio.

2.1 A inclusão da violência psicológica no Código Penal

A Lei nº 14.188, de 29 de julho de 2021, incluiu no Código Penal o crime de violência psicológica contra mulher. Trata-se do artigo 147-B do Código Penal. Tal modalidade de violência já era prevista na Lei Maria da Penha (LMP), mas ainda não havia sido detalhadamente tipificada.

É importante destacar que são cinco as modalidades de violência previstas na Lei Maria da Penha contra a população feminina, mas faltava descrever melhor a modalidade “violência psicológica”.

As Varas de Violência Doméstica (VD) muitas vezes tentavam aplicar essa modalidade de “ataques psicológicos” nos casos das desavenças entre casais, mas nem sempre logravam êxito, por falta de um tipo penal que detalhasse com segurança a conduta do acusado. Assim, extremamente importante a providência de, finalmente, definir o crime, sem mais delongas.

A nova norma teve origem no Projeto de Lei nº 741/2021, sugerido pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e apresentado pela Deputada Margarete Coelho (PP-PI). No Senado, a relatora da matéria foi a Senadora Rose de Freitas (MDB-ES).

Além da tipificação detalhada da conduta, o texto também prevê o programa “Sinal Vermelho”, que consiste em um “X” pintado em vermelho na palma da mão da mulher ameaçada. Esse sinal é uma denúncia de que aquela pessoa está em perigo e precisa de socorro urgente.

A violência psicológica consiste em ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz e insultos. No entanto, na LMP, já havia previsão de cinco formas de violência contra a mulher, a saber: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

Violência Física: é qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Inclui uso da força, desde socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras até condutas caracterizadoras de crimes como o homicídio, aborto, lesão corporal, deixando ou não marcas aparentes (FARAH, 2004, p. 140).

Violência Psicológica: a violência psicológica pode ser entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação”. Tão ou mais grave que a violência física, a psicológica se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima para se valer de um prazer em ver a mulher amedrontada, inferiorizada e diminuída (DIAS, 2007, p. 26). Camargo (2000, p. 36) afirma que: Um tipo comum de Agressão Emocional é a que se dá sob a autoria dos comportamentos histéricos, cujo objetivo é mobilizar emocionalmente o outro para satisfazer a necessidade de atenção, carinho e de importância. A intenção do(a) agressor(a) histérico(a) é mobilizar outros membros da família, tendo como cuidado, compreensão e tolerância.

Violência Psicológica e Sexual: A violência psicológica e sexual pode ser entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (DIAS, 2007, p. 17).

Violência Patrimonial: no que tange à violência patrimonial, esta pode ser qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. Podem ser aqui enquadrados casos em que a mulher, por medo, coagida ou induzida a erro, transfere bens ao agressor. O exemplo do ocorrido com a própria Maria da Penha, foi caracterizado a premeditação do ato, pelo fato do seu agressor, dias antes da primeira tentativa de assassinato ter tentado convencê-la a celebrar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário. Sem falar, que, cinco dias antes da agressão, ela assinara, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade, a pedido do marido (CUNHA, 2007, p. 87).

Violência Moral: a violência moral, pode ser entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Ou seja, são as hipóteses de crimes contra a honra tipificada no Código Penal: calúnia (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso), difamação (imputar à vítima a prática de determinado fato desonroso) ou injúria (atribuir à vítima qualidades negativas). A Lei Maria da Penha veio inovar quando enquadrou no rol das violências contra a mulher a violência moral e patrimonial. Nada mais justo da peculiaridade em que se encontra essa relação no

que diz respeito à dependência financeira e econômica, além dos comuns insultos e maus tratos verbais a que é submetida à vítima, de forma íntima ou até, muitas vezes, pública.

Quanto melhor esclarecidas ficarem essas modalidades, mais eficaz será a atuação da Justiça e do Ministério Público na proteção aos direitos da mulher vítima.

São sete os verbos constantes do tipo penal, agora em vigor: 1- *ameaçar*, que consiste na promessa de causar mal injusto e grave; 2- *constranger*, que significa tentar impedir de realizar algo que a lei não proíbe; 3- *humilhar*, que significa depreciar, rebaixar; 4- *isolar*, que consiste em deixar a pessoa só, sem parentes ou amigas, sem apoio; 5- *manipular*, que é interferir na vontade de outrem, obrigando-a a fazer o que não gostaria; 6- *chantagear*, que consiste em proferir ameaças perturbadoras; 7- *ridicularizar*, que significa submeter à zombaria; e 8- *limitar o direito de ir e vir*, que significa impedir a livre locomoção ou encarcerar.

Com todas essas providências, se estivéssemos em outro país que não o Brasil, poderíamos até acreditar que tudo ou quase tudo estaria solucionado, mas sabemos que não será assim. Estamos, apenas, no início da luta, muito ainda falta realizar.

3. Apresentação de dados

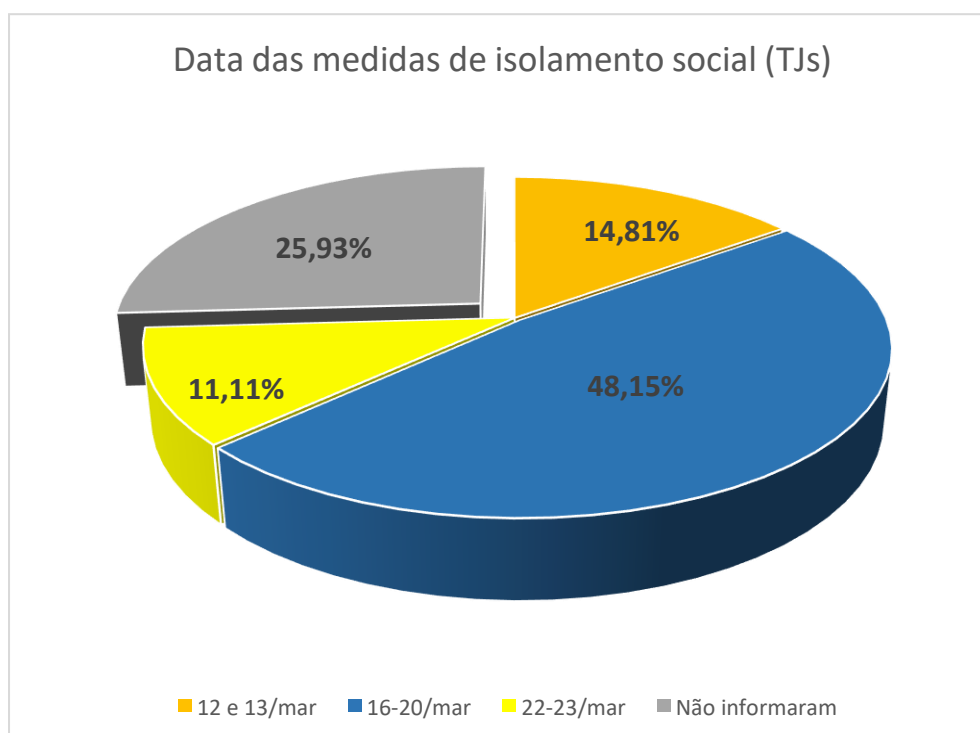
Inicialmente, as coordenadorias informaram a data em que houve adoção das medidas de isolamento social pelos seus respectivos Tribunais, em virtude da pandemia Covid19:

Tribunal	Data inicial do isolamento
TJDFT	12/03/2020
TJGO	12/03/2020
TJPA	13/03/2020
TJPR	13/03/2020
TJAC	16/03/2020
TJMS	16/03/2020
TJSP	16/03/2020
TJPI	17/03/2020
TJRJ	17/03/2020
TJSC	17/03/2020
TJPB	18/03/2020
TJPE	18/03/2020
TJRS	18/03/2020

TJSE	18/03/2020
TJBA	19/03/2020
TJMG	19/03/2020
TJES	20/03/2020
TJRR	22/03/2020
TJCE	23/03/2020
TJMA	23/03/2020

Tabela 01: Data inicial do isolamento nos TJs

Observa-se que quase metade (48,15%) dos Tribunais de Justiça Estaduais (TJs) informaram ter decretado medidas de isolamento social na terceira semana – entre os dias 16 e 20 de março: Acre, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Piauí, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Sergipe, Bahia, Minas Gerais e Espírito Santo.



Os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios e de Goiás foram os primeiros a decretar medidas de isolamento em 12-3-2020, seguidos do Pará e do Paraná, em 13-3-2020, na segunda semana do mês de março.

Na quarta semana (22 e 23 de março), foram os TJs de Roraima, Ceará e Maranhão.

No tocante ao número absoluto de **medidas protetivas requeridas**, no período **de janeiro a março de 2019 e 2020**, foram apresentados os seguintes dados:

Medidas protetivas requeridas nos Tribunais de Justiça Estaduais						
Tribunal	Jan/19	Fev/19	Mar/19	Jan/20	Fev/20	Mar/20
TJAC	185	207	211	232	187	155
TJBA	1571	1927	1830	1739	1315	2145
TJCE	1461	1112	976	1749	979	896
TJDFT	1353	1221	1312	1248	1208	1202
TJES	1417	1070	991	1422	991	949
TJGO	1424	1315	1255	1682	1125	1137
TJMA	1040	918	869	1177	1000	909
TJMG	2724	2665	2727	3104	2675	2752
TJMS	849	791	832	992	839	849
TJPA				1112	1029	996
TJPB	644	478	615	758	522	465
TJPE	2040	1347	1340	1553	1175	1261
TJPI	335	314	285	398	325	276
TJPR	3387	2903	3094	3591	3233	3073
TJRJ	4460	3522	3870	4298	3934	3120

TJRR	156	139	185	163	164	174
TJRS	6500	4951	4845	6371	5430	5078
TJSC	1583	1336	1315	1817	1512	1348
TJSE				211	188	204
TJSP	9460	9083	9493	11361	10002	10155

Tabela 02: Número absoluto de medidas protetivas requeridas jan-mar 2019/2020

Considerando apenas as respostas dos Tribunais de Justiça descritos na Tabela 02, verifica-se que, de janeiro a março de 2019, foram recebidos 111.933 (cento e onze mil, novecentos e trinta e três) pedidos de medidas protetivas de urgência, e, no mesmo período no ano de 2020, 119.955 (cento e dezenove mil, novecentos e cinquenta e cinco), em todo o país.

Como se vê, o ano de 2020 apresenta um aumento de 7,17% em relação ao ano anterior, o que corresponde a 8.022 (oito mil e vinte e dois) pedidos de medidas protetivas de urgência.

Tribunal	Total no Período JAN-MAR2019	Total no Período JAN-MAR 2020	Varição entre os Períodos
TJAC	603	574	-4,81%
TJBA	5328	5199	-2,42%
TJCE	3549	3624	2,11%
TJDFT	3886	3658	-5,87%
TJES	3478	3362	-3,34%
TJGO	3994	3944	-1,25%
TJMA	2827	3086	9,16%
TJMG	8116	8531	5,11%
TJMS	2472	2680	8,41%
TJPA		3137	
TJPB	1737	1745	0,46%
TJPE	4727	3989	-15,61%
TJPI	934	999	6,96%

TJPR	9384	9897	5,47%
TJRJ	11852	11352	-4,22%
TJRR	480	501	4,38%
TJRS	16296	16879	3,58%
TJSC	4234	4677	10,46%
TJSE		603	
TJSP	28036	31518	12,42%
TOTAL	111933	119955	7,17%

Tabela 03: Total de medidas protetivas requeridas Jan-Mar 2019/2020

A partir dos dados trazidos pelos TJs, apresenta-se a tabela com o número médio de pedidos de medidas protetivas por dia (MP/dia):

Tribunal	Jan/19	Fev/19	Mar/19	Jan/20	Fev/20	Mar/20	Média /2019	Média / 2020	Varição Março 2019/2020	Varição Fevereiro-Mar 2020
TJAC	5,97	6,68	6,81	7,48	6,03	5,00	6,48	6,99	-26,54%	-17,11%
TJBA	50,68	62,16	59,03	56,10	42,42	69,19	57,29	59,10	17,21%	63,12%
TJCE	47,13	35,87	31,48	56,42	31,58	28,90	38,16	41,26	-8,20%	-8,48%
TJDFT	43,65	39,39	42,32	40,26	38,97	38,77	41,78	40,66		-0,50%
TJES	45,71	34,52	31,97	45,87	31,97	30,61	37,40	37,45	-4,24%	-4,24%
TJGO	45,94	42,42	40,48	54,26	36,29	36,68	42,95	45,72	-9,40%	1,07%
TJMA	33,55	29,61	28,03	37,97	32,26	29,32	30,40	31,87	4,60%	-9,10%
TJMG	87,87	85,97	87,97	100,13	86,29	88,77	87,27	91,35	0,92%	2,88%
TJMS	27,39	25,52	26,84	32,00	27,06	27,39	26,58	28,12	2,04%	1,19%
TJPA				35,87	33,19	32,13		35,87		-3,21%
TJPB	20,77	15,42	19,84	24,45	16,84	15,00	18,68	19,90	-24,39%	-10,92%
TJPE	65,81	43,45	43,23	50,10	37,90	40,68	50,83	45,59	-5,90%	7,32%
TJPI	10,81	10,13	9,19	12,84	10,48	8,90	10,04	10,72	-3,16%	-15,08%
TJPR	109,2	93,65	99,8	115,84	104,2	99,13			-0,68%	-4,95%

	6		1		9		100,9 0	103,10		
TJRJ	143,8 7	113,61	124,8 4	138,65	126,9 0	100,6 5	127,4 4	125,70	-19,38%	- 20,69%
TJRR	5,03	4,48	5,97	5,26	5,29	5,61	5,16	5,24	-5,95%	6,10%
TJRS	209,6 8	159,71	156,2 9	205,52	175,1 6	163,8 1	175,2 3	173,84	4,81%	-6,48%
TJSC	51,06	43,10	42,4 2	58,61	48,77	43,48	45,53	48,04	2,51%	- 10,85%
TJSE				6,81	6,06	6,58		6,81		8,51%
TJSP	305,1 6	293,00	306,2 3	366,48	322,6 5	327,5 8	301,4 6	321,90	6,97%	1,53%

Tabela 04: Medidas protetivas/dia

Os Tribunais de São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, exibiram maior número de pedidos de medidas protetivas em ambos os períodos. Juntos, receberam cerca de metade dos pedidos de medidas protetivas de urgência nos tribunais de justiça do país, totalizando 56.184 (cinquenta e seis mil, cento e oitenta e quatro) em 2019 e 59.749 (cinquenta e nove mil, setecentos e quarenta e nove) em 2020.

TJSP recebeu, em média, 301,46 MP/dia em jan-março/2019 e 321,90MP/dia no mesmo período de 2020. Seguido do TJRS, com 175,23 MP/dia (jan-mar/2019) e 173,84 MP/dia (jan-mar/2020) e do TJRJ, com 127,44 MP/dia (jan-mar/2019) e 125,70 MP/dia (jan-mar/2020).

Compiladas as informações encaminhadas pelas Coordenadorias Estaduais, cumpre destacar que os dados ora apresentados devem ser analisados juntamente com o contexto das realidades e peculiaridades regionais e locais dos estados, pois trata-se de um recorte tão somente com as informações colhidas no âmbito do Poder Judiciário, não representando, portanto, a totalidade de casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres no país, uma vez sabido que muitas situações não chegam ao conhecimento do Poder Judiciário.

CONCLUSÕES OU CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o final do presente trabalho, conclui-se que a violência pode surgir de vários modos, pode ter caráter cultural ou de gênero, existem várias regras “morais” que a sociedade impõe a menina desde cedo, colocando-a como submissa ao poder masculino, e diversas vezes, até culpando-a pelas agressões sofridas.

Apesar dos avanços políticos obtidos, nos aspectos legais e de proteção social as mulheres vitimadas pela violência, ainda falta aumentar a rede de apoio, sempre investindo nas mais variadas formas de atenção, promovendo sempre a formação de novos valores sociais.

O enfrentamento à violência contra a mulher no contexto da pandemia não pode se restringir ao acolhimento das denúncias. Esforços devem ser direcionados para o aumento das equipes nas linhas diretas de prevenção e resposta à violência, bem como para a ampla divulgação dos serviços disponíveis, a capacitação dos trabalhadores da saúde para identificar situações de risco, de modo a não reafirmar orientação para o isolamento doméstico nessas situações, e a expansão e o fortalecimento das redes de apoio, incluindo a garantia do funcionamento e ampliação do número de vagas nos abrigos para mulheres sobreviventes.

As redes informais e virtuais de suporte social devem ser encorajadas, pois são meios que ajudam as mulheres a se sentirem conectadas e apoiadas e também servem como um alerta para os agressores de que as mulheres não estão completamente isoladas. Em países como França e Espanha, as mulheres vítimas de violência têm buscado ajuda nas farmácias, usando palavras de código para informar sobre a situação de violência.

Para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto da pandemia, todas as estratégias citadas são válidas e complementam-se. O isolamento social nesse momento é imprescindível para conter a escalada da COVID-19 no Brasil e, assim, minimizar a morbidade e a mortalidade associadas à doença.

O Estado e a sociedade devem ser mobilizados para garantir às mulheres brasileiras o direito a viver sem violência. Embora estejam alijadas aos processos de tomada de decisão, as mulheres são a maioria da população brasileira e compõem a maior parte da força de trabalho em saúde. Logo, elas têm papel fundamental para a superação da pandemia e de suas graves consequências sanitárias, econômicas e sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. FARAH, M. Gênero e políticas Públicas. RevEstudFem, Janeiro, 2004.

SOARES, Bárbara Masumeci. **Mulheres Invisíveis** – violência conjugal e novas políticas de segurança. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

<https://www.scielo.br/j/reensp/a/5P6h8H7hJFz9nYhw6fFz6wh/?lang=pt>

<https://www.scielo.br/j/rsp/a/dfSmBBrVThftsFH6xLY573v/abstract/?lang=pt>

<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/pandemia-dificulta-denuncia-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-em-sp>

<https://oglobo.globo.com/celina/constrangimento-medo-coacao-que-dizem-mulheres-que-denunciaram-violencia-domestica-na-pandemia-24907716>

"Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?". Rev. Bras. Epidemiol. vol. 23. Rio de Janeiro: Epub, 2020.

<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2022/02/4983030-violencia-contra-a-mulher-fez-mais-de-16-mil-vitimas-em-2021.html>

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-teve-uma-ligacao-de-denuncia-de-violencia-domestica-a-cada-minuto-em-2020/>

<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/05/central-de-atendimento-a-mulher-registrou-1-3-milhao-de-chamadas-em-2019>

<https://spbancarios.com.br/09/2019/em-2018-foram-registrados-1206-feminicidios-no-brasil>

jusbrasil.com.br/

UMA ANÁLISE DA MENTE CRIMINOSA E DA PSICOPATIA NO ÂMBITO JURÍDICO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

GLEYKA MARIA ALVES SARDINHA:

Bacharelanda do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi – UnirG

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES

(orientador)

RESUMO: Ao considerar o impacto causado pelas condutas dos psicopatas criminosos na sociedade, o modo como executam os crimes e causam dor, sofrimento e até a morte de suas vítimas, faz-se necessário o estudo comportamental de tais sujeitos. O operador do direito não está isento da importância da criminologia ao realizar um estudo acerca do acusado de um delito, principalmente da capacidade psicológica do agente, já que tais fatores influenciam no decorrer do processo criminal e acabam por ditar a sanção penal a ser aplicada no indivíduo, seja uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou imposição de uma medida de segurança com finalidade de tratamento médico. A pesquisa se propõe a analisar o tratamento dispensado pela legislação brasileira aos psicopatas autores de delitos, se seriam estes ou não considerados imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis. Através do método bibliográfico, o estudo tem como base teórica os materiais doutrinários publicados a partir da entrada em vigor do Código Penal, em 1940, e considera também as doutrinas, artigos científicos e jurisprudências recentes, selecionados por meio de pesquisa qualitativa, que ao final apresenta o tratamento dispensado por alguns tribunais, em relação à capacidade dos psicopatas e a prova pericial realizada nas ações penais.

Palavras-chave: Mente criminosa. Psicopatia. Imputabilidade. Brasil.

ABSTRACT: When considering the impact caused by the behavior of criminal psychopaths on society, the way they carry out crimes and cause pain, suffering and even death to their victims, it is necessary to study the behavior of such subjects. The operator of the law is not exempt from the importance of criminology when conducting a study about the accused of a crime, especially the psychological capacity of the agent, since such factors influence the course of the criminal process and end up dictating the criminal sanction to be applied in the individual, whether deprivation of liberty, restriction of rights or imposition of a security measure for the purpose of medical treatment. The research aims to analyze the treatment given by Brazilian law to psychopaths who commit crimes, whether or not they would be considered imputable, semi-imputable or non-imputable. Through the bibliographic method, the study is theoretically based on doctrinal materials published since the entry into force of the Penal Code in 1940, and also considers recent doctrines,

scientific articles and jurisprudence, selected through qualitative research, which in the end presents the treatment given by some courts, in relation to the capacity of psychopaths and the expert evidence carried out in criminal proceedings.

Keywords: Criminal mind. Psychopathy. Imputability. Brazil.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade plural, pessoas com várias visões e comportamentos são levadas à convivência em comunidade, regidas por um ordenamento jurídico que pretende aplicar-se sobre todos de forma igualitária, sem deixar de observar as diferenças que eles podem possuir.

Quando se trata da capacidade dos seres humanos e seu modo comportamental, em especial, frente à prática de uma conduta atípica, é competência do Poder Judiciário, a análise de sua imputabilidade e culpabilidade para melhor definir a sanção penal a ele imposta. Neste contexto, as mentes criminosas e os psicopatas são objeto de estudo.

No Brasil, a legislação penal e processual penal prevê as condutas típicas, suas penas, as regras que abrangem a ação penal e a fase de investigação policial, dentre outras disposições. Em todas as etapas o sujeito criminoso é observado em relação ao seu caráter e comportamento social, a fim de se constatar a sanidade mental dele.

Quando se trata de crime bárbaro e cruel, com maior ênfase, busca-se a constatação de imputabilidade do sujeito delinquente, para que se compreenda os motivos da empreitada criminosa e seja possível, ou não o incluir, dentre as denominadas mentes criminosas e psicopatas.

Por todo o mencionado, esta pesquisa apresenta um estudo acerca da psicopatia e das mentes criminosas e sua responsabilização segundo as normas do direito penal brasileiro, através da análise de casos públicos de crimes cometidos por tais indivíduos.

MATERIAL E MÉTODOS

Produzido em Gurupi, Estado do Tocantins, o estudo jurídico é apresentado à Universidade de Gurupi. A pesquisa é bibliográfica porque embasada nos conhecimentos e teorias esboçados em doutrinas e jurisprudências e ainda em normas estabelecidas na legislação nacional. Também utiliza de jurisprudências publicadas pelos tribunais brasileiros.

Os materiais utilizados resultam de pesquisa à legislações, sites, bibliotecas, revistas (periódicos), material digital e outros meios de divulgação de informação.

A análise dos dados e informações coletados tem como critério a adoção de técnicas de análise qualitativa do texto, consistente na observância do conteúdo, do discurso adotado pelo autor e do confrontamento de posicionamentos sobre o mesmo tema da psicopatia no direito criminal brasileiro.

Apresentados na forma textual e através da transcrição de trechos, os resultados observam o posicionamento majoritário tanto na doutrina como na jurisprudência acerca da imputabilidade penal das mentes criminosas e dos psicopatas, sob a égide do Código Penal e de Processo Penal.

1 A IMPUTABILIDADE PENAL

Quando se tem a notícia de um crime, inicia-se o processo penal investigativo, que evoluirá para o momento judicial, processual de fato. A primeira coisa que se tem que confirmar é a tipicidade da conduta criminosa; sendo crime, é necessário responsabilizar o sujeito que o praticou.

Uma vez identificado um suspeito, é preciso que o mesmo seja culpável. Segundo o ordenamento jurídico nacional, a análise da culpabilidade compreende a imputabilidade, entre outros elementos (JESUS, 2014).

Para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido, é preciso que seja imputável. A imputabilidade, portanto, é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção (GRECO, 2017, p. 162).

Portanto, a imputabilidade penal questiona-se se “o sujeito, no momento da conduta, tinha capacidade intelectovolitiva (de entender e de querer)” (JESUS, 2014, p. 297).

Levando-se em consideração a importância que a imputabilidade tem é que o Código Penal aponta as situações em que a mesma não existe, indicando a inimputabilidade como elemento de isenção de pena.

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1940)

O efeito, portanto, da inimputabilidade é a absolvição imprópria, uma vez que, não impõe uma pena, contudo tem como sanção penal a imposição de uma medida de segurança.

Se comprovada a total inimputabilidade do agente, deverá ele ser absolvido, nos termos do inc. VI do art. 386 do Código de Processo Penal, conforme nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, aplicando--se-lhe, por conseguinte, medida de segurança. Daí dizer-se que tal sentença é impropriamente absolutória, uma vez que, embora absolvendo o inimputável, aplica-se lhe medida de segurança (GRECO, 2017, p.164).

O legislador infraconstitucional ainda indicou outras situações de inimputabilidade, dentre eles a menoridade, sendo inimputáveis os menores de dezoito anos e a embriaguez (BRASIL, 1940).

Contudo, embora existam tais hipóteses, este artigo cuida da inimputabilidade causada por doença mental, a qual pode estar relacionada com a psicopática, conforme adiante se observará. Por hora, a análise reside na falta de imputabilidade por fator patológico e na utilização da criminologia como instrumento de análise e prova da incapacidade mental do autor de fato criminoso.

2 A CRIMINOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE DA MENTE CRIMINOSA

Para que uma pessoa seja isenta de pena, por ser considerada inimputável, é necessário que a mesmo comprove essa condição ao juízo, caso contrário, receberá uma pena tal qual os demais criminosos condenados no país.

Um dos mecanismos utilizados para analisar a mente do sujeito criminoso consiste na criminologia, definida como sendo "a ciência empírica (baseada na realidade) e interdisciplinar (que congrega ensinamentos de sociologia, psicologia, filosofia, medicina e direito) que possui como objeto de estudo o crime, o criminoso, a vítima e o comportamento social" (HOFFMANN e FONTES, 2018, p.1).

Etiologicamente, a palavra criminologia vem do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (estudo, tratado), significando o "estudo do crime".

O termo “criminologia” foi usado pela primeira vez em 1883 por Paul Topinard e aplicado internacionalmente por Raffaele Garófalo, em seu livro Criminologia, no ano de 1885 (PIETRO JUNIOR, 2020, p.1).

Trata-se de uma ciência utilizada nos processos penais, mas compreendida também como interdisciplinar, por poder ser aplicada em outras situações.

A criminologia é considerada uma ciência interdisciplinar, pois soma o conhecimento de várias ciências, e não meramente multidisciplinar, com distintas visões tratadas de maneira compartimentada.

Cuida-se de ciência lógica e normativa, busca determinar o homem delinquente utilizando para isso métodos físicos, psicológicos e sociológicos. Entre outros aspectos, estuda as causas e as concausas da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade.

A criminologia busca reunir conhecimentos sobre o crime, o criminoso, a vítima e o controle social para compreender cientificamente o fenômeno criminal, para assim possibilitar que o crime possa ser prevenido e reprimido com eficiência (intervenção no delinquente) e que os diferentes modelos de resposta ao fenômeno criminal possam ser valorados (HOFFMANN e FONTES, 2018, p.1).

Por ser a criminologia capaz de traçar um perfil criminal dos sujeitos, na jurisprudência é ampla a sua aceitação como instrumento de comprovação da inimputabilidade das pessoas acusadas da prática delitiva.

A jurisprudência admite o uso na criminologia para analisar o grau de imputabilidade de forma majoritária. O aresto a seguir, do Superior Tribunal de Justiça, manteve a internação de paciente diagnosticado inimputável através de exame criminológico:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. INTERDIÇÃO CUMULADA COM INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. POSSIBILIDADE. PACIENTE. TRANSTORNO MENTAL. PERICULOSIDADE AFIRMADA EM PARECER MÉDICO. INTERNAÇÃO RECOMENDADA. ORDEM DENEGADA. 1. A medida de internação compulsória do paciente foi imposta com observância dos requisitos legais, apoiada em avaliação psiquiátrica e em laudo pericial realizado pelo Instituto de Medicina Legal e de Criminologia do Estado de São Paulo – IMESC, no qual ficou consignada a necessidade de manutenção da internação em instituição psiquiátrica por tempo

indeterminado, em razão da periculosidade do paciente envolvido no cometimento de vários fatos típicos violentos, inclusive homicídios. 2. Diante da impossibilidade de dilação probatória em sede de habeas corpus, não há como constatar, de imediato, a flagrante ilegalidade na manutenção temporária e precária do paciente enfermo perante a unidade hospitalar em que se encontra internado, enquanto se aguarda o surgimento de vaga apropriada no Sistema Único de Saúde. 3. Ordem denegada. (STJ – HC: 396648 SP 2017/0087932-2, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 27/06/2017, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 01/08/2017).

Deste modo, é preciso que haja a interação das matérias jurídicas e psicológicas em prol da identificação e caracterização dos psicopatas criminosos. Para elucidar tais casos é que existe a psicologia jurídica, matéria que auxilia o juízo na análise dos crimes.

Apesar do Direito e da Psicologia serem consideradas áreas distintas, elas acabam se completando. A psicologia jurídica é uma das áreas de grande relevância para os operadores do Direito. [...]

A presença do profissional da psicologia é fundamental no decorrer de trâmites legais, tanto na atuação junto às partes envolvidas quanto em relação ao auxílio ao corpo jurídico, como na elaboração de avaliações psicológicas determinadas pelos juízes.

A psicologia para o Direito é de tão grande importância que pode influenciar e muito a decisão de uma causa. São os casos de declaração de inimizabilidade (SOUZA, 2019, p.1).

Portanto, é indispensável a análise da capacidade do autor do fato em identificar a natureza criminosa de sua conduta, sob pena de lhe ser imposta uma pena indevida, haja vista existir no sistema processual a aplicação da sanção de medida de segurança aos inimputáveis e semi-imputáveis.

Existem doenças mentais que a incapacidade é logo perceptível, contudo, existem outras em que o comportamento do sujeito leva a crer a sua total capacidade. Essa situação se observa dos psicopatas, cuja inimimizabilidade é objeto de análise em muitas situações fáticas.

3 O PSICOPATA E O DIREITO PENAL

É comum a proliferação de comentários e questionamentos acerca da sanidade mental daqueles indivíduos que cometem crimes contra a vida e integridade de suas vítimas utilizando-se de frieza e requintes de crueldade, por logo se imaginar não ser normal a opção por tais meios de extermínio das pessoas.

O motivo da discussão consiste no fato de que “crimes violentos têm maiores índices de cometimento por psicopatas, em relação aos criminosos comuns, lembrando que apenas uma fração de psicopatas se tornam criminosos violentos” (REZENDE, 2019, p. 23).

Conforme dito anteriormente, havendo possibilidade jurídica, diante da dúvida sobre a imputabilidade do agente, Maria Eduarda Emidio Lourenço defende a realização de exames psiquiátricos dos autores de crimes dessa natureza, haja vista a possibilidade de isenção de pena e aplicação de uma medida de segurança:

As penas são de natureza retributiva e aplicada a culpabilidade do elemento, de acordo com sua gravidade da infração. Porém, não se pode comparar um assaltante com um assassino dos seus próprios pais, ou um assassino em série. Pessoas que cometem esse tipo de delito e outros tão absurdo quanto , devem fazer um exame de sanidade mental , e a partir disso aplicar-se o Art. 26 do CP- É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A pena seria substituída pela a medida de segurança, implicando então em cumprir um regime semi imputável, tendo caráter preventivo e aperfeiçoado a sua periculosidade (LOURENÇO, 2017, p. 1)

O laudo psiquiátrico é o instrumento capaz de elucidar a insanidade mental do acusado, que caso constatada levar ao reconhecimento de absolvição imprópria do acusado, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 147 DO CÓDIGO PENAL E ART. 65 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS. AUTORIA E MATERIALIDADE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INSANIDADE MENTAL RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA MANTIDA. 1. Se a prova documental (ocorrência policial, relatório policial, impressões das mensagens e fotos), oral (declarações da vítima, depoimento de testemunha e confissão do acusado) e pericial (laudos de exame psiquiátrico) define a materialidade e a autoria dos delitos previstos no art. 147 do Código Penal e 65 da Lei de Contravenções Penais, não há que se falar em absolvição com base no art. 386, VII do Código de Processo Penal. 2. O laudo pericial define que, em razão do transtorno delirante persistente diagnosticado, ao tempo da ação, o recorrente não detinha a capacidade de entender o caráter criminoso do fato. Assim, adequada a absolvição com base no art. 26 do Código

Penal e no art. 386, inciso VI do Código de Processo Penal. 3. Recurso conhecido e desprovido (TJ-DF 20160910192856 DF 0018872-11.2016.8.07.0009, Relator: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 21/03/2019. Pág.: 152/174).

O Tribunal de Justiça de Sergipe, por exemplo, declarou a imputabilidade de acusado no decorrer de um incidente de insanidade mental requerido pelo acusado, declarando a sua capacidade de compreensão da ilicitude do ato na época de sua prática.

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL – INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL – IMPUTABILIDADE ATESTADA – LAUDO SUBSCRITO POR PSIQUIATRA QUE ATESTA QUE O APELANTE ERA IMPUTÁVEL NA ÉPOCA DO COMETIMENTO DO FATO CRIMINOSO – APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJSE – Apelação Criminal nº 201900300518 nº único 0025004-39.2018.8.25.0001 – Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator(a): Edson Ulisses de Melo – Julgado em 26/02/2019).

Entretanto, para que se saiba qual pena deve ser imposta ao acusado, é preciso antes o identificar como psicopata, assim definido por Juliana de Moura Pachêco Leal e Samila Marques Leão, que apresentam também suas características principais:

No que consorte a etimologia da palavra Psicopata, a médica psiquiatra retrata em seu livro *Mentes Perigosas* (2010, p.32) o seguinte “A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego, psyche= mente; e pathos= doença)”. A Psicopatia é um transtorno da personalidade, tipificado no DSM-V como Transtorno de Personalidade Antissocial, na qual utiliza critérios para diagnóstico tais como:

1. Fracasso em ajustar-se às normas sociais relativas a comportamentos legais, conforme indicado pela repetição de atos que constituem motivos de detenção.
2. Tendência à falsidade, conforme indicado por mentiras repetidas, uso de nomes falsos ou de trapaça para ganho ou prazer pessoal.
3. Impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro.
4. Irritabilidade e agressividade, conforme indicado por repetidas lutas corporais ou agressões físicas.
5. Descaso pela segurança de si ou de outros.

6. Irresponsabilidade reiterada, conforme indicado por falha repetida em manter uma conduta consistente no trabalho ou honrar obrigações financeiras.

7. Ausência de remorso, conforme indicado pela indiferença ou racionalização em relação a ter ferido, maltratado ou roubado outras pessoas. (ASSOCIATION AMERICAN PSYCHIATRIC, 2014)

Os psicopatas também chamados de sociopatas, personalidades dissociais, é uma pessoa que tem incapacidade de amar qualquer coisa, porém, são cientes dos seus atos. Existem correntes nas quais dizem que o ambiente e o meio irá influenciar na conduta do indivíduo, outras já dispõe que são fatores genéticos, e já nasce com essa personalidade (LEAL e LEÃO, 2019, p.1).

Ante a definição da psicopatia e de suas características, são os psicopatas os contumazes autores de assassinatos em série, principalmente porque tais criminosos adotam posturas muito observadas em pessoas com psicopatia constatada.

Sobre o que vem a ser considerado um assassino em série, Bruna Ohana (2019, p.1) o aponta como “um criminoso incomum, portador de características singulares que o torna diferente dos outros criminosos. Tais características reunidas resultam numa “máquina” de cometer crimes perversos e pior, não sentir remorso por tê-los cometido”.

Ao longo da história vários foram os crimes cometidos por indivíduos psicopatas, muitos deles cometidos em série, causando temor em toda a comunidade, fato este que atrai o seu estudo e menção nesta pesquisa científica.

4 ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO PSICOPATA CRIMINOSO EM CASOS NACIONAIS CONHECIDOS

O amplo acesso a informações e notícias, não mais limitado aos noticiários impressos e na televisão, mas especialmente impulsionados nas redes sociais e aplicativos de comunicação, são comuns as discussões acerca da psicopatia de determinados sujeitos criminosos, ante a frieza com que planejam e executam seus crimes.

Antes de um ato violento o psicopata escolhe o alvo, baseado em obsessões do passado, formada por traumas, vigia a vítima e aprende seus hábitos, simulando como seria sua reação. O mesmo cria uma fantasia em sua mente e vai ensaiando como realizá-lo e quando consegue colocar sua fantasia em prática sente prazer em realizar o

que antes só imaginava, sendo comum colecionar objetos ou até pedaços do corpo de sua vítima, durante novos ataques o assassino tenta se aperfeiçoar para curtir mais o seu método. (SZKLARZ *apud* REZENDE, 2019).

No Brasil, muitos casos emblemáticos levantaram, ao longo dos anos, a análise comportamental dos criminosos psicopatas, em decorrência do modus operandi por eles empregados em suas empreitadas criminosas. Os criminosos em série mais conhecidos são: "Edson Izidoro Guimarães (o enfermeiro), Francisco de Assis Pereira (o Maníaco do Parque); José Guerra Leitão (O monstro do Morumbi), Laerte Patrocínio Orpinelli (o monstro de Rio Claro) e Francisco Costa Rocha (Chico Picadinho)". (SANTOS *apud* REZENDE, p. 20, 2019).

Dentre os mais famosos, a figura do Maníaco do Parque, alcunha atribuída a Francisco de Assis Pereira, causou temor na população após uma série de assassinatos ocorridos em 1998. Os assassinatos de mulheres mantinham a mesma característica: todas foram localizadas ajoelhadas, com sinais de mordidas e violência sexual, na região do Parque do Estado, em São Paulo. De acordo com o psiquiatra Paulo Argarate Vasques, autor do laudo feito na prisão, o fato de Francisco costumar presenciar o matadouro de bois o traumatizou, aliado a isso ele ainda foi molestado pela tia e teve seu órgão sexual mordido na infância (PEREIRA, 2020).

Já na história recente, outro nome conhecido é o do goiano Tiago Henrique Gomes da Rocha, que foi acusado de matar 39 pessoas, entre homens gays, moradores de rua e mulheres jovens, comparado pelo autor de um livro sobre o assunto com os psicopatas mais céleres americanos.

"Isso (o total de vítimas) o colocaria no topo do ranking, ao lado dos mais prolíficos serial killers da história moderna", disse Bonn à BBC Brasil. Bonn, autor do livro "Why We Love Serial Killers" (Por Que Amamos Serial Killers", em tradução livre), a ser lançado na próxima semana, compara o brasileiro a psicopatas americanos que ficaram célebres por seus crimes." Ele parece ser um psicopata, como Ted Bundy, John Wayne Gacy, Dennis Rader ou Gary Ridgway, que foram alguns dos mais prolíficos serial killers da história americana ", diz Bonn (CORREA, 2014, P.1).

Quando da ocorrência dos crimes, os vizinhos de Thiago se surpreenderam com a notícia, seus empregadores também foram surpreendidos e destacaram que a sua conduta no ambiente de trabalho era irrepreensível. De acordo com Bonn, essa é uma das características dos psicopatas, que fingem ser perfeitamente normais e conseguem se camuflar diante das situações (CORREA, 2014).

5 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA IMPUTABILIDADE PENAL DOS PSICOPATAS

Tal qual o estudo apresentou, a psicopatia por muitos é considerada uma doença cuja caracterização não exclui a capacidade cognitiva do seu portador, sendo majoritária a tese de imputabilidade penal dessas pessoas.

No Brasil, o direito penal não apresenta uma solução específica para os psicopatas que cometem crime, o que atribui ao julgador do caso a análise da capacidade do agente e seus níveis, podendo optar pela aplicação da pena em formas variadas, conforme comentário de Juliana de Moura Pachêco Leal e Samila Marques Leão:

O tema é passível de controversas, há tribunais que entendem que são imputáveis e são presos com pena privativa de liberdade e são recolhidos a presídios junto com os presos considerados comuns, e há tribunais que entendem (estes são a maioria) que são considerados semi-imputáveis baseados no art. 26 do Código Penal, pois no momento da ação ou omissão eles tinham o seu discernimento prejudicado e gozam de um benefício de redução de pena de 1 a 2/3 ou então uma substituição por medida de segurança (LEAL e LEÃO, 2019, p. 1).

De acordo com a jurisprudência, a psicopatia não retira do agente a capacidade de compreensão de seus atos. Nessas circunstâncias não se aplica a hipótese de isenção de pena prevista na lei penal.

Roubo simples – Coesão e harmonia do conjunto probatório – Confirmação, pela vítima e por testemunhas, do episódio delitivo – Reconhecimentos suficientemente seguros – Materialidade e autoria delitivas devidamente comprovadas – Manutenção da r. decisão condenatória. Inimputabilidade ou semi-imputabilidade – Inocorrência – Plena capacidade de entendimento atestada – Isenção de pena ao réu inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento – Psicopatia – Perturbação que não altera a capacidade de entendimento. Apelo defensivo improvido. (TJ-SP – APR: 00072558620128260099 SP 0007255-86.2012.8.26.0099, Relator: Mauricio Valala, Data de Julgamento: 29/07/2022, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/08/2022)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, manteve a condenação do autor de homicida, que mesmo com constatado transtorno de personalidade

antissocial, teve sua capacidade comprovada no laudo pericial, que atestou que na época, era o homicida capaz de entender a ilicitude do fato e de determinar sua conduta.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO IMPROPROA. ALEGAÇÃO DE INIMPUTABILIDADE. LAUDO PERICIAL CONCLUINDO PELA IMPUTABILIDADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. Considerando que o laudo pericial atesta que o recorrente, a par de apresentar transtorno de personalidade antissocial, era, a época do fato, plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento, imperiosa é a improcedência do pleito de absolvição. 2. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. A exclusão de qualificadora, em sede de pronúncia, exige elementos de prova capazes de indicá-la como manifestamente improcedente ou descabida, o que não ocorre no presente caso. In caso, as provas evidenciam a possibilidade da sua ocorrência, devendo, portanto, ser mantida a decisão, cabendo ao Tribunal Popular apreciá-las. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO – RSE: 04338328620148090051 GOIANIA, Relator: Des. Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira, Data de Julgamento: 14/01/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: J 1968 de 15/02/2016).

Todavia, existe entendimento diverso, uma vez que diante da suspeita da psicopatia, apesar de grande posicionamento contrário, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a aplicação de medida de segurança, tendo por semi-imputável o agente criminoso diagnosticado com psicopatia:

[...] Já foi decidido que, apesar da psicopatia não ser considerada uma moléstia mental, ela pode ser vislumbrada como uma ponte de transição entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais, sendo assim, os agentes psicopatas devem ser tidos como semi-imputáveis [...] No caso concreto, necessário frisar novamente, que o laudo pericial de p. 85-88 atestou a elevada periculosidade do réu, diagnosticando-o como portador de psicopatia de natureza grave, associada a transtornos mentais e comportamentais devido a uso de múltiplas drogas, recomendando inclusive seu afastamento do convívio familiar, na medida que representa risco real para essas pessoas. Assim, dada a incapacidade do réu de autodeterminar-se, somada ao risco real imposto às vítimas, conforme acima transcrito, o reconhecimento da semi-inimputabilidade é medida que se impõe, nos termos do parágrafo único do art. 26, do Código Penal.

[...] (STJ - HC: 462893 MS 2018/0197852-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 21/11/2018)

Desta feita, o laudo psicológico obtido no curso da demanda, obtido na fase instrutória e especialmente através de instauração de incidente de insanidade mental, é o elemento probatório capaz de demonstrar a incapacidade do autor do fato, da mesma forma como pode ele declarar imputável o agente, mesmo que este seja identificado como um psicopata.

CONCLUSÃO

Está previsto na legislação penal nacional a necessidade de comprovação da culpabilidade do agente para a imposição da devida sanção penal. Neste quesito, a imputabilidade penal deve ser demonstrada, uma vez que, constatada a inimputabilidade será aplicada a isenção de pena disposta no artigo 26 e seguintes do Código Penal.

Diante da prática delitiva, surgem as questões relacionadas ao fato criminoso, especialmente quando o crime é cometido por meios cruéis, marcados pela frieza do agente, levando a dúvida acerca da sua capacidade mental de discernimento acerca da sua conduta.

Em razão do transtorno social dos indivíduos identificados como psicopatas, especialmente pelo modus operandi por eles empregados em seus crimes, na maioria das vezes realizados em série, questiona-se na doutrina se não seria devida a isenção de pena e a imposição de medida de segurança, seja na forma de internação como de tratamento ambulatorial.

Apesar da constatação de que a psicopatia não seja passível de correção, mas sim uma condição que acompanhará o indivíduo ao longo de sua vida, necessitando de tratamento e acompanhamento terapêutico; entende a maioria da jurisprudência não ser a psicopatia suficiente para decretar a inimputabilidade do autor do fato criminoso. O motivo desse posicionamento consiste na comprovada capacidade de compreensão da ilicitude dos seus atos, fator que o torna imputável.

Na prática processual, o que determinará o reconhecimento da inimputabilidade ou semi-imputabilidade penal dependerá de laudo psicológico realizado segundo a criminologia determina, requerido mediante a instauração de incidente de insanidade mental. Os julgadores se guiam pela prova técnica, capaz de determinar a capacidade cognitiva do autor do fato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 15 out. 2022.

BRASIL. STJ – **Superior Tribunal de Justiça. HC: 396648 SP 2017/0087932-2**, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 27/06/2017, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 01/08/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484045812/habeas-corpus-hc-396648-sp-2017-0087932-2>>. Acesso em 18 out. 2022.

BRASIL. STJ – **Superior Tribunal de Justiça. HC: 462893 MS 2018/0197852-1**, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 21/11/2018.

BRASIL. **TJ-DF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 20160910192856 DF 0018872-11.2016.8.07.0009**, Relator: Maria Ivatônia, Data de Julgamento: 21/03/2019. Pág.: 152/174.

BRASIL. TJ-GO – **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás RSE: 04338328620148090051** Goiania, Relator: Des. Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira, Data de Julgamento: 14/01/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: J 1968 de 15/02/2016. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941673024/recurso-em-sentido-estrito-rse-4338328620148090051-goiania/inteiro-teor-941673027>>. Acesso em 26 out. 2022.

BRASIL. **TJSE – Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Criminal nº 201900300518 nº único 0025004-39.2018.8.25.0001** – Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator(a): Edson Ulisses de Melo – Julgado em 26/02/2019. Disponível em: <<https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681887145/apelacao-criminal-apr-250043920188250001>>. Acesso em 18 out. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo. TJ-SP – APR: 00072558620128260099 SP 0007255-86.2012.8.26.0099**, Relator: Mauricio Valala, Data de Julgamento: 29/07/2022, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 03/08/2022. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1258615173/apelacao-criminal-apr-72558620128260099-sp-0007255-8620128260099/inteiro-teor-1258615185>>. Acesso em 25 out. 2022.

BRASILIENSE, Danielle Ramos. **Os sentidos midiáticos da ordem e da monstruosidade em Dexter**. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação | E-compós, Brasília, v.12, n.3, set./dez. 2009. Acesso: Agosto de 2019.

CORREA, Alessandra. **Brasileiro pode estar entre serial killers mais letais, diz americano**. Jusbrasil, 2014. Disponível em:

<<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/147934782/brasileiro-pode-estar-entre-serial-killers-mais-letais-diz-americano>>. Acesso em 26 out. 2022.

DURKHEIM, Émile. **Sociologia e Filosofia**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1970. Acesso: Agosto de 2019.

Greco, Rogério. **Código Penal: comentado**. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. **Criminologia é conhecimento essencial para a polícia judiciária**. Consultor Jurídico, 22 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/academia-policia-criminologia-conhecimento-essencial-policia-judiciaria>>. Acesso em 19 out. 2022.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. — 35. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014.

LEAL, Juliana de Moura Pachêco; LEÃO, Samila Marques. **Psicopatia e o Homicídio Passional**. *Âmbito jurídico*, 03 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/psicopatia-e-o-homicidio-passional/>>. Acesso em 03 out. 2022.

LOURENÇO, Maria Eduarda Emidio. **Psicopatologias no Direito Penal e suas evasões**. *Jus.com*, 06/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58336/psicopatologias-no-direito-penal-e-suas-evasoes>>. Acesso em 02 out. 2022.

OHANA, Bruna. Um estudo acerca da imputabilidade penal dos serial killers na concepção da lei brasileira. *Jusbrasil*, 2019. Disponível em: <<https://brunaohanasb.jusbrasil.com.br/artigos/750046255/um-estudo-acerca-da-imputabilidade-penal-dos-serial-killers-na-concepcao-da-lei-brasileira?ref=feed>>. Acesso em 24 out. 2022.

PEREIRA, Joseane. **Maníaco Do Parque, o Sanguinário Serial Killer Brasileiro**, Publicado em 16/01/2020. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/maniaco-do-parque-o-sanguinario-serial-killer-brasileiro.phtml>>. Acesso em 24 out. 2022.

PIETRO JÚNIOR, João Carlos Garcia. **Criminologia como ciência: conceitos, funções, elementos essenciais, métodos, sistemas e objetos de estudo ao longo da história**. *Revista Âmbito Jurídico*, 1 de maio de 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/criminologia-como-ciencia-conceitos-funcoes-elementos-essenciais-metodos-sistemas-e-objetos-de-estudo-ao-longo-da-historia/>>. Acesso em 20 out. 2022.

REZENDE, Bruna Falco de. **Personalidade Psicopática**. Publicado em 2019. Disponível em: < <https://ri.unipac.br/repositorio/wp-content/uploads/2019/08/BRUNA-FALCO-DE-REZENDE-2.pdf>>. Acesso em 26 out. 2022.

SOUZA, Jheniffer Keyse Rezende. O que psicologia e psiquiatria têm a ver com o Direito Penal? *Justificando*, 20 de março de 2019. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2019/03/20/o-que-psicologia-e-psiquiatria-tem-a-ver-com-o-direito-penal/>>. Acesso em 04 out. 2022.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE E O DIREITO DOS CIDADÃOS BRASILEIROS.

ESTELA FERREIRA DE VASCONCELOS:

Bacharelanda do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi – Unirg.

VANUZA PIRES DA COSTA³⁴

(orientadora)

RESUMO: O referido estudo tem a finalidade de relatar sobre a judicialização do direito a saúde e o direito dos cidadãos brasileiros, e como esse processo de judicialização intensificou ao longo dos anos com a facilidade do acesso à justiça. O objetivo deste artigo é esclarecer sobre o conceito de saúde pública no Brasil, e como esse direito fundamental deveria ser efetivado através de políticas públicas como o SUS. Além disso, realizar apontamentos acerca das falhas da administração do sistema público de saúde e de como o jurídico atua como ferramenta de efetivação dos direitos da população, através do posicionamento jurisprudencial brasileiro. Demonstrar como a urgência em efetivar o acesso à saúde tem aumentado exponencialmente a procura do judiciário a fim de concretizar esse acesso. Foram analisados dados do sistema de atos processuais da justiça do estado, a fim de observar a alta procura por parte da população de demandas da saúde.

Palavras-chave: Judicialização. Direito. Saúde. SUS. Administração.

ABSTRACT: This study aims to report on the judicialization of the right to health and the right of Brazilian citizens, and how this judicialization process has intensified over the years with the ease of access to justice. The purpose of this article is to clarify the concept of public health in Brazil, and how this fundamental right should be implemented through public policies such as the SUS. In addition, make notes about the failures of the administration of the public health system and how the legal acts as a tool for the realization of the rights of the population, through the Brazilian jurisprudential position. Demonstrate how the urgency to effect access to health has exponentially increased the demand for the judiciary in order to achieve this access. Data from the system of procedural acts of the state justice were analyzed in order to observe the high demand by the population for health demands.

Keywords: Judicialization. Right. Health. SUS. Administration.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1.SAÚDE PÚBLICA. 2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E SUA CONCRETIZAÇÃO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 2.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). 3. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO.

³⁴ Profa. Orientadora do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da judicialização da Saúde é um assunto bem discutido no Brasil, com mais atenção nas últimas décadas, principalmente na crescente demanda por medicamentos e tratamentos médicos específicos. A relação entre direito e saúde pública apresenta inúmeros desafios para o futuro do nosso sistema público de saúde, não só no estado do Tocantins, como também em todo território nacional, principalmente com o surgimento de uma pandemia mundial (Covid-19).

As demandas judiciais que buscam o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, se baseiam na garantia do direito à saúde e principalmente no direito à vida conforme estabelecido em nossa Constituição Federal, bem como, fundamentadas em inúmeras leis, como na Lei nº 8.080/1990, que estabelece no Capítulo I, artigo 6º, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, no campo de atuação do Sistema Único de Saúde.

Esse tema reúne muitos argumentos divergentes sobre essa questão da judicialização do direito à saúde. De um lado, alguns especialistas/ estudiosos defendem que a judicialização é uma maneira legal dos cidadãos mais carentes terem acesso a medicamentos e outros bens de saúde, que fazem parte do rol de serviços já disponíveis no SUS. Por outro lado, outros alegam que a judicialização acaba criando uma porta de entrada ao SUS, favorecendo indivíduos com maior poder econômico, ao pressionar pela incorporação de medicamentos ainda não disponíveis no sistema público de saúde.

Diante do contexto exposto, o objetivo deste artigo é compreender o papel do sistema judiciário na efetivação do acesso ao direito à saúde dos cidadãos brasileiros e analisar como as demandas judiciais por medicamentos e tratamentos médicos movidas, podem intervir no funcionamento das políticas públicas de saúde.

Justifica-se a pertinência da pesquisa em explicar a temática que é tão atual no contexto social e mostrar como as garantias constitucionais servem como meio de amparo para as dificuldades enfrentadas pela sociedade.

A pesquisa se materializa de forma bibliográfica e descritiva, utilizando-se da legislação atual vigente, doutrinas, artigos científicos e teses. Os estudos sobre o tema abordado, possui a intenção de analisar o papel do judiciário em materializar o direito constitucional à saúde e quais as formas que este utiliza para concretizar este acesso por parte da sociedade. Dessa maneira, é importante questionar se essas leis advindas da Constituição federal de 1988 representam garantias eficazes às necessidades enfrentadas por grande parte da população, diante do contexto exposto na pesquisa.

1. SAÚDE PÚBLICA

Antes de falar sobre a saúde pública no Brasil precisa-se compreender sobre do que se trata o termo saúde pública. Atualmente é considerado “todo o conjunto de medidas executadas pelo Estado para garantir o bem-estar físico, mental e social da população”, de acordo com o Conselho Nacional de Saúde – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

No Estado brasileiro, a saúde pública é prevista na Constituição Federal como um dos deveres do Estado, conforme o artigo 196 da mesma, sendo também um direito social, como disposto no artigo 6º, em outras palavras, é um direito que deve ser garantido de maneira homogênea a todos, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos basilares da nossa Lei Maior.

Dispõe o artigo 6º da Constituição Federal: “são direitos sociais a educação, **a saúde**, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Em seus estudos María Pamela Tenreyro (2012. p. 46-47) explica que, na perspectiva do Estado de Direito, as pessoas em suas individualidades convertem-se em cidadãos, e como consequência gera o compromisso e o dever de reconhecimento e garantia de direitos, bem como a corporificação de ferramentas garantidoras deste.

O tema judicialização da saúde pública vem crescendo exponencialmente nos últimos anos no Brasil, diante das dificuldades enfrentadas por parte da população em relação ao acesso a medicações e tratamentos de patologias recorrentes, como a mais recente, a Covid-19, e diante da falha da administração pública em disponibilizar o acesso a saúde a todos, de maneira uniforme, a maneira mais recorrente e efetiva encontrada pela parcela da população mais necessitada, é o judiciário.

Diante da temática, assim pensa o Ministro Celso de Mello (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo

consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Nesse sentido, a tutela administrativa pode funcionar como uma proposição para superar o protagonismo judicial, na questão de fornecer medicamentos e também em outros tratamentos necessários, vez que reforça na Administração, responsável pela concretização de políticas públicas, a responsabilidade pela proteção dos direitos fundamentais, principalmente o discutido aqui, que é o direito à saúde e resolução de conflitos deles decorrentes, combatendo de maneira organizada, as situações problemáticas causadas pela atuação judicial, contribuindo dessa maneira para a minimização da judicialização e melhorando a qualidade dos serviços públicos prestados à comunidade.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E SUA CONCRETIZAÇÃO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.

Antes de mais nada, é imprescindível apontar sobre o surgimento do direito fundamental à saúde com a Constituição Federal de 1988, e como esse direito foi ou deveria ser concretizado pelo Sistema único de Saúde (SUS).

Mas o que é a saúde como direito social?

A carta Magna de 1988, é resultado de um longo processo de lutas enfrentadas pelo povo brasileiro em busca da democracia, e esta é um conjunto quase perfeito de normas fundamentadas na proteção dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana. E essa nova modelagem de norma contribuiu efetivamente para a concretização do direito fundamental à saúde, tendo em vista que traz ordem constitucional que assegura o direito à vida e à integridade física, como exemplo.

Dessa forma, o modelo centralizado do sistema de saúde vigente antes da Constituição Federal de 1988, apresentava poucas previsões das constituições sanitárias, que apenas expressavam preocupações organizacionais em estabelecer poderes legislativos e executivos para a matéria em comento, que antes levavam a um quadro claramente oposto de proteção, e que agora contém o direito fundamental à saúde em sentido amplo, em especial nos artigos já mencionados anteriormente, sendo os artigos 6º e 196 da CF.

Portanto, pode -se afirmar que a Constituição vigente foi a primeira a tratar sobre saúde de maneira mais séria e profunda, e relacionar sua proteção com as principais declarações de direitos humanos. Advindo disso, é notório a existência de inúmeros artigos que mencionam expressamente esse direito, fazendo com que através destes artigos dispostos na CF, houvesse uma reforma no sistema de saúde brasileiro.

Neste sentido, os artigos 198º e 200º da Lei Maior, elencam expressamente a estrutura do Sistema Único de Saúde, definindo este sistema de maneira em que prioriza a descentralização, atendimento integralizado com ênfase nas atividades preventivas e inclusão da sociedade por meio de financiamento de recursos da seguridade social e outras diversas fontes.

Conforme dispõe o texto do artigo 198, *caput*, incisos I, II e III da Constituição Federal:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos

de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000). (BRASIL, 1988)

2.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O sistema Único de Saúde (SUS), foi criado pela Constituição Brasileira de 1988, como visto anteriormente. A Constituição estabelece a obrigação do Estado de garantir a saúde de toda a população brasileira. Ela remota às décadas de 1970 e 1980, quando diversos grupos se envolveram no movimento sanitário, com o objetivo de pensar um sistema estatal que resolvesse os problemas de atendimento da população protegendo o direito universal à saúde.

Em 1990, o Congresso Nacional sancionou a Lei Orgânica da Saúde, que descrevia o correto funcionamento do sistema e estabelecia as normas que permanecem até os dias de hoje. Desde então, a população brasileira tem direito a seguro saúde universal e assistência médica gratuita.

LEI Nº 8.142, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1990.

Vide Lei nº 8.689, de 1993

Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

Mas na prática não é bem assim que acontece. Apesar de ser um direito do cidadão brasileiro, o sistema apresenta diversas dificuldades de execução do direito à saúde, por diversos motivos, mas o mais evidente é a falta de administração pública dos órgãos de saúde, que por apresentar essa falha a única maneira que resta para se efetivar esse direito é por meio de ingresso de ações judiciais.

E diante disso que surgem muitos argumentos divergentes sobre essa questão da judicialização do direito à saúde. De um lado, podemos dizer que a judicialização é uma maneira legal dos cidadãos mais carentes terem acesso a medicamentos e outros bens de saúde, como tratamentos, leitos e até mesmo insumos para garantir a vida com dignidade, que fazem parte do rol de serviços já disponíveis no SUS.

Por outro lado, podemos dizer que a judicialização acaba criando uma porta de entrada ao SUS, favorecendo as vezes indivíduos com maior poder econômico, ao pressionar pela incorporação de medicamentos ainda não disponíveis no sistema público de saúde.

Partindo deste quesito econômico, é importante mencionar que, desde setembro de 2000, quando foi sancionada a Emenda Constitucional 29 (EC-29), a gestão do SUS é

tripartite, com recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Os gerentes são responsáveis pela gestão de recursos, implementação e qualidade.

Pode-se dizer que o SUS vem enfrentando um problema duplo, entre o que está na legislação e o que está sendo executado. A falta de credibilidade por parte dos cidadãos brasileiros em um sistema de saúde para todos faz com que milhões de pessoas busquem serviços de saúde privados, operadores de planos de saúde ou seguradoras e, por isso, pagam valores desarrazoados, prejudicando principalmente a população idosa que, devido ao aumento da esperança de vida e doenças que a terceira idade enfrenta, é a classe que mais precisa.

No entanto, o sistema de saúde complementar é importante em um país com acentuadas desigualdades sociais, como o Brasil, onde há grande concentração de renda, o que obriga a utilização do sistema privado por aqueles que podem, que estabeleceram maiores alianças com o SUS., complementares às ações, devido à insuficiente disponibilidade e oferta de determinados serviços públicos. O envolvimento do setor privado no SUS será mais evidente na assistência hospitalar e na prestação de serviços especializados caros e tecnologicamente sofisticados que os sistemas públicos não podem fornecer devido ao investimento insuficiente (VASCONCELOS E PASCHE, 2006).

A complexidade do Sistema de Saúde, os desafios regionais, a fragmentação política de programas de saúde, a qualificação da gestão e do controle social e a organização das redes regionais hierarquizadas de condutas e serviços de saúde são desafios persistentes na integração do SUS.

Existem dificuldades dos gestores em facilitar a integração entre estados, municípios e redes assistenciais estaduais com serviços em nível nacional, o que tem levado a problemas de acesso aos serviços e compromisso com a universalidade e integralidade (Vasconcelos, 2005).

Nesse sentido, o aprimoramento da gestão se reflete conseqüentemente em um melhor aporte financeiro do setor, com repasse justo de recursos, melhor aproveitamento e execução desse investimento, maiores salários para os profissionais de saúde, sem dúvidas são possíveis soluções para um dos sistemas de saúde mais promissores do mundo.

3.POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

Nesse sentido, também se faz necessário analisar a judicialização da saúde sob a ótica dos atos jurídicos assinados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com repercussão geral, sistematizando-os por meio de assuntos isolados, uma vez que a mesma decisão

(sentença) pode contêm mais de uma tese que merece destaque em uma revisão específica.

De acordo com Lenir santos (2021), uma das principais teses a ser comentada é a de que “Há responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, (Decisão na STA nº 175, de 2009, reitera da no julgamento do RE 855178.)”.

Essa decisão é clara quanto ao direcionamento das demandas da saúde, visto que o ente federativo estado, por exemplo, usar o argumento de que o município é quem possui responsabilidade para fornecer o procedimento cirúrgico e tratamento necessário aos requerentes, demonstra mais uma vez que o estado busca de todas as formas se esquivar da obrigação para com a saúde de seus administrados.

Insta destacar que quando a responsabilidade é direcionada ao município este na pessoa dos seus procuradores afirma que é responsabilidade do estado e vice e versa, dessa forma resta clarividente que os pacientes ficam desamparados, pois os entes ficam se esquivando e redirecionando a responsabilidade uma para o outro enquanto isso a saúde da população se desgasta, tornando mais difícil o acesso a saúde consequentemente aos tratamentos e medicamentos necessários.

A Constituição federal é clara quando afirma que a competência para prestar saúde à população é comum a todos os entes da federação, conforme verifica seu artigo 23. Vejamos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

As diversas ações judiciais para o fornecimento de medicamentos estão baseadas na garantia do direito à saúde e à vida, conforme estabelecido na Constituição Federal, bem como fundamentadas na Lei nº 8.080/1990, que estabelece, no Capítulo I, artigo 6º, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, no campo de atuação do Sistema de Saúde Pública.

Nesse sentido também é o que versa jurisprudência, vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO CULPOSA CONFIGURADA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DEMONSTRADOS. PATAMAR INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL.

SENTENÇA MANTIDA. 1 - A responsabilidade civil estatal, no caso de omissão da Administração, é subjetiva, demandando a comprovação da culpa. 2 - No caso dos autos, houve negligência por parte da Administração Pública Distrital, decorrente da má-administração do Hospital Regional de Santa Maria, pois que, embora se estivesse ciente dos riscos de sequelas decorrentes do retardamento da submissão da paciente ao tratamento definitivo necessário - amplamente reportados no respectivo prontuário -, omitiu-se, durante os quase oitenta dias de internação, em providenciar vaga em procedimento cirúrgico em tempo e modos devidos, isto é, antes da ultimação da calcificação deformada do joelho direito da paciente. 3 - Na espécie, a parte sofreu significativo abalo de ordem extrapatrimonial, em flagrante afronta aos seus direitos da personalidade - não confundível com mero aborrecimento -, ao ser submetida, com uma de suas pernas imobilizada e em desprezo à sua condição de pessoa idosa, a uma espera deveras alargada - que contou com 72 dias de internação - por uma cirurgia - há mais de dois meses prescrita - que jamais viria a ser fornecida em razão da negligência omissiva estatal, num processo que lhe fez desenvolver transtorno psicótico adaptativo, bem como lhe acarretou a consolidação da fratura com desvio (sequela). 4 - No caso, todos os elementos da responsabilidade civil subjetiva do ente estatal encontram-se preenchidos, haja vista que, em decorrência de (nexo de causalidade) uma omissão estatal (conduta negativa) qualificada pela culpa negligente (elemento subjetivo), a parte sofreu danos de ordem extrapatrimonial (prejuízo). Por tal razão, sobressai imperioso o dever de o Distrito Federal indenizar a parte pelos danos que sofrera. 5 - O valor arbitrado a título de dano moral não deve ser minorado nem majorado quando for fixado mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, observadas a finalidade compensatória, a extensão do dano e a capacidade econômica das partes. No caso em tela, o valor de indenização por dano moral está em sintonia com o que foi arbitrado em casos análogos por este Tribunal, o que apenas reforça a manutenção da sentença. Apelações Cíveis desprovidas. (TJ-DF 07084970920188070018 DF 0708497-09.2018.8.07.0018, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 09/10/2019, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/10/2019 .

APELAÇÃO CÍVEL. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA. RITUXIMAB. MEDICAMENTO PADRONIZADO. FÁRMACO INDISPENSÁVEL PARA O QUADRO DE SAÚDE. DEVER DE FORNECIMENTO. CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO.

1. O direito à saúde insere-se no rol dos direitos sociais - direitos fundamentais de segunda geração - apresentando uma dupla vertente: de um lado, consubstanciam-se em mandamentos de natureza negativa, impondo à coletividade o dever de abstenção de atos que frustrem sua efetivação; por outro, apresentam-se como exortação a um Estado prestacionista para fomentar a implementação de prestações positivas. 2. Se há comprovação da necessidade e imprescindibilidade do medicamento já disponibilizado no âmbito do SUS e registrado pela ANVISA, e o ente não produz qualquer prova séria quanto à impossibilidade de fornecimento, impõe-se analisar a questão sob a vertente positiva do direito à saúde. (TJ-MG - AC: 10400180038764001 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 23/01/2020, Data de Publicação: 30/01/2020)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. MENOR. ALERGIA À PROTEÍNA DO LEITE DE VACA. INSUMO ALIMENTAR. FÓRMULA INFANTIL EXTENSAMENTE HIDROLISADA. PADRONIZAÇÃO PELA PORTARIA Nº 67/2018, DA SECRETARIA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INSUMOS ESTRATÉGICOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. NECESSIDADE COMPROVADA. DEVER DE FORNECIMENTO. CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A saúde é direito fundamental que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim. 2. A eficácia desse serviço público, notadamente de assistência farmacêutica, depende da seleção e distribuição à população, para atingir o maior número possível de pessoas. Para esse desiderato, o estabelecimento de diretrizes e critérios de aquisição de medicamentos, norteados pelos princípios da seletividade e distributividade, requer padronização, muitas vezes incompatível com a especificidade do caso. 3. Se há comprovação da necessidade e imprescindibilidade do insumo pleiteado pelo infante, que se encontra inclusive contemplado pela política pública de saúde (Portaria nº 67/2018, da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos

Estratégicos do Ministério da Saúde) e o Poder Público não ter apresentado alternativas terapêuticas para o tratamento da moléstia, impõe-se analisar a questão sob a vertente positiva do direito à saúde. (TJ-MG - AC: 10145190037005001 Juiz de Fora, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 10/06/2021, Câmaras Cíveis / 19ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/06/2021)

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão, imputável ao Poder Público, ainda mais se tiver presente que a Carta de outubro de 1988 tratou, nessa matéria, um nítido programa a ser necessariamente implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis, a fim de efetivar o direito do cidadão brasileiro.

Não obstante, é importante salientar que essas soluções individuais buscadas, com o intuito de ter o direito a saúde garantido, por demandar o uso de medicamentos e tratamentos de maneira desorganizada, mesmo que seja no âmbito judicial, poderiam causar um desequilíbrio no orçamento no Estado, comprometendo a assistência dos demais necessitados.

Nesse sentido, são preciosas as lições de Gustavo Amaral (2010. p. 17).

As decisões judiciais tomadas no âmbito da micro justiça podem potencialmente comprometer o orçamento na medida em que, ao exceder os limites estruturais do sistema jurídico, passam, na prática, a alocar recursos, determinando de que maneira eles devem ser gastos.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O Brasil tem um dos sistemas públicos de saúde mais avançados do mundo, porém, a alta demanda, a falta de recursos e à má administração pública dificulta seu acesso por parte da grande maioria da população brasileira. Diante disso, essas pessoas recorrem à justiça para que consigam assim ter acesso à saúde, tendo em vista que este é um direito previsto na Constituição Federal de 88. Porém, o sistema judiciário é lento, tendo em vista seus trâmites e etapas que devem ser seguidas para o bom andamento processual, o que acaba indo de encontro com a vida, observando que esta não espera.

É notório que a sociedade brasileira enfrenta muitos problemas, e o acesso à saúde é sem dúvidas um dos maiores deles. A adequação da administração para a melhor execução das políticas públicas de Saúde é uma notória e exponencial maneira de solução, porém, isso não é tão simples de se concretizar. Contudo, é o caminho mais fácil de se

chegar lá, tendo em vista que o entendimento jurisprudencial já vem se solidificando nesse sentido.

Por oportuno transcrever o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. MENOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. TUTELA DE URGÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DO TRATAMENTO PLEITEADO. PLAUSIBILIDADE. PERIGO DE DANO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A competência absoluta para conhecer e julgar as demandas que envolvem a tutela do direito à saúde de menor, na forma do art. 148, IV, c/c art. 208, I, e 209, todos do ECA, é da justiça da infância e juventude, não havendo que se falar em tramitação perante o Juizado Especial da Fazenda Pública. 2. A saúde é direito fundamental, de cunho social, que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim. 3. Considerando que, no caso em apreço, a necessidade e urgência do tratamento foram atestadas pelo médico que acompanha o agravado, aliado à ausência de demonstração de que o custeio do tratamento prescrito comprometeria as finanças públicas e, ainda, que existem alternativas terapêuticas eficazes, impõe-se analisar a questão sob a vertente positiva do direito à saúde, sendo caso de confirmar a tutela deferida pelo juízo a quo. (TJ-MG - AI: 10145180003421001 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 06/11/2018, Data de Publicação: 14/11/2018)

Considerando-se a autoaplicabilidade dos regramentos projetivos ditados pela Constituição Federal, o comando advindo de expressas e claras disposições de normas infraconstitucionais, conclui-se que falhando o Poder Público na prestação dos serviços assistenciais que lhe compete, haverá de se garantir a efetivação daquele direito mediante o instrumento jurídico alçado do Poder Judiciário.

Ao observar o sistema de saúde público do país, pode se notar que o que falta não são verbas, mas sim uma administração efetiva, para que assim coordene a distribuição de recursos para os seus devidos fins, que é atender a população. Como isso não ocorre, recorrer à judicialização é a priori o caminho mais certo de se percorrer, com ânsia de ter seu direito efetivado, buscando a implementação de políticas públicas de saúde mais efetivas para que assim tenha êxito em alcançar o pleito requerido e necessário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, o presente artigo visou relacionar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito com as Políticas Públicas de Inclusão Social e Saúde destinada à população que carece do sistema público de saúde, e por isso recorre ao judiciário, por isso se fez tão importante a interpretação do conjunto legal de leis que abrange o sistema judiciário e o direito à saúde e sua real aplicabilidade na sociedade.

Diante do apresentado, pode-se entender como surgiu e qual a finalidade do Sistema público de Saúde (SUS), como esse foi implementado e as dificuldades que enfrenta para sua execução. Além disso, observamos que a jurisprudência vem se solidificando no sentido de amenizar o sofrimento causado pela falta de acesso a saúde, que muitas vezes é dificultado pela falta de políticas públicas de saúde de fato eficazes.

Portanto, o aumento da visibilidade do tema em específico, gera assim, uma noção mais ampla quanto a essa problemática e uma reflexão acerca da necessidade de adoção de medidas mais eficazes no sentido de garantir o direito a todos, para um desfecho mais rápido e eficaz, levando assim a um tratamento adequado que ajudará a incluir a justiça de forma mais acessível e branda a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010. p. 17.

BARBERATO, Celso; GERAIDE NETO, Zaiden. O direito à saúde no contexto do neoconstitucionalismo. Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC, vol. 32, n.2 p.107-126, dez. 2014. Semestral. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1217>. Acesso em: 13 nov. 2021

BRASIL Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 de mar, de 2022.

BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 128. n. 182, publicada em 19 de setembro de 1990. p. 18055-18059

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil - Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 225-251, abr./jun. 2016.

Dano moral decorrente de omissão do Estado na realização de cirurgia. **TJDFT**. 12 de nov. de 2020. Disponível em:

<<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/dano-moral-no-tjdft/saude/dano-moral-por-omissao-do-estado-na-realizacao-de-cirurgia>>. Acesso em: 13 de abr. de 2022.

O MÉTODO APOIO COMO FERRAMENTA DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO SUS. Amaral, TC. São Paulo: Hucitec Editora, 2020. 146. 978-65-86039-39-9

PAMELA TENREYRO, María. Técnicas de tutela frente a inatividade administrativa. Córdoba: Academia Nacional de direito e Ciências Sociais de Córdoba, 2012, p. 46-47.

SANTOS, Lenir. Judicialização da Saúde: as teses do STF. Saúde e debate, Rio de Janeiro, V. 45, nº 130, p. (808-810), jul-set,2021. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/vSvHRqJW8XKDSvgqGYGctdy/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 22 de abr. de 2022

VASCONCELOS, C. M. Uma análise entrelaçada sobre os paradoxos da mudança no SUS 2005. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.

VASCONCELOS, C. M.; PASCHE, D. F. O Sistema Único de Saúde. In: CAMPOS, G. W. S. et al. (Org.). Tratado de saúde coletiva São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 531-562.

DIREITO DOS ANIMAIS: ABANDONO E MAUS-TRATOS DE CÃES E GATOS DURANTE A PANDEMIA NO BRASIL

LEANDRO NUNES DE SOUZA:
Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG.³⁵

MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA³⁶

(orientador)

RESUMO: Sabendo que os animais são dotados de proteção jurídica, o objetivo desse trabalho é analisar a evolução da relação do ser humano com os animais domésticos, bem como conceituar o meio ambiente e o direito animal na legislação brasileira. Busca-se analisar a Lei nº 14.604/2020, que pune com prisão quem maltrata animais, bem como o Projeto de Lei 6054/2019, que cria personalidade jurídica para animais, proporcionando-lhes o direito de serem representados na Justiça em casos de violações de seus direitos. Analisará, também, os efeitos da pandemia acerca do abandono e maus-tratos cometidos contra animais domésticos no Brasil. Como metodologia foi utilizado o método dedutivo e bibliográfico. Pode-se concluir que é imprescindível que haja modificações importantes na cultura humana acerca do tratamento dos animais.

Palavras-chave: Animais Domésticos. Maus Tratos. Pandemia.

ABSTRACT: Knowing that animals are endowed with legal protection, the objective of this work is to analyze the evolution of the human being's relationship with domestic animals, as well as to conceptualize the environment and animal law in Brazilian legislation. It seeks to analyze Law nº 14.604/2020, which punishes those who mistreat animals with prison, as well as the Bill 6054/2019, which creates legal personality for animals, providing them with the right to be represented in court in cases of violations of their rights. It will also analyze the effects of the pandemic on the abandonment and mistreatment committed against domestic animals in Brazil. As a methodology, the deductive and bibliographic method was used. It can be concluded that it is essential that there are important changes in human culture regarding the treatment of animals.

Keywords: Domestic Animals. Mistreatment. Pandemic.

Sumário: Introdução. 1. Evolução da relação humana com os animais. 1.1 Os romanos, a religião e os animais. 2. Conceituações. 2.1 Direito animal e o meio ambiente. 2.1 Fauna.

³⁵ E-mail: leandrosousagpi@hotmail.com

³⁶ Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: maab1961@yahoo.com.br

2.3 Maus tratos. 3. Direito dos animais. 3.1 Evolução do direito dos animais. 3.2 As cinco liberdades (5L) e os 3 Rs. 3.3 Animais como sujeitos de direito. 3.4 Direito dos animais na legislação brasileira. 4. Pandemia e seus reflexos no direito animal. 4.1 Adoção e abandono em decorrência da pandemia. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo teve início a partir da necessidade de maior compreensão acerca do direito dos animais em decorrência da pandemia de Covid-19 que está assolando o mundo, enfatizando a importância da evolução animal, bem como seus direitos e os reflexos da pandemia nos casos de maus tratos e abandono de animais domésticos, onde a causa animal e o direito animal tem sido de grande importância para a sociedade em geral.

Acerca da contextualização, a pesquisa foi realizada com diversidade de estudos acerca do tema abordado, e da legislação brasileira pertinente ao objeto do estudo, que tem como problemática a motivação do aumento de casos de maus tratos e abandono de animais domésticos durante a pandemia.

Após delineamento do tema, o objetivo geral desse estudo é abordar o direito dos animais, bem como a incidência de maus tratos e abandono dos mesmos durante o período pandêmico. Entretanto, para a obtenção de uma resposta mais concreta, há de se averiguar os objetivos específicos que são a evolução da relação humana com os animais, a conceituação do direito animal, meio ambiente, fauna e maus tratos, abordagem sobre o direito animal e sua evolução, análise da legislação brasileira acerca do tema, e os reflexos da pandemia acerca dos maus tratos e abandono de animais domésticos.

Cumprido ressaltar que o método de estudo bibliográfico teve o método dedutivo como tipo de pesquisa, permitindo assim, uma análise geral para a realização do estudo, bem como o método bibliográfico, de forma que o trabalho pudesse ser realizado a partir de estudos já publicados.

O estudo justifica-se pela análise conceitual, motivações e legislações em decorrência dos maus tratos e abandono de animais no Brasil, ressaltando que, apesar de haverem adoções acontecendo, diversos animais continuam sendo abandonados e mal tratados.

Assim sendo, o trabalho tem por finalidade a análise, compreensão, interpretação e verificação de fatores que levam aos maus tratos e abandono de animais domésticos durante o período pandêmico no Brasil, demonstrando que os animais merecem que seus direitos sejam defendidos, para que haja bem estar, respeito e cuidado aos mesmos.

2 EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO HUMANA COM OS ANIMAIS

De acordo com Veloso (2011), o conceito animal sofreu modificações mínimas no decorrer da história ocidental, pois a palavra animal é utilizada para definir seres diferentes, como animais silvestres, peixes, microorganismos.

Ainda, segundo a autora, esse termo, animal, divide-se em dois grupos, sendo o que o primeiro grupo engloba os seres humanos, e o segundo, os animais, mas que os animais podem ser seres de diferentes espécies.

De acordo com a teoria de Charles Darwin, os primeiros habitantes da terra foram os animais, e o homem tem sua evolução a partir dos chimpanzés, que se evoluíram até tornarem-se humanos racionais, possuindo, portando, inteligência e capacidade para realizarem a caça, iniciando, nesse momento, a exploração e escravização animal (WELLE, 1859).

Segundo Loureço (2008, p. 44), mesmo no princípio da evolução humana, a atividade de caça resultava na extinção de espécies animais, de forma que “através de descobertas arqueológicas, é possível afirmar que a domesticação fazia parte da cultura humana no começo do mundo, desde cães e lobos até cavalos”.

Nesse diapasão, alguns doutrinadores defendem que a evolução da relação humana e animal teve início na antiga Grécia, pois o pensamento central da Grécia antiga é místico. Dessa forma, a ordem universal era protegida por Zeus, que separava os seres racionais dos irracionais, conforme ensinamento de Dias (2021, p. 16)

Na obra poética do filósofo grego Hesíodo podemos ler a genealogia dos deuses, um esboço de um pensamento racional que abriu caminho para as cosmogonias filosóficas. Em sua Teogonia, Hesíodo já falava de separatividade entre uma natureza racional e uma natureza irracional na ordem universal protegida por Zeus. Para ele a natureza irracional carece de direito, e os seres irracionais podem, portanto, devorar uns aos outros. Esta é a sua lei. Mas aos homens é concedido o direito — Dike —, a que devem obediência, e que ao mesmo tempo é o maior dos bens. Assim, há uma ordem para os homens e outra para os animais irracionais. Enquanto para o reino irracional prevalece a necessidade vital, para o reino humano prevalece a justiça, sendo o direito uma das forças basilares do Universo. Este foi, talvez, o primeiro passo que, séculos mais tarde, viria excluir os animais de uma proteção legal criada só para os homens. (DIAS, 2021, p. 16. Edição do Kindle)

Ainda de acordo com a autora, esse período era conhecido como pré-socrático, e os filósofos da Grécia antiga tinham preocupações acerca do universo, da ordem cósmica das coisas e também dos acontecimentos naturais, acreditando na dinâmica dos eventos, na evolução das espécies e que o homem possuía origem animal (DIAS, 2018, p. 16 – Kindle).

Na era socrática, o pensamento foi evoluído no sentido de que os pensamentos místicos passaram a ser direcionados para pensamentos éticos, tendo um aprofundamento no que diz respeito ao direito e a justiça, dessa forma, o pensamento foi voltado mais para o homem, e a natureza foi deixada de lado.

Dias (2018) discorre que:

Sócrates tem o mérito de ser o fundador da ética. Para ele, embora a felicidade seja um bem a atingir, deve ser concebida como o prazer que deflui do equilíbrio espiritual, a partir do qual a razão liberta o homem da escuridão das paixões. O que ele quis mostrar é que as leis morais têm origem na estrutura do indivíduo. Ele também dizia que a razão conduz à unidade e à universalidade, idêntica a todos os homens. Existe uma universalidade do homem.

[...] como dizia Sócrates, obedecer às leis do Estado é dessarte exigência da própria natureza humana, também é da natureza humana obedecer às leis da Terra e do Universo. (DIAS. A tutela jurídica dos animais (p. 20). Edição do Kindle)

Entretanto, para a autora, o pensamento filosófico dos gregos era exclusivo do ser humano, e como os animais não possuíam discernimento, o homem passou a ser o centro do universo, surgindo, desta forma, o antropocentrismo (BARBOSA, 2015, p. 16)

De acordo com Levai (2011, p. 9),

Ao proclamar a superioridade humana sobre tudo o que existe, tal teoria compactuou com matança e exploração dos mais fracos, afastando-se da perspectiva cosmocêntrica. Exceção feita a Pitágoras (565-497 a.C.), a Plutarco (45-125) e a Porfírio (233-304), que assumiram uma postura piedosa em relação à vida sensível, independentemente de onde ela se manifestasse, o pensamento reflexivo ocidental contribuiu para a exploração desenfreada das criaturas tidas como inferiores. Tanto que os grandes filósofos clássicos passaram a se interessar exclusivamente pelo homem, tido como medida de todas as coisas e único detentor da razão. Sócrates

(469-399 a.C.) dizia que a questão fundamental da filosofia estava relacionada antes ao estudo do homem em sociedade do que à compreensão dos fenômenos da natureza; Platão (427-347 a.C.) subordinava as leis naturais à autoridade dos princípios divinos; e, finalmente, Aristóteles (384-322 a.C.), cuja obra filosófica sedimentou as bases do Direito, afirmava que os animais não têm outra finalidade senão a de servir ao homem. (LEVAI, 2011. p. 9-10)

Já na fase conhecida como aristotélica, tudo deveria ser conduzido de forma que o objetivo único fosse servir o homem, as espécies e seres vivos jamais poderiam ser modificadas. Esse pensamento polarizava os seres superiores e inferiores, de forma que os seres vivos variavam em níveis de perfeição.

Aristóteles, em sua obra *Política*, esclarece que:

[...] em toda parte onde se observa a mesma distância que há entre a alma e o corpo, entre o homem e o animal, existem as mesmas relações; isto é, todos os que não têm nada melhor para nos oferecer do que o uso de seus corpos e de seus membros são condenados pela natureza à escravidão. Para eles, é melhor servirem do que serem entregues a si mesmos. Numa palavra, é naturalmente escravo aquele que tem tão pouca alma e poucos meios que resolve depender de outrem. Tais são os que só têm instinto, vale dizer, que percebem muito bem a razão nos outros, mas que não fazem por si mesmos uso dela. Toda a diferença entre eles e os animais é que estes não participam de modo algum da razão, nem mesmo têm o sentimento dela e só obedecem a suas sensações. Ademais, o uso dos escravos e dos animais é mais ou menos o mesmo e tiram-se deles os mesmos serviços para as necessidades da vida (Aristóteles p. 15)

Após o período conhecido como Helenístico, ocorreu a transição entre a Antiguidade Clássica e a Idade Média Cristã (LOURENÇO, 2008, p. 77). Entre as correntes filosóficas, o estoicismo merece destaque devido ao entendimento de igualdade humana. De acordo com essa filosofia, todos os seres vivos se sujeitam à lei natural e divina. Dessa forma, a razão universal se fazia presente em todas as coisas, de forma que uns seres são criados para beneficiar outros, conforme o autor, "As plantas serviriam aos animais, e a estes, caberia o serviço aos humanos, que por sua vez compartilhavam com Deus a qualidade da razão, plena em Deus e passível de aperfeiçoamento nos homens". (LOURENÇO, 2008. p. 78-79)

2.1 OS ROMANOS, A RELIGIÃO E OS ANIMAIS

Os gregos não estendiam sua cidadania aos povos que eram conquistados por eles, enquanto os romanos expandiam a sua, determinando que as populações conquistadas cumprissem a sua lei (LOURENÇO, 2008. p. 84).

Os gregos entendiam que os animais e as coisas estão no mesmo patamar, enquanto os romanos acreditavam que “a propriedade está no centro do sistema”, dessa forma, para os romanos, “coisa” diz respeito a tudo o que pode ser apropriado por uma pessoa (LOURENÇO, 2008. p. 85-87).

De acordo com entendimento de Barbosa (2015, p. 19), os animais eram cuidados de forma que pudessem assegurar a integridade de um bem com valor econômico, sem eventuais preocupações filosóficas.

Sabendo que a religião acompanha o homem desde os primórdios da sociedade, a história humana e animal, unidas pela filosofia e pela religião, se cruza, pois algumas religiões têm os animais como animais divinos, algumas, inclusive, acreditavam que alguns animais possuíam caráter mágico (DIAS, 2018, p. 27).

Seguindo o ensinamento de Lourenço (2008, p.87), em algumas religiões orientais, as relações humanas e animais eram baseadas no medo, respeito e compaixão, enquanto no mundo ocidental, eram permitidas classificação de animais como sendo coisas. O Hinduísmo acreditava na metempsicose, onde homens e animais podem habitar o corpo um do outro.

Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, acreditavam que a natureza estava disponível para o uso humano, sendo que Santo Agostinho defendia que apenas o homem possuía alma, e portanto, possuíam poder para apreciar moralmente os seres vivos, enquanto os animais eram irracionais e não possuíam sentimentos (DIAS, 2018, p.87).

Com pensamentos completamente diferentes dos já citados, Giovanni di Pietro Bernardone, considerado pelos cristãos como evangelho de Jesus em pessoa, trouxe uma mensagem de caridade ao determinar que O tratamento que dispensava em igualdade a todos os seres vivos, principalmente aos animais, o transformaram em um homem além de seu tempo, precursor de um desprendimento crítico e anistiado das raízes antropocêntricas de sua época”. (DIAS, 2018. p. 29).

Ante o exposto, resta evidente que cada religião possui seu entendimento acerca do tratamento dos animais.

3 CONCEITUAÇÕES

Objetivando contextualizar a segunda parte do trabalho, que é a parte jurídica do estudo, é necessária a conceituação do direito animal e meio ambiente, fauna e maus

tratos, para que se possa chegar nos animais domésticos, que é o foco central do presente estudo.

3.1 DIREITO ANIMAL E O MEIO AMBIENTE

A lei 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, I, define Meio Ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Silva (2004, p. 20) entende que o conceito de meio ambiente precisa ser:

[...] ser globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico”. (SILVA, 2004, p. 20)

Oliveira (2017, item 1.1), ensina que o conceito jurídico de meio ambiente abarca todas as formas de vida, humanas e não humanas, como os seres vivos e os seres não vivos.

O autor ainda esclarece que:

Entende-se como meio ambiente físico ou natural aquele integrado pela flora, fauna, os recursos hídricos, a atmosfera, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera. O meio ambiente cultural, por sua vez, constitui-se do patrimônio cultural, artístico, arqueológico, paisagístico, etnográfico, manifestações culturais, folclóricas e populares brasileiras. O meio ambiente cultural é composto tanto pelo patrimônio cultural material quanto pelo patrimônio cultural imaterial. Considera-se patrimônio cultural material aqueles bens móveis e imóveis relevantes no processo cultural, como imóveis tombados, obras de artes etc. Já o patrimônio cultural imaterial é constituído pelos saberes, lugares, celebrações e formas de expressão. Como exemplos, as festas religiosas (Círio de Nazaré em Belém-PA, Festa do Divino Espírito Santo em Paraty-RJ e em Pirenópolis-GO), as danças (frevo, samba de roda do Recôncavo baiano, as manifestações do samba carioca), as manifestações folclóricas (Bumba meu Boi), os saberes na elaboração de algumas comidas (queijo minas, acarajé etc.).

O meio ambiente artificial é aquele decorrente das intervenções antrópicas, ao contrário do meio ambiente natural, que existe por si só. O artificial é o espaço urbano, as cidades com os seus espaços abertos, com ruas, praças e parques; e os espaços fechados, com as edificações e os equipamentos públicos urbanos, como de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado. É necessário atenção com as edificações, uma vez que, se forem destinadas às manifestações artístico-culturais ou forem objeto de tombamento, a melhor classificação é como meio ambiente cultural. Isso demonstra a fragilidade dessa classificação que, como se pontuou, é para fins didáticos.

O meio ambiente do trabalho, por fim, possui vinculação com a saúde e a segurança do trabalhador. O art. 200 da CF cuida das competências do Sistema Único de Saúde, dentre as quais a de “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (inciso VIII). Além disso, o inciso XXII do art. 7.º da CF dispõe sobre a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. O meio ambiente do trabalho preocupa-se, assim, com o obreiro em seu local de trabalho, por meio de prescrições de saúde, salubridade, condições atmosféricas, ergonomia etc. (OLIVEIRA, 2017, item 1.1)

De acordo com Machado (2002, p. 129) conceitua o Direito Ambiental como sendo:

[...] um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o meio ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade de instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

A fauna, trazida por Machado (2002) ao conceituar o direito ambiental, está elencada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 1º, VII,

3.2 FAUNA

Conforme ensinamento de Borges (2020), o termo fauna foi utilizado para definir o conjunto de animais de uma região, tendo sido usado a partir do ano de 1746 por Carl N. Linnaeus 2.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 dispor sobre a proteção da fauna, não há caracterização acerca dos animais protegidos, dessa forma, o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis), no ano de 1998, editou a Portaria nº 93 discriminando os tipos de fauna existentes:

Art. 1º - A importação e a exportação de espécimes vivos, produtos e subprodutos da fauna silvestre brasileira e da fauna silvestre exótica, serão normalizadas por esta Portaria.

Parágrafo Único - Excetuam-se para efeito desta Portaria, os peixes e os invertebrados aquáticos não listados nos Apêndices da CITES e os animais considerados domésticos para efeito de operacionalização do IBAMA, conforme Anexo 1 da presente Portaria

Art. 2º - Para efeito desta Portaria, considera-se:

I - Fauna Silvestre Brasileira: são todos aqueles animais pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do Território Brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras.

II - Fauna Silvestre Exótica: são todos aqueles animais pertencentes às espécies ou subespécies cuja distribuição geográfica não inclui o Território Brasileiro e as espécies ou subespécies introduzidas pelo homem, inclusive domésticas em estado asselvajado ou alçado. Também são consideradas exóticas as espécies ou subespécies que tenham sido introduzidas fora das fronteiras brasileiras e suas águas jurisdicionais e que tenham entrado em Território Brasileiro.

III - Fauna Doméstica: Todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticas, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que os originou. (IBAMA, 1998)

Extrai-se, do diploma legal, que os animais domésticos não englobam a proteção à fauna, conforme estabelecido no art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal.

3.3 MAUS TRATOS

Bechara (2003, p. 93) esclarece que os maus tratos são agressões gratuitas e violência desnecessária, que objetivam impor sofrimento aos animais por meio de machucados, mutilação, tortura e morte.

Conforme Custódio (1997), conceitua os maus tratos à animais e crueldade injusta cometidos pelo ser humano como sendo:

Crueldade contra animais é toda ação ou omissão, dolosa ou culposa (ato ilícito), em locais públicos ou privados, mediante matança cruel pela caça abusiva, por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas (didáticas, científicas, laboratoriais, genéticas, mecânicas, tecnológicas, dentre outras), amargurantes práticas diversas (econômicas, sociais, populares, esportivas como tiro ao voo, tiro ao alvo, de trabalhos excessivos ou forçados além dos limites normais, de prisões, cativeiros ou transportes em condições desumanas, de abandono em condições enfermas, mutiladas, sedentas, famintas, cegas ou extenuantes, de espetáculos violentos como lutas entre animais até a exaustão ou morte, touradas, farra de boi, ou similares), abates atroz, castigos violentos e tiranos, adestramentos por meios e instrumentos torturantes para fins domésticos, agrícolas ou para exposições, ou quaisquer outras condutas impiedosas resultantes em maus tratos contra animais vivos, submetidos a injustificáveis e inadmissíveis angústias, dores, torturas, dentre outros atroz sofrimentos causadores de danosas lesões corporais, de invalidez, de excessiva fadiga ou de exaustão até a morte desumana da indefesa vítima animal. (CUSTÓDIO, p. 156-157).

4 DIREITO DOS ANIMAIS

Esse tópico conceituará o direito dos animais, bem como a evolução e proteção histórica no direito brasileiro, as 5 liberdades e os 3 Rs, bem como as legislações pertinentes ao tema.

4.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DOS ANIMAIS

Ataide Junior (2019, p. 6) conceitua o direito animal como sendo o conjunto de regras e princípios estabelecidos de direitos fundamentais dos animais, considerados entre si, que independe da função ambiental ou ecológica, de forma que o conceito tenha disso formulado da genética constitucional do direito animal.

Dessa forma, “O Direito Animal reconhece os direitos subjetivos básicos dos animais, tais como, à vida, à saúde, à liberdade, integridade física e psíquica, no que diz respeito a vedação de sofrimento e mortes desnecessárias.” (GIL, 2020)

Nesse diapasão, a Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, se preocupou em proteger o animal inumano acerca de tratamento cruel:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988)

O Supremo Tribunal Federal (STF), entende ser extremamente importante o art. 225 na causa animal:

“É importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a vida do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.” (BRASIL, 2016)

Nos mesmos termos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 70082459553, assevera a importância do art. 225 da Constituição Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DOS ANIMAIS. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. INTERDIÇÃO PARCIAL DO CANIL MUNICIPAL DE TORRES. DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER MAIS ANIMAIS. SITUAÇÃO QUE PERDURA HÁ MAIS DE 5 ANOS. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL ATÉ QUE O PROBLEMA SEJA SANADO. 1. Cabe ao ente municipal promover as políticas públicas referentes aos cuidados dos animais, sendo

legítima a atuação do Poder Judiciário quando verificada manifesta violação do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado no artigo 225, §1º, inciso VII, da CF. [...] 3. Age o ente público com desídia em cumprir com sua obrigação de disponibilizar um ambiente adequado para o abrigo de animais em situação de risco, o que justifica a decretação de intervenção judicial até que sejam adotadas as providências necessárias ao regular e perfeito funcionamento do canil municipal. RECURSO PROVIDO (Agravo de Instrumento, nº 70082459553 RS, Relator: sergio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 13/11/2019, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 20/11/2019)". (BRASIL, 2019)

Em se tratando da evolução do direito animal, Oliveira e Jesus (2019), ensinam que:

[...] a grande façanha da ampliação para novos ramos do Direito e que preenchem certa relevância para sociedade mundial. Os Europeus foram os primeiros a debaterem sobre leis de proteção ao meio ambiente, com mais ênfase nos animais, cerca de muitos anos até então de debates e resultados eficientes neste sentido. Temos por exemplo a determinação do Martin's Act, na Grã-Bretanha, que teve sua formação na prevenção de crueldade e tratamento impróprio aos gados da região, como também em 1850, na França, foi promulgada a Lei Grammont, proibindo maus tratos a animais em via pública. Contudo, somente em 1978 é que temos uma norma geral de proibição de maus tratos, baseada na Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas. Hoje, há na Europa o Plano de ação para o bem-estar dos animais, que corresponde aos princípios contidos no protocolo com a proteção anexada ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, o qual estipula medidas de prevenção e proteção que a comissão (Comissão do Parlamento Europeu e do Conselho) deve cumprir. Vale ressaltar também que há países no mundo que estão no topo do ranking de maus tratos aos animais, sendo exemplo à China. No Brasil temos a proteção ao meio ambiente, em sentido amplo, em plena Constituição Federal no seu capítulo VI do Título VIII, com o artigo 225, o qual tem relação ao meio ambiente que veio a partir de 1960 e por meio de conferências sobre o meio ambiente realizado em Estocolmo no ano de 1972, onde dizia que o ser humano tinha direito fundamental à liberdade, à igualdade e a uma vida com condições adequadas de sobrevivência, num meio ambiente que permitisse uma vida digna, ou seja, com qualidade de vida, com a finalidade também de preservar e melhorar o meio

ambiente para as gerações atuais e futuras. Temos também leis específicas como Decreto 24.645/34 Lei Getúlio Vargas, Lei Federal nº 11.794/08 Lei Arouca, Lei 9.605/98 Lei de Crimes Ambientais, Substitutivo ao Projeto de Lei 121/99, Lei da Posse Responsável de Cães, Substitutivo ao PL 116/200 Lei Trípoli e dentre outras. (OLIVEIRA; JESUS, 2019)

4.2 AS CINCO LIBERDADES (5L) E OS 3 Rs

De acordo com Mello (2019, p. 69), as 5 liberdades são métodos de diagnosticar o bem estar animal, que determinam que os animais precisam ser: livres de medo e estresse, de fome e sede, de desconforto, de doenças e dor, e por fim, devem possuir liberdade para se expressarem de acordo com seu comportamento natural.

Em se tratando dos 3 Rs, eles são princípios associados ao uso de animais em pesquisas científicas, que determinam que: deve-se reduzir a utilização de animais em experimentos científicos, substituir, nos experimentos científicos, os animais por alternativas sem animais, e por fim, refinar os protocolos de experimentos para proporcionar diminuição de dor e sofrimento nos animais.

4.3 ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO

Dias (2006), destaca o animal como sendo um sujeito detentor de direitos:

O animal como sujeito de direitos já é concebido por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo o mundo. Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. (DIAS, 2006)

No mesmo sentido, Gonçalves (2017), defendem que os animais precisam e merecem proteção:

Os animais não são considerados sujeitos de direitos, embora mereçam proteção. Por essa razão não têm capacidade para adquirir direitos. Não podem, por exemplo, ser beneficiados em testamento, a não ser indiretamente, sob a forma de encargo, imposto a herdeiro testamentário, de cuidar deles. Do mesmo modo estão excluídas do conceito de sujeitos de direitos as entidades místicas, como almas e

santos. Não podem, também, sob pena de nulidade do ato, ser nomeados herdeiros ou legatários. (GONÇALVES, 2017)

Grando e Galio (2020), explicam que a relação entre humanos e animais evoluiu muito, de forma que os animais são considerados membros da família. Nesse sentido, cumpre citar o Recurso Especial nº 1713167/SP 2017/0239804-9, que teve como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão onde foi regulamentado o direito à visitas a animal por um dos companheiros, após finalização de união estável.

Sabendo que os animais possuem grande importância para a sociedade, eles devem ter seus direitos respeitados e defendidos pela sociedade.

4.4 DIREITO DOS ANIMAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com Abreu (2015) o surgimento do direito dos animais surge a partir da publicação do Código Civil de 1916:

No Brasil a situação jurídica dos animais foi estabelecida com a edição do Código Civil de 1916, que vigora até os dias atuais, e que, em seu artigo 593 e parágrafos, considera os animais como coisas, bens semoventes, objetos de propriedade e outros interesses alheios. Foi no ano de 1934 que se editou o Decreto n.º 24.645, que estabelece medidas de proteção aos animais, e que no bojo de seu artigo 3º elenca extensivo rol do que se consideram maus-tratos. Em 1941 foi editada a Lei de Contravenções Penais, que em seu artigo 64 tipificou a prática de crueldade contra animais como contravenção penal, artigo este que foi revogado pela Lei dos Crimes Ambientais. A Constituição de 1988 trouxe grande avanço no que concerne à legislação ambiental, pois em seu artigo 225, tratando do meio ambiente, § 1º, VII, diz ser incumbência do Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas na forma de lei as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, que provoquem a extinção de espécie ou submetam os animais à crueldade. E finalmente, também em 1998, foi promulgada a Lei Federal n.º 9.605, Lei dos Crimes Ambientais, estabelecendo sanções penais e administrativas contra as violações ao meio ambiente, revogando diversas normas anteriores, dentre as quais destacamos o artigo 64 da lei de contravenções penais, que trata dos crimes contra a fauna. Estas, porém, não são as únicas espécies normativas que tratam sobre o assunto, sendo complementada por legislações mais abrangentes como as que tratam sobre as diretrizes e bases no que tange ao direito animal defendido em outros países, e, sobretudo, este assunto não se esgota na letra da lei, necessitando para tanto todo um estudo

sobre o quanto e como pode a sensibilidade, como capacidade de sentir, ser levada em conta quando do estabelecimento de um direito animal. (ABREU, 2015)

Objetivando melhor compreensão acerca do direito animal, é necessário conhecer a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 1978:

Art.1º - Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência.

Art.2º - Cada animal tem direito ao respeito. O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar outros animais ou explorá-los, violando este direito. Ele tem o dever de colocar sua consciência a serviço de outros animais. Cada animal tem o direito à consideração e à proteção do homem. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS, 1978)

No Brasil, atualmente, o direito dos animais encontra-se previsto na Lei nº 14.064/20 conhecida por Lei Sansão, que alterou a Lei de Crimes ambientais, aumentando a penalização por maus tratos e abandono animal, bem como estipulando pagamento de multa para que cometer esse fato típico. (JUSBRASIL, 2020)

Entretanto, no Brasil, existem diversos tipos de crimes contra animais, como condutas praticadas pelos seres humanos contra a dignidade animal, um exemplo disso é a cultura de rodeios. Além disso, as práticas de abandono, maus tratos, e outros crimes, estão elencados na Lei nº 11.794/2008 em seu art. 14, que também dispõe sobre as intervenções que os animais podem ser submetidos, e também há o crime de tráfico de animais, previsto no art. 29 da Lei 9.605/1998, conhecida como a Lei de Crimes Ambientais.

Ainda sobre essa temática legislativa, têm-se o Projeto de Lei 6054/2019, que foi apresentado pelo Deputado Ricardo Izar, e "Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências" e foi "[...] aprovada com alterações em 11/04/2018." (CAMARA, 2019), e justifica que proposta do projeto de lei tem a finalidade de tutela dos direitos animais:

Com o fim de afastar a ideia utilitarista dos animais e com o objetivo de reconhecer que os animais são seres sencientes, que sentem dor, emoção, e que se 3 Coordenação de Comissões Permanentes - DECOM - P_5369 CONFERE COM O ORIGINAL AUTENTICADO PL 6799-A/2013 diferem do ser humano apenas nos critérios de racionalidade e comunicação verbal, o Projeto em tela outorga classificação jurídica específica aos animais, que passam a ser sujeitos

de direitos despersonalizados. Assim, embora não tenha personalidade jurídica, o animal passa a ter personalidade própria, de acordo com sua espécie, natureza biológica e sensibilidade. A natureza *suis generis* possibilita a tutela e o reconhecimento dos direitos dos animais, que poderão ser postulados por agentes específicos que agem em legitimidade substitutiva. (CAMARA, 2019)

Analisando o exposto, resta claro e evidente que o projeto de Lei nº 5064/2019 é imprescindível para garantir direitos mas efetivos para os animais.

5 PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ANIMAL

5.1 ADOÇÃO E ABANDONO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA

Conforme a Associação nacional dos Fabricantes de Ração (ABINPET, 2020), o Brasil está entre os três países com maior população de animais de estimação, estima-se que possua cerca de 139,3 milhões de animais de estimação no país.

Após o início da pandemia do Covid-19, que trouxe uma nova realidade para toda a população mundial, e do isolamento social, os casos de depressão dobraram, e pessoas com problemas relacionados a ansiedade e estresse, tiveram aumento de cerca de 80% (WERNECK, 2020).

A CNN Brasil (2020) mostrou que o número de adoções de cães e gatos aumentou em 400% durante a pandemia. De acordo com Divino (2020, p. 02) devido ao isolamento, foi despertado nas pessoas sentimentos de solidão, impulsionando, dessa forma, a vontade de possuir um animal de estimação para servir de companhia:

A solidão de quem mora sozinho, o estresse de ficar muito tempo com a família no caso de pessoas que não estavam habituadas a passar tanto tempo com seus familiares, os pais que se viram obrigados a lidar com o comportamento de seus filhos, que eram desconhecidos. Tal acontecimento, fez com as pessoas que antes alegavam não terem tempo para dedicar a um animal de estimação recorressem a abrigos em busca de uma companhia. É lindo quando lemos notícias como: "abrigos relatam aumento nas adoções". Entretanto, muitos fatores precisam ser levados em consideração, o ego e medo da solidão precisam ser avaliados minuciosamente, porque no final das contas, tudo isso vai passar, não sabemos ao certo, mas vai passar. E quando passar, se você que no impulso da solidão adotou um animalzinho e não levou em consideração o tempo de vida dele e o quanto ele ficará carente quando a sua rotina

se normalizar, provavelmente, você entrará na estatística de abandono de animais, alegando não ter mais tempo.

Sabendo que os animais são de extrema importância para os seres humanos, questiona-se o motivo de serem maltratados e abandonados, principalmente nesse período de pandemia.

Parte do abandono durante a pandemia pode ser consequência da desinformação. Muitas pessoas, com medo de que os animais sejam transmissores da Covid-19, acabam por abandoná-los sem antes buscar informações adequadas. De acordo com a Organização Mundial de Saúde Animal, não há justificativa para tomar medidas contra animais de companhia que possam comprometer seu bem-estar. Um artigo recente publicado na revista *Journal of Travel Medicine* traz um alerta sobre o abandono de animais domésticos em função do pânico. (PANDEMIA, 2020)

No ano de 2020, surgiram boatos acerca da transmissão de Covid pelos animais, entretanto, eles não possuem capacidade para a disseminação do vírus:

[...] na mídia notícias de 1 caso de gato e 2 de cachorros que foram testados positivo para o RNA do vírus da COVID-19. Nos casos reportados, os tutores desses animais se encontravam doentes de COVID-19, e os animais, apesar de testarem positivo no exame, não apresentaram os sintomas da doença. Especialistas consideram esses casos como casos isolados. E por enquanto, consideram que cachorros e gatos não ficam doentes de COVID19 e que não são capazes de transmitir a doença para outros humanos. (PROFISSÃO BIOTEC, 2020)

De acordo com Oliveira (2021), mesmo que tenha havido muitas adoções, houveram também, muitos abandonos: “[...]diante do quadro de acirramento da crise desencadeada pela Covid-19, o descaso com os bichos não para de aumentar em um momento de interesses e demandas humanas tão em alta.”

[...] O isolamento social ocasionou a procura por animais domésticos para serem uma “distração” durante a quarentena. Entretanto, a possibilidade desses animais serem abandonados após o isolamento é grande. Uma vez que as pessoas só estão adotando pensando em uma companhia para o momento. Ou seja, não levam em conta as responsabilidades e o fato de que um animal se torna um membro

da família. Além disso, ele certamente precisa de todo o cuidado e atenção. (DELEGADO BRUNO LIMA, 2020)

Ante ao mencionado, entende-se que apesar de as adoções terem aumentado no início do período pandêmico, animais também foram abandonados, entretanto, é necessário ressaltar que “[...] os animais são seres sencientes, ou seja, que eles têm capacidade emocional para sentir dor, medo, prazer, alegria e estresse, além de terem memória e, até mesmo, saudades.”. (O FABULOSO MUNDO DOS PETS, 2017)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento desse trabalho, foi possível analisar o desenvolvimento da relação humana e animal, a conceituação de assuntos relacionados ao direito animal, e o reconhecimento dos animais no mundo jurídico, entender sobre o que se trata o Projeto de Lei 6.054/19 e por fim, os maus tratos e abandono de animais durante a pandemia.

Responde-se a problemática do assunto, acerca do aumento de casos de maus tratos e abandono dos animais, que os animais foram adotados para preencher lacunas de solidão resultantes da pandemia, para que pudessem lidar com o isolamento.

Sendo assim, conclui-se que é necessária a modificação na cultura e no pensamento humano, no sentido que maltratar animais é crime, e que os animais são detentores de direito.

REFERÊNCIAS

ABINPET. **Informações gerais do setor Pet.** Disponível em: http://abinpet.org.br/infos_gerais/#:~:text=O%20Bra

ABREU, Natascha Christina Ferreira de. **A evolução dos Direitos dos Animais: um novo e fundamental ramo do direito.** Elaborado em 2014 e publicado em 2015. Disponível em: A evolução dos Direitos dos Animais: um novo e fundamental ramo do direito - Jus.com.br | Jus Navigandi

ARISTÓTELES. **Política.** Texto integral, tradução Torrieri Guimarães. Editora Martin Claret. São Paulo, 2002.

ATAIDE Junior, Vicente de Paula. **Introdução ao direito animal brasileiro.** 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/28768/17032>

BARBOSA, Kleusa Ribeiro. **O status jurídico dos animais: uma revisão necessária.** Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://itr.ufrjr.br/portal/wpcontent/uploads/2017/10/t177.pdf>

BECHARA, Erika. **A proteção da fauna sob a ótica constitucional**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, p. 93, 2003.

BORGES, Dayane. **Fauna, o que é? Definição, características, principais tipos e preservação**. 2020. Disponível em: <https://conhecimentocientifico.r7.com/fauna/>

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.983** CEARÁ. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoMin.CelsodeMellonaAdin4.983CEVaquejada.pdf>

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.713.167**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento, nº 70082459553 RS**, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 13/11/2019, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 20/11/2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/797242892/agravo-de-instrumento-ai70082459553-rs?ref=feed>

CAMARA. Câmara dos deputados. **PL 6054/2019** (Nº Anterior: PL 6799/2013). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/601739>

CÂMARA. **Projeto aumenta pena para tráfico de animais silvestres**. Amazonas, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/692302-projeto-aumentapena-para-traffic-de-animais-silvestres/>

CNN. **Adoção de cães e gatos cresce durante a quarentena**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil>

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Crueldade contra animais e proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 2, n. 7, p.61, jul./set. 1997.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS ANIMAIS. Unesco. ONU. 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.p df>

DELEGADO BRUNO LIMA. **Número de abandono de animais aumenta com pandemia.** 2020. Disponível em: <https://delegadobrunolima.com.br/2020/06/10/numero-de-abandono-de-animaisaumenta-pos-pandemia/>

DIAS, EDNA CARDOZO. 2018. **A tutela jurídica dos animais.** Edição do Kindle

_____. Edna Cardoso. **Os animais como sujeitos de direito.** 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10243/7299>

DIVINO, Lorena Dias do A. **Pandemia e o Crescente aumento na adoção de animais domésticos.** Goiania. 2020.

GIL, Ariana Anari. **O Direito Animal e a Saúde Única.** São Paulo, 2020. Disponível em: O Direito Animal e a Saúde Única (jusbrasil.com.br)

GONÇALVES ROBERTO, Carlos. **Direito civil brasileiro: parte geral.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99.

GRANDO, Caroline Mariane; GALIO, Morgana Henicka. **Os Animais Domésticos Como Sujeito De Direito: Análise Sobre O PI 6.054/2019.** p. 639, 2020.

JUS. **Direito dos Animais: Regulamentação no Brasil.** Gurupi/TO. 2020. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/86119/direito-dos-animais-regulamentacao-nobrasil#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20dia%2029%20de,gatos%20\(BRASIL%2C%201998\).](https://jus.com.br/artigos/86119/direito-dos-animais-regulamentacao-nobrasil#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20dia%2029%20de,gatos%20(BRASIL%2C%201998).)

LEVAI, Laerte Fernando. **Ética Ambiental Biocêntrica: Pensamento compassivo e respeito à vida.** Jus Humanum – Revista Eletrônica De Ciências Jurídicas E Sociais Da Universidade Cruzeiro Do Sul. São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais. Fundamentação e Novas Perspectivas.** Porto Alegre, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 129-130.

MELO, Reinaldo Aparecido de; RODRIGUES, Juliana. **Direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro: um olhar sobre as iniciativas legislativas para a abolição da tração animal.** Revista científica eletrônica do curso de direito – ISSN: 2358-8551 15º Edição - Janeiro de 2019.

O FABULOSO MUNDO DOS PETS. **Os cães são seres sencientes, eles sentem medo, alegria, saudade.** Rio de Janeiro. 2017. Disponível: <https://www.ofabulosopet.com.br/os-caes-sao-seres-sencientes-eles-sentem-medo-alegria->

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO

MARCO ANTÔNIO FRANCO LEAL:

Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG.³⁷

JORGE BARROS FILHO³⁸

(orientador)

RESUMO: Desde as primeiras civilizações, o envelhecimento instigou a necessidade de um tratamento específico àqueles que perdem a força de trabalho e passam a depender de familiares com o avançar da idade. Atualmente, no Brasil, o Estatuto do Idoso, sancionado pela Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003, é o diploma legal infraconstitucional responsável por fixar os direitos e mecanismos jurídicos de proteção das pessoas com mais de sessenta anos de idade. Em decorrência da vulnerabilidade desses sujeitos de direito, não são raras as situações em que são tratados com violência dentro de suas casas e também em sociedade, situações estas que ofendem seus direitos fundamentais de dignidade humana. A ocorrência de crimes contra idosos e de práticas violentas em desfavor dessas pessoas exige a aplicação de sanções jurídicas para que não voltem a acontecer. Por tal motivo é que a pesquisa jurídica desenvolvida apresenta as consequências advindas da violência contra idosos. A fim de atender ao seu objetivo geral, a pesquisa bibliográfica, fundada em material científico já publicado, analisados segundo o método exploratório de análise qualitativa dos textos selecionados em doutrinas, matérias jurídicas e jurisprudências nacionais, ao final expõe o resultado obtido com a redação do presente artigo científico.

Palavras-chave: Idoso. Estatuto do Idoso. Violência. Consequências.

ABSTRACT: Since the first civilizations, aging has instigated the need for specific treatment for those who lose their work force and come to depend on family members with advancing age. Currently, in Brazil, the Elderly Statute, sanctioned by Law no. 10,741, of October 1, 2003, is the infra-constitutional legal diploma responsible for establishing the rights and legal mechanisms for the protection of people over sixty years of age. Due to the vulnerability of these subjects of law, situations in which they are treated with violence within their homes and also in society are not rare, situations that offend their fundamental rights of human dignity. The occurrence of crimes against the elderly and violent practices to the detriment of these people requires the application of legal sanctions so that they do not happen again. For this reason, the legal research developed presents the consequences

³⁷ Bacharelado do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG. E-mail:

³⁸ Professor Especialista do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. E-mail:

arising from violence against the elderly. In order to meet its general objective, the bibliographic research, based on scientific material already published, analyzed according to the exploratory method of qualitative analysis of selected texts in doctrines, legal matters and national jurisprudence, at the end exposes the result obtained with the writing of this scientific article.

Keywords: Elderly. Elderly Statute. Violence. Consequences.

Sumário: Introdução. Material e Métodos. 1. A evolução da proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O Estatuto do Idoso: principais disposições legais. 3. A violência contra o idoso. 4. Consequências jurídicas da violência contra o idoso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proteção aos indivíduos em sociedade é uma preocupação de todo o ordenamento jurídico nacional, haja vista ser a vida, a saúde e a integridade física, direitos humanos fundamentais, protegidos em cláusula pétreia da Constituição Federal, juntamente com inúmeras outras garantias legais.

Em se tratando de pessoa idosa, a preocupação com seu bem-estar é da sua família, da sociedade e do Estado, uma vez que, sujeito de direito, a tais indivíduos é assegurado a dignidade humana, que deve ser garantida pelo ente estatal em caso de violação.

Há por alguns o pensamento de inutilidade dos idosos, uma vez que, seriam não mais produtivos à sociedade, à família e etc. O resultado disso é o afastamento do convívio, e não raras vezes, a ofensa a seus direitos.

Para proteger os idosos, o Brasil contém, além da legislação constitucional, a Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003. O Estatuto do Idoso atribui proteção especial aos indivíduos assim identificados em razão da vulnerabilidade que a idade ocasiona a tais indivíduos perante os demais no convívio social.

Neste contexto, há interesse na redução e combate às mais variadas formas de violência a qual pode ser um idoso submetido e as consequências jurídicas previstas pela legislação brasileira para os autores dessas violências.

MATERIAIS E MÉTODOS

Realizada no município de Gurupi, Estado do Tocantins e apresentada para a Universidade de Gurupi – UnirG como requisito para obtenção do título de bacharel em direito, esta pesquisa científica se classifica bibliográfica, uma vez que o objeto da pesquisa está previsto no ordenamento nacional, com vasta repercussão na doutrina e

jurisprudência. Quanto aos objetivos, a pesquisa se enquadra na espécie exploratória, haja vista que apresenta as principais disposições referentes ao assunto, de forma aprofundada.

Os dados e informações coletados foram analisados segundo a metodologia de utilização de técnicas de análise qualitativa do texto, são elas: análise de conteúdo, análise do discurso e confrontamento de informações, especialmente a apresentação das formas de violência contra o idoso e a exposição das consequências jurídicas dela advindas.

1 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Até chegar ao status atual de proteção aos idosos, um longo período se passou e vários foram os dispositivos legais que regularam os direitos dos indivíduos no ordenamento legal nacional. O motivo das modificações legislativas decorre principalmente da mudança social acerca das pessoas protegidas pelo dispositivo.

Quando o assunto é a velhice das pessoas, o papel histórico desempenhado pelos idosos influenciou diretamente a visão estatal sobre eles. Antigamente, eram tidos como privilegiados, assim tratados em sociedade; contudo, passaram a ser vistos como um peso nas sociedades mais recentes.

Em agrupamentos antigos, havia a crença de que os anciãos possuíam um privilégio sobrenatural, proporcionando-lhes destaque. Considerando uma época em que os mais velhos eram os guardiões da memória do povo, compreende-se o alto grau de sabedoria atribuído a absolutamente qualquer pessoa mais velha. O mesmo tratamento era dado na Ásia, nas culturas americanas antigas e entre os hebreus.

Após a queda de Roma começou um processo de desvalorização do idoso, intensificado ao longo do século VI, durante o qual havia uma associação entre a idade avançada e a cessação da atividade, inclusive com o isolamento em retiros. (CORREA e GOULART, 2019, p.1).

No Brasil, a proteção legal do idoso teve como um dos seus marcos iniciais, no ano de 1974, a aprovação da Lei nº. 6.179, que estabeleceu o amparo previdenciário para os inválidos e maiores de sessenta anos de idade. Na época, apesar de avançada a lei em comento, a mesma impedia que o benefício ultrapassasse o percentual de sessenta por cento do salário mínimo. Consequentemente, a Lei nº. 6.205, corrigiu no ano seguinte, em 1975, descaracterizando o salário mínimo como fator de correção monetária (CORREA e GOULART, 2019, p.1).

Outras leis foram editadas desde a origem do sistema legal em relação aos direitos previdenciários dos idosos, todavia, em relação aos direitos humanos, de proteção à integridade física e mental, não foram muitos os dispositivos que trataram dessa temática.

Apesar da lei infraconstitucional mencionada, já haviam dispositivos constitucionais que previam a aposentadoria por idade, contudo somente com a Constituição de 1988 que a proteção aos idosos ocorreu de forma relevante em relação aos seus direitos de dignidade humana.

No Brasil, a introdução de mudanças foi feito gradativamente, as Constituições anteriores a de 1988, como as de 1937, 1947 e 1969 apenas mencionaram o termo idoso e a previsão de a aposentadoria assegurada com o avanço da idade. Assim, a Carta Magna de 1988 foi importante marco, pois ao trazer princípios norteadores como o da dignidade humana, trouxe embutida a ideia de respeito a todos, sem distinção, acarretando um grande avanço em relação às Constituições anteriores (LIMA, 2019, p.1).

Outra lei importante é a nº. 8.842/1994, que instituiu a Política Nacional do Idoso, criou o Conselho Nacional do Idoso e deu outras providências, dentre as quais se destaca a priorização do atendimento do idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, e o recebimento de assistência asilar estatal àqueles que não tenham família e encontrem-se desabrigados (CORREA e GOULART, 2019).

Além das leis mencionadas, a principal legislação protetiva dos idosos foi o Estatuto sancionado no ano de 2003, sobre o qual o item a seguir se debruça.

2 O ESTATUTO DO IDOSO: PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES LEGAIS

Tal como mencionado anteriormente, com o passar dos anos e avançar da idade, as pessoas tornam-se mais velhas e por isso tem suas capacidades reduzidas o que as coloca em uma situação de vulnerabilidade que exige cuidados. Nos últimos anos, o aumento da população idosa exigiu um olhar mais atento para esses indivíduos.

No Brasil, houve uma grande redução da taxa de mortalidade dos idosos, neste sentido aumentou consideravelmente o índice de violência a estes. Estima-se que a população do Brasil possui quase 25 milhões de indivíduos acima de 60 anos. Estes idosos estão sofrendo violência, sendo acarretados com abuso e maus e maus tratos físicos, pressão psicológica, abuso sexual e financeiro, abandono e falta de assistência. O principal agressor advém do seio familiar, indivíduos que dependem financeiramente dos idosos ou

até mesmo aqueles que são remunerados para prestar-lhes serviços assistenciais (COSTA, 2016, p.1).

Justamente para garantir a todos indistintamente os seus direitos é que existem legislações especiais, atendendo a necessidade de determinados grupos em sociedade. Em se tratando de idosos, o Estatuto do Idoso contém as disposições centrais de proteção a tais pessoas, assim entendidas aquelas que contem idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (BRASIL, 2003).

O Estatuto trata-se de dispositivo legal que, após sete anos tramitando no Congresso Nacional, foi aprovado pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 e estabeleceu uma série de normas capazes de gerar uma maior participação e inclusão dos idosos na sociedade (CORREA e GOULART, 2019).

O Estatuto do idoso foi fruto do Projeto de Lei nº 3.561/1997, e costuma ser indicado como uma das maiores conquistas, por entes da sociedade civil, tais como associações de aposentados, pensionistas e pela população idosa em geral. Sua proposta incluía regular os direitos assegurados às pessoas, considerando-se a idade cronológica igual ou superior a 60 anos e de dispor de seus direitos fundamentais e de cidadania, bem como a assistência judiciária. Sua preocupação estava direcionada à execução dos direitos, sua vigilância e defesa, por meio de instituições públicas. (CORREA e GOULART, 2019, p.1).

Portanto, o Estatuto é um marco na regulamentação dos direitos das pessoas com mais de sessenta anos de idade, posto que em seus artigos vários dispositivos foram inovadores, principalmente os relacionados às violências praticadas contra esses indivíduos.

Criado pela Lei 10.741, em 1º de outubro de 2003, quando o Brasil tinha 15 milhões de idosos, o estatuto trouxe, de forma inédita, princípios da proteção integral e da prioridade absoluta às pessoas com mais de 60 anos e regulou direitos específicos para essa população.

[...]

A partir do estatuto, pela primeira vez, negligência, discriminação, violência de diferença tipos, inclusive a financeira, e atos de crueldade e opressão contra o idoso foram criminalizados e hoje são passíveis

de punição. O estatuto também aumentou o conhecimento e a percepção dos idosos sobre seus direitos (BRITO, 2018, p.1).

Para ressaltar a sua relevância, o Estatuto logo nos seus primeiros artigos deixa clara a necessidade de proteção dos direitos dos idosos:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

De acordo com o disposto no artigo 8 do Estatuto, o envelhecimento é um direito personalíssimo e é um direito social a sua proteção. Para tanto, diz o artigo 9º que é do Estado a obrigação de garantir a proteção à vida e a saúde da pessoa idosa (BRASIL, 2003).

Além de determinar a criação e efetivação de políticas públicas que proporcione um envelhecimento saudável de digno, no âmbito penal, o Estatuto do Idoso apresenta um capítulo específico de tipificação dos crimes contra idosos em espécie.

3 A VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO

Por serem vistos por alguns como pessoas cuja importância social é pequena, por não mais serem produtivos para o mercado de trabalho e por terem se tornado vulneráveis, os idosos são vítimas de abandono, cujas causas são apontadas a seguir:

Entende-se por abandono, situação de solidão vivenciada pelo homem, principalmente pelos idosos, ocasionado por múltiplas causas, quais sejam: afastamento da convivência familiar, inexistência de parentes e amigos, relações conflituosas do grupo ao qual pertencem, dificuldades de estabelecer laços de amizade, incapacidade psicossocial, dentre muitas outras. (CORREA e GOULART, 2019, p.1).

Infelizmente, a situação social de muitos idosos perante seus familiares e na comunidade ainda se agravou nos últimos anos em razão da Pandemia causada pela Covid-19, que repercutiu diretamente na vida das pessoas, causou redução da capacidade econômica da população e elevou ainda os casos de violência, conforme os dados oficiais já constatarem.

A pandemia de covid-19 trouxe um aumento nos casos de violências contra a população idosa. Sendo parte do grupo de risco, essa parcela da população foi forçada a mudar seus hábitos adotando a

quarentena para garantir sua saúde. No entanto, essa medida de isolamento, por mais efetiva que seja para diminuir o contágio do vírus, acabou aumentando o número de casos de violência contra o idoso no ano de 2020.

De acordo com dados disponibilizados pelo Disque 100, canal de atendimento que recebe, analisa e encaminha denúncias de violação dos direitos humanos para os órgãos competentes, de 2019 para 2020 o número de chamadas para reportar algum tipo de violência contra o idoso foi de 48,5 mil para cerca de 77 mil denúncias; houve um aumento de 53% no número de denúncias. Até o primeiro semestre de 2021, o número de denúncias registradas ultrapassou 30 mil (FUENTES, 2021, p.1).

A situação de abandono é apenas uma das formas de violência praticada contra essas pessoas, mas não pode ser normalizado. Conforme o Estatuto do Idoso e as disposições da Constituição Federal de 1988, um dos propósitos estatais consiste em impedir a violência contra idosos, a qual pode acontecer de várias formas, são elas:

A-Violência sociopolítica: refere-se principalmente às relações sociais mais gerais que envolvem grupos e pessoas consideradas delinquentes comuns e as estruturas econômicas e políticas da desigualdade nas relações de exclusão/exploração/periferização de conglomerados humanos significativos. Dessa violência a os idosos e idosas falam, denunciam, tratando-se de uma “violência falada” nos debates, nas denúncias comuns nas Delegacias de Polícia. Essa violência atinge idosos e não idosos, mas tem sua especificidade ao se aproveitar de situações de fragilização ou vulnerabilidade das pessoas idosas para a prática de furtos, assaltos, roubos, discriminação aos transportes, discriminação no transporte, discriminação social. **B-Violência institucional:** refere-se a um tipo de relação existente nos abrigos e instituições de serviços, privadas ou públicas, nos quais se negam ou atrasa o acesso, não se leva em conta a prioridade legal, não se ouve com paciência, devolve-se para casa, humilha-se por incontinência ou alguma perda, infantiliza-se o idoso, hostiliza-se a pessoa idosa, não se ouve sua palavra e não se respeita sua autonomia. **C-Violência intrafamiliar:** é a “violência calada”, sofrida em silencio muitas vezes, praticadas por filho, filhas, cônjuges, netos, netas, irmãos, irmãs ou parentes e vizinhos próximos, conhecidos da vítima (FALEIROS, 2005, p. 43).

As violências acima mencionadas são identificáveis nas condutas típicas contidas nos dispositivos do Estatuto do Idoso e também em outros delitos do Código Penal Brasileiro e, portanto, são passíveis de consequências jurídicas penais, melhor tratadas a seguir.

4 CONSEQUENCIAS JURÍDICAS DA VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO

Além de apontar os princípios e as diretrizes legais de salvaguarda dos direitos dos idosos, o Estatuto do Idoso destina parte significativa de seus artigos para prever os crimes contra essas vítimas, as medidas de proteção desses sujeitos e as políticas de atendimento dos idosos.

Desta feita, existem consequências imediatas à constatação de violência, dentre as quais, para resguardar a integridade da vítima, o artigo 44 autoriza que as medidas de proteção são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto do Idoso forem ameaçados e violados por ação ou omissão do Estado, da sociedade, da família, por curador ou entidade de atendimento e em decorrência de sua condição pessoal (BRASIL, 2003).

As medidas específicas de proteção estão enumeradas no artigo 44 e seguintes do Estatuto:

Art. 44. As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V – abrigo em entidade;

VI – abrigo temporário (BRASIL, 2003).

Na prática, o processamento das medidas protetivas se dá no âmbito do direito processual civil e é mantida enquanto perdurar o risco à segurança do idoso, não apenas no campo físico, mas também no psicológico, cujo abalo também viola direitos da personalidade.

A seguir um exemplo jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA PROTEÇÃO AO IDOSO. PLEITO DE RETORNO À RESIDENCIA DO GENITOR, PARA MORADIA. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVADA VIOLAÇÃO AO DIREITO DO IDOSO. VIOLENCIA PSQUICA EVIDENCIADA. SENTENÇA CONFIRMADA. Caso dos autos em que as provas produzidas são suficientes a comprovar violação à dignidade do idoso, consistente em violência psíquica. Inadequado o idoso residir com pessoa que apresenta sintomas depressivos em alto índice, com perfil agressivo, sem que antes alcance estabilidade comportamental a garantir que sejam preservados os direitos do apelado/idoso. Apelação desprovida. (TJ-RS – AC: 70076972371 RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Data de Julgamento: 19/07/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 24/07/2018).

As medidas acima pretendem proteger as vítimas para que não reiterem as condutas de violência. Por outro lado, já em relação ao violador dos direitos dos idosos, o mesmo será responsabilizado criminalmente por seus atos, desde que enquadrado nos tipos penais.

De ação penal pública incondicionada, os crimes contra o idoso estão enumerados do artigo 96 aos 108, punindo várias condutas, dentre elas: o abandono, a discriminação, a ausência de assistência quando é possível fazê-lo; a exposição a perigo; a apropriação de bens ou renda do idoso; entre outros (BRASIL, 2003).

Em todos os tipos penais, para que do fato haja a imposição de sanção penal aos envolvidos em situação de violência contra o idoso, é indispensável a comprovação da materialidade delitiva e autoria. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal serve de exemplo:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DO IDOSO. CRIME DE EXPOR A PERIGO A INTEGRIDADE E A SAÚDE DO IDOSO. ART. 99 DA LEI N. 10.741/03. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. SENTENÇA

MANTIDA. 1. Demonstrado pelas provas colhidas nos autos que o apelante praticou os crimes de expor a perigo a integridade e a saúde de pessoa idosa, privando-a de alimentos e cuidados indispensáveis com higiene pessoal, a condenação é medida que se impõe. 2 RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJ-DF 00037801420168070001 – Segredo de Justiça 0003780-14.2016.8.07.0002, Relator: Humberto Ulhôa, Data de Julgamento: 17/06/2021, 1ª turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 24/06/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada).

Consequentemente, a ausência de provas levou à absolvição do agente no Tribunal de Justiça de Goiás, em razão da aplicação do princípio da presunção de inocência, também denominado in dubio pro reo:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DO IDOSO. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 99, § 2º, Lei 10.741/03. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAGILIDADE DAS PROVAS. IN DUBIO PRO REO. 1 – A absolvição mostra-se viável quando o conjunto probatório não demonstra, equivocadamente, a prática de crime contra idoso, devendo a dúvida favorecer o agente, por aplicação do princípio in dubio pro reo. 2 – Recurso conhecido e provido. (TJ-GO – APR: 02380648720168090041, Relator: Dr. Fábio Cristovão de Campos Faria, Data de Julgamento: 30/10/2018, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ 2637 de 29/11/2018).

Por existirem uma série de crimes comuns, cujo polo passivo pode ser qualquer indivíduo em sociedade, os idosos podem ser vítimas dos crimes previstos na lei ordinária.

Deste modo, além dos crimes tipificados na legislação especial, o Código Penal ainda enumera como circunstancia agravante dos crimes, quando não são qualificadoras do tipo, se for cometido contra vítima maior de 60 (sessenta) anos de idade, nos termos do artigo 61, inciso II, alínea “h” (BRASIL, 1940).

A agravante é comumente aplicada nos crimes comuns previstos no Código Penal:

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – TENTADO – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – CONDENAÇÃO NAS SANÇÕES DO ARTIGO 157 §2º INCISO II DO CÓDIGO PENAL – DESCABIMENTO – VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA NÃO EVIDENCIADAS – RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61 INCISO II ALÍNEA H – NECESSIDADE – IDADE DO IDOSO COMPROVADA – RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Mantém-se a condenação do apelado nas sanções do artigo 155 §4º inciso IV do

Código Penal eis que não evidenciada violência ou grave ameaça na prática delitiva. 2. Reconhece-se a agravante do artigo 61, inciso II, alínea h do Código Penal porquanto comprovada a idade da vítima. 3. Recurso ministerial parcialmente provido. (TJ-MG – APR: 10021412424985001 MG, Relator: Pedro Vergara, Data de Julgamento: 27/11/2018, Data de Publicação: 03/12/2018).

Por tudo quanto o apresentado, uma vez constatada a violação de direitos dos idosos brasileiros, as consequências para aquele que pratica uma das formas de violência prevista na legislação especial e também na comum, ocorrerão no âmbito civil e criminal, podendo levar à condenação ao cumprimento de pena privativa de liberdade nos casos mais graves e também ao afastamento do convívio com a vítima.

Na imposição da responsabilização, caberá ao julgador impor as medidas que se apresentarem necessárias à situação e a sanção imposta deverá ser proporcional ao dano causado e ao caso concreto.

CONCLUSÃO

Os indivíduos que se tornam idosos, quando alcançam uma idade mais avançada, passam a perceber a mudança de comportamento da sociedade perante a sua existência, como se com o passar dos anos, tornassem menos necessários àqueles que por muito tempo foram úteis, enquanto tinham força de trabalho e atuavam de forma mais presencial na vida em sociedade.

Certo é que a sociedade não vê com tão bons olhos os idosos, tal qual nas primeiras civilizações se observava, isto porque o ideal socioeconômico mudou para que a produtividade se tornasse o fator principal na qualificação dos indivíduos. Ocorre que, além do desprestígio, o cometimento de violências contra esses indivíduos é motivo de preocupação.

Resultado da proteção Estatal foi a entrada em vigor da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso e trouxe mais ampla regulamentação dos direitos dos idosos no Brasil, em complemento com as disposições advindas da Constituição Federal de 1988 e dos documentos internacionais relacionados aos direitos humanos.

Além de firmar os direitos fundamentais dos indivíduos com mais de sessenta anos de idade, o Estatuto reserva em seus dispositivos a previsão de garantias de atendimento prioritário, acesso à justiça, até mesmo a imposição de medidas protetivas para resguardar a saúde física e mental das pessoas colocadas em situação de violência, tanto no ambiente familiar, como também perante a sociedade e em locais públicos.

Quando a violência atinge o indivíduo de forma significativa, enquadrando-se em uma conduta típica, haverá a aplicação de pena, após o desenrolar do devido processo penal, segundo a lei que o tipifica, seja o Estatuto do Idoso, com crimes específicos, assim como o Código Penal, com a imposição da agravante prevista no seu artigo 61, inciso II, alínea "h".

Portanto, a legislação não ignora a violação de direitos dos cidadãos, haja vista que existem consequências legais, as quais serão aplicadas quando devidamente comprovada a ocorrência de uma situação de violência contra o idoso no Brasil

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 09 de mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 09 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **TJ-DF 00037801420168070001 – Segredo de Justiça 0003780-14.2016.8.07.0002**, Relator: Humberto Ulhôa, Data de Julgamento: 17/06/2021, 1ª turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 24/06/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1237477543/37801420168070002-segredo-de-justica-0003780-1420168070002>>. Acesso em 12 de mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJ-MG – **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APR: 10021412424985001 MG**, Relator: Pedro Vergara, Data de Julgamento: 27/11/2018, Data de Publicação: 03/12/2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/654458540/apelacao-criminal-apr-10021412424985001>>. Acesso em 08 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. **TJ-GO – APR: 02380648720168090041**, Relator: Dr. Fábio Cristovão de Campos Faria, Data de Julgamento: 30/10/2018, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ 2637 de 29/11/2018. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/653820542/apelacao-criminal-apr-2380648720168090041>>. Acesso em 12 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **TJ-RS – AC: 70076972371 RS**, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Data de Julgamento: 19/07/2018, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 24/07/2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/911139651/apelacao-civil-ac-70076972371-rs>>. Acesso em 12 mar. 2022.

BRITO, Débora. Em 15 anos, **Estatuto do Idoso deu visibilidade ao envelhecimento**. Negligência e discriminação contra o idoso tornaram-se crimes. *Agência Brasil*, publicado em

01/10/2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-09/em-15-anos-estatuto-do-idoso-deu-visibilidade-ao-envelhecimento#:~:text=Criado%20pela%20Lei%2010.741%2C%20em,direitos%20espec%C3%ADficos%20para%20essa%20popula%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em 01 mar. 2022.

CORREA, Lorena Peixoto Nogueira Rodrigues; GOULART, Denise. **A proteção jurídica dos idosos no ordenamento brasileiro.** *Jusbrasil*, 2019. Disponível em <<https://advogadalorenacorrea.jusbrasil.com.br/artigos/862250701/a-protecao-juridica-dos-idosos-no-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em 08 mar. 2022.

COSTA, Deyvson Humberto da Silva. O direito à vida e a violência contra os idosos. *Revista Âmbito Jurídico*, 1 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-145/o-direito-a-vida-e-a-violencia-contra-os-idosos/>>. Acesso em 08 mar. 2022.

FALEIROS, V. de P. **Violência contra a pessoa idosa:** ocorrências, vítimas e agressores. Brasília: Universa, 2005.

FUENTES, Patrick. **Aumento de casos de violência contra idosos demonstra falta de políticas públicas.** *Jornal USP*, 06/08/2021. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/aumento-de-casos-de-violencia-contra-idosos-demonstra-a-falta-de-politicas-publicas/>>. Acesso em 08 mar. 2022.

<https://advogadalorenacorrea.jusbrasil.com.br/artigos/862250701/a-protecao-juridica-dos-idosos-no-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em 25 fev. 2022.

LIMA, Lorena. Breve histórico dos direitos dos idosos no Brasil e no mundo. *Jus.com*, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71311/breve-historico-dos-direitos-dos-idosos-no-brasil-e-no-mundo>>. Acesso em 25 fev. 2022.

RELAÇÃO DE PODER: UMA ANÁLISE DO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL ENTRE PROFESSOR E ALUNO

MORGANNA CRISTINE MACHADO MOREIRA.
Bacharelanda do curso de Direito na Universidade
UNIRG. Gurupi/TO³⁹.

LEONARDO TORRES⁴⁰.

(orientador)

RESUMO: Este estudo teve como objetivo discutir a possibilidade jurídica de aplicação do crime de assédio sexual nas relações entre professor e aluno. Tem-se notado o surgimento de casos onde os professores se aproveitam de sua condição para praticar atos de natureza sexual contra seus alunos, em sua grande maioria, mulheres. Dessa forma, se faz necessário que se discuta uma devida aplicação da norma penal para esses casos, ao qual entende-se que seja a do crime de assédio sexual, razão pelo qual essa pesquisa buscou discorrer. Na metodologia, este trabalho é de revisão da literatura, desenvolvido através de pesquisas feitas a partir de material já publicado, coletado na base de dados Google Acadêmico, Scielo, dentre outros, cujo critério de inclusão se destinava a obras de autores que discutiam o tema proposto. Nos resultados encontrados ficou evidente observar que ainda há uma divergência doutrinária a respeito de adequar o crime de assédio sexual na relação entre professor e aluno, por entender que não se trata de relação de poder e nem empregatícia. No campo jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já firmou entendimento afirmando que é possível aplicar o assédio sexual na situação analisada.

Palavras-chave: Assédio Sexual. Professor. Aluno. Consequências jurídicas.

ABSTRACT: This study aimed to discuss the legal possibility of applying the crime of sexual harassment in the relationship between teacher and student. It has been noted the emergence of cases where teachers take advantage of their condition to perform acts of a sexual nature against their students, most of whom are women. In this way, it is necessary to discuss a proper application of the criminal law for these cases, which is understood to be the crime of sexual harassment, which is why this research sought to discuss. In terms of methodology, this work is a literature review, developed through research made from already published material, collected in the Google Scholar database, Scielo, among others, whose inclusion criterion was intended for works by authors who discussed the topic proposed. In the results found, it was evident to observe that there is still a doctrinal divergence regarding the adequacy of the crime of sexual harassment in the relationship between teacher and student, as it is understood that it is not a relationship of power or

³⁹ E-mail: cristine_sud10@outlook.com.

⁴⁰ Advogado e docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG

employment. In the jurisprudential field, the Superior Court of Justice (STJ) has already established an understanding stating that it is possible to apply sexual harassment in the analyzed situation.

Keywords: Sexual harassment. Teacher. Student. Legal consequences.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dos crimes sexuais. 2.1 Assédio sexual: apontamentos gerais. 3. O assédio sexual entre professor e aluno. 4. Dos efeitos jurídicos. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O assédio sexual é o ato de constranger alguém com a vantagem ou intuito sexual, através de ameaças (indireta ou direta), piadas, ou outras ações, e que precisa da hierarquia para constituir o crime, onde existe o temor. Nota-se inicialmente que esse crime está ligado diretamente ao âmbito trabalhista, por corresponder a uma relação de superioridade entre as partes.

Ocorre que se tem verificado na esfera civil o surgimento de casos onde há indícios de assédio sexual no contexto educacional. É cada vez mais comum encontrar casos onde professores assediam de todas as formas seus alunos. Em razão dessa ocorrência, a sociedade juntamente com parte da doutrina jurídica, tem entendido que o assédio sexual deve ser aplicado nessas situações.

É de enorme importância que se discuta as formas que este crime se manifesta nas relações entre professor e aluno, bem como os efeitos jurídicos desse fato. Por essa razão, analisou-se o *modus operandi* dos assediadores nas salas de aula, assim como as consequências que isso traz às vítimas. Para melhor entendimento sobre a matéria, focou-se em observar a prática deste delito nas universidades, por entender que nesses locais os alunos (principalmente às mulheres) são mais propensos a serem vítimas.

Portanto, no decorrer desse estudo, buscou-se responder a seguinte problemática: qual o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito da aplicação do crime de assédio sexual na relação entre professor e aluno?

Desse modo, esta pesquisa teve o objetivo de discorrer a respeito do crime de assédio sexual no contexto da relação entre professor e aluno nas universidades. Tencionou mostrar o impacto que esse crime causa nas vítimas, bem como a sua devida penalização na norma brasileira.

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita

através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

Esta pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de março e abril de 2022.

2. DOS CRIMES SEXUAIS

Antes de se adentrar no respectivo tema, necessário se faz descrever algumas linhas a respeito dos crimes sexuais. O estudo sobre o crime sempre esteve presente no ramo jurídico. Como o Direito é antes de tudo uma ciência social, sendo o crime oriundo basicamente das relações entre os indivíduos, o crime e toda a sua esfera conceitual sempre foi objeto principal do Direito Penal.

Paralelamente a isso, é oportuno destacar a Criminologia, a qual possui um foco mais subjetivo e interdisciplinar ao se analisar a vítima, além do infrator e do seu crime. Por ser uma ciência menos normativa e mais substancial, insta mencionar o seu conceito:

(...) é uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa de estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime - contemplado este problema individual e como problema social -, assim como sobre programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem do delinquente (MOLINA, 1991, p. 33).

A Criminologia vai além do estudo da Criminalidade, já que estuda os crimes em seu cenário causal, tratando não apenas do delituoso, mas das razões pessoais e sociais que o levam a praticar tal crime (s). Também estuda os efeitos posteriores a efetivação do crime, além de também analisar o papel da vítima.

Ao se falar em crime, sabe-se de antemão que existem diversos tipos de crimes. Seja pela via tecnológica, política, financeira, homicida, administrativa, ambiental, civil, entre outros os crimes representam aquilo que vai contra a lei; uma conduta firmemente reprovativa, que não encontra aceitação nem da norma e nem da sociedade. Dentre os vários tipos de crimes existentes, o foco do presente estudo é, como se pode constatar, relativo a crimes sexuais.

Os crimes sexuais ou contra a dignidade sexual (termo usado atualmente) tem se tornado um assunto bastante debatido entre os doutrinadores jurídicos e de outras áreas, além da sociedade em geral. Parte dessa discussão vem do fato de os crimes sexuais terem

uma natureza individual e que envolve um instinto inerente a todo indivíduo: o instinto sexual.

Indo mais além:

Com a evolução do código penal brasileiro, o legislador deixou para trás valores que não significavam importância, como a virgindade e a honestidade, é claro que isso deriva do contexto histórico que cada um dos povos vivencia. Dando enfoque à tutela da liberdade sexual da pessoa humana, não importando, que esta seja homem, mulher, virgem, honesta, sob pena de desviar a proteção do bem jurídico tutelado. Com a retirada da elementar mulher, o crime passa de próprio a comum, permitindo, assim, que o homem também passe a ser considerado sujeito passivo do delito (COSTALONGA, 2017, p. 04).

Nota-se com isso, que o conceito de crime sexual abrange no pólo passivo tanto o homem quanto a mulher, não fazendo distinção entre si. O que representa um grande avanço, vide o fato da mulher até pouco tempo atrás ser considerada a grande vítima nesses crimes.

No Direito, em especial o Penal, os crimes sexuais estão elencados na parte especial, no título VI, Capítulo I e seguintes. Algumas modificações foram feitas com o advento da Lei 12.015/2009. Dentro do seu texto, punem-se aqueles que praticam o estupro, o tráfico de pessoas para fins de prostituição, do ultraje público ao pudor, entre outros.

Diante da literalidade dos artigos relativos aos crimes contra a dignidade sexual, tem-se:

TÍTULO VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual

CAPÍTULO I – Dos Crimes contra a Liberdade Sexual

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º. Se a conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 08 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º. Se a conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Violência sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Assédio sexual

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 2º. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

A par desses crimes, focaliza-se no crime de assédio sexual. De maneira simples, “a expressão assédio sexual caracteriza-se pela insistência importuna de um indivíduo, com o intuito de obter sexo. Esse ato imoral ofende a honra, a imagem, a dignidade e a intimidade da pessoa” (BRITO e PAVELSKI, 2018, p. 14).

De acordo com Belloni (2017, p. 31) “assédio sexual é a solicitação de favores sexuais, a prática inoportunas, ou comportamentos similares, por via de manifestações verbais ou físicas”.

Em outras palavras, esclarece Alexandre Agra Belmonte (2017, p. 157):

O indivíduo tem o direito de viver a própria sexualidade, com liberdade de escolha de suas preferências, parceiros e oportunidade de se relacionar. A liberdade de disposição do próprio corpo somente é vedada quando importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes (art. 13, do Código Civil). Caracterizam o assédio sexual os vários comportamentos do empregador ou de prepostos dele que, abusando da autoridade

inerente à sua função ou condição, pressionam o empregado para obtenção de favores sexuais. O valor atingido pelo assédio sexual é a liberdade. O constrangimento imposto tolhe a liberdade de escolha do parceiro e do momento, causando humilhação e ofensa à dignidade.

O mesmo autor ainda apresenta os requisitos para a configuração do assédio sexual:

- a) Sujeitos (assediante e assediado);
- b) Posição de ascendência do assediante em relação ao assediado;
- c) Conduta coercitiva através de chantagem ou intimidação, implícita, visando à inequívoca obtenção de favores sexuais.

(BELMONTE, 2017, p. 157)

Para Pamplona Filho (2016, p. 13) assédio sexual é “toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual”. No entendimento de Felker (2017, p. 228) o assédio sexual é como “uma relação de poder, aliado a um sentimento de onipotência, onde, não raro, o impulso sexual exerce função secundária”.

Num conceito mais amplo, tem-se:

[...] é o comportamento consistente na explicitação de intenção sexual que não encontra receptividade concreta da outra parte, comportamento esse reiterado após a negativa.

[...] O assédio sexual, por óbvio, é materializado em um comportamento comissivo do assediador, pelo que não se há de se pensar em assédio por omissão sob pena de a lógica ser agredida. [...] decisivo para o conceito de assédio sexual é o comportamento subsequente à não aceitação da proposta de índole sexual. [...] se a outra parte não se mostra inclinada a aceitar essa proposta e mesmo assim continua sendo abordada na mesma direção, nesse momento surge a figura do assédio sexual.

[...] E isto é assim porque nesse momento haverá uma agressão à esfera de liberdade do assediado que, naturalmente, não é obrigado a copular com quem não deseja.

(DAL BOSCO, 2016, p. 01)

Frente a esses conceitos, importante desmembrar as características e prerrogativas do crime de assédio sexual, a fim de melhor esclarecimento sobre a sua real configuração. Para isso, apresenta-se o tópico seguinte.

2.1 ASSÉDIO SEXUAL: APONTAMENTOS GERAIS

Muitas são as divergências acerca do crime de assédio sexual, principalmente no ambiente trabalhista. Com base no art. 216-A do Código Penal, o assédio sexual possui diversas características que o configuram como crime. Assim, devem-se esclarecer os requisitos essenciais para a configuração do assédio sexual, em especial no Trabalho.

A *priori*, encontram-se os seus sujeitos. O sujeito ativo do crime “é qualquer pessoa que ocupe posição superior ou tenha ascendência na relação laborativa sobre a vítima” (CARAMIGO, 2016, p. 01), ou aquele que pratica a ação delituosa. O sujeito passivo é quem sofre o delito, ou “deve ser o subordinado ou empregado de menor escalão” (CARAMIGO, 2016, p. 01).

Quanto a sua classificação, a doutrina majoritária entende como:

Trata-se de crime *próprio* (tanto em relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo, visto que a lei exige uma relação hierárquica ou de ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função), *plurissubsistente* (costuma se realizar por meio de vários atos), *comissivo* (decorre de uma atividade positiva do agente “constranger”) e, excepcionalmente, *comissivo por omissão* (quando o resultado deveria ser impedido pelos garantes – art. 13, § 2º, do CP), *de forma livre* (pode ser cometido por qualquer meio de execução, exceto a violência ou grave ameaça), *formal* (se consuma sem a produção do resultado naturalístico, embora ele possa ocorrer), *instantâneo* (uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga), *monosubjetivo* (pode ser praticado por um único agente), *doloso* (não há previsão de modalidade culposa), *não transeunte* (quando praticado de forma que deixa vestígios), ou *transeunte* – quando praticado de forma que não deixa vestígios (MAGGIO, 2014, p. 01).

O objeto jurídico do crime de assédio sexual “é a liberdade sexual, relacionada ao ambiente de trabalho, no sentido de a vítima não ser importunada por pessoas que se prevalecem da sua condição de superior hierárquico” (MAGGIO, 2014, p. 01).

As formas de praticar o crime de assédio sexual podem ser: verbal, física ou não verbal. Na ação verbal, “diz respeito aos convites reiterados para sair, pressões sexuais sutis

ou grosseiras, telefonemas obscenos, comentários inoportunos de natureza sexual, etc.” (OLIVEIRA, 2018, p. 08).

Na forma física, se caracteriza pelos toques, encurralamento dentro de algum ângulo, roçaduras, apertos, palmadas, esbarrões propositais, apalpadelas, dentre outros. E na forma não verbal “seria os olhares concupiscentes e sugestivos, exposições de fotos e textos pornográficos seguidos de insinuações, passeis frequentes no local de trabalho ou diante do domicílio da vítima, etc.” (OLIVEIRA, 2018, p. 08).

Em relação à consumação e a tentativa, tem-se:

O assédio sexual é crime formal, que se consuma sem a produção do resultado naturalístico, embora ele possa ocorrer. Consuma-se, portanto, no momento em que o agente constrange a vítima, independentemente da efetiva obtenção da vantagem ou favorecimento sexual visados. A tentativa é possível por se tratar de crime plurissubsistente (costuma se realizar por meio de vários atos), permitindo o fracionamento do *iter criminis*. É o que ocorre, por exemplo, quando o assédio tenha sido tentado na forma escrita, cuja correspondência, em razão de extravio, chega às mãos de terceira pessoa (MAGGIO, 2014, p. 03).

A conduta típica é representada pelo verbo constranger, que no caso do crime em tela, significa “incomodar, importunar, insistir com propostas à vítima, para que com ela obtenha vantagem ou favorecimento sexual, existindo, em regra, uma ameaça (não grave) expressa ou implícita relacionada a algum prejuízo” (MAGGIO, 2014, p. 04).

Aqui, o crime sexual consiste no ato de continuar insistindo numa situação em que a vítima evita e que não a corresponda. O agente força uma situação com o intuito de obter vantagem sexual, não tendo a vítima concordado. No crime sexual de assédio, o objetivo é sempre finalizar a ação com o ato sexual, através da insistência e do incômodo.

Sendo um dos crimes mais praticados atualmente, o assédio sexual é de difícil identificação, principalmente por parte da vítima, pois pode ocorrer de forma sutil e discreta, sendo muitas vezes confundido com outros crimes ou como “dar em cima”.

Por conta disso, a caracterização do assédio sexual só se torna efetiva, com a figura da insistência, das reiteradas abordagens sexualmente explícitas, ou de promessas infundadas e sem consistência, fazendo a vítima se sentir constrangida e coagida ou sem “opção”.

Por fim, cabe lembrar que o emprego da ameaça por si só não caracteriza o presente crime, tendo que haver mais características. Mas é comum o seu uso, entendida como não

grave. Nesse caso, segundo Greco (2012, p. 520) “essa ameaça deverá sempre estar ligada ao exercício do emprego, cargo ou função, deverá sempre estar vinculada a essa relação hierárquica ou de ascendência, como determina a redação legal”.

3. O ASSÉDIO SEXUAL ENTRE PROFESSOR E ALUNO

As relações humanas são consideradas complexas, devido as diferenças entre os indivíduos. No entanto, em determinados lugares as interações humanas, por serem mais próximas, acabam resultando em abusos e excessos. O ambiente laboral, por exemplo, é um ambiente propício para que haja problemas dessa natureza (CASTRO, 2021).

No contexto que se apresenta este estudo, encontra-se a relação formada entre o professor e o aluno. Tal contato é configurado como aquele em que, inserido no cenário educacional, o professor transmite o conhecimento técnico e prático ao aluno (aprendiz).

Essa dinâmica é uma das mais impactantes no ser humano, porque desde o início da infância, o indivíduo se relaciona com o professor, além do núcleo familiar. É ele quem irá auxiliá-lo no processo de aprendizagem. Em razão da importância que o professor possui, a relação entre as partes deve ser amplamente respeitosa e pautada na ética.

É cediço que a figura do professor carrega importância substancial no processo cognitivo de aprendizagem, com influência na formação da personalidade dos discentes, cabendo-lhe, por dever ético-profissional, zelar pela integridade psíquica e moral dos seus alunos. Essa prerrogativa é fundamentada conforme expressa o art. 226 da Carta Magna e art. 17 da Lei nº 8.069/90.

Entretanto, tem-se encontrado uma problematização nessa relação. Há um crescimento significativo de casos onde tem-se configurado abusos por parte do professor em relação ao aluno. Nessa seara, encontra-se o assédio sexual. Já explanado no tópico anterior, o assédio sexual tem ocorrido com bastante frequência nas salas de aulas brasileiras.

Ainda que não se tenha dados que reforcem essa afirmativa, pelas redes sociais (indicadores sobre a sociedade atual) e casos batendo diariamente à porta do Poder Judiciário, fica claro observar que a relação entre professor e aluno está indo além do processo de ensino-aprendizagem.

Fato é que os casos onde o professor abusa de seu poder enquanto profissional da educação para recriminar, perseguir e assediar alunos tem sido recorrente nos Tribunais nacionais. A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SUPOSTO CONSTRANGIMENTO ENVOLVENDO PROFESSOR E ALUNA. INTEGRIDADE PSÍQUICA DA ADOLESCENTE. LEI Nº 13.431/2017. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS

CAUTELARES. MANUTENÇÃO. NECESSIDADE. [...] 3. No caso em apreço, uma vez constatado nas provas até então trazidas aos autos de que, de fato, existiam brincadeiras por parte do ora recorrente com conotação sexual, que causaram constrangimento à vítima, se mostra adequada, ao menos por ora, a fixação de medidas protetivas contra o recorrente, evitando-se o possível contato com o suposto agressor, como forma de resguardar a integridade psíquica da adolescente, que se mostra preponderante na hipótese. 4. A manutenção da medida tal como imposta pelo juízo primevo, condudo, tem o condão de tornar inviável que o recorrente continue lecionando na escola onde os supostos fatos se passaram, visto que ele sequer poderia chegar a menos de 100 metros da vítima e, conseqüentemente, da própria instituição educacional, razão pela qual não há como legitimar-se a medida protetiva de proibição dele frequentar a citada escola nos momentos em que lá também estiver a adolescente, sob pena de violação aos direitos constitucionais do recorrente ao trabalho (art. 6º da CF/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88). 5. Logo, considerando que o alcance da medida protetiva não pode ser elástico a ponto de tolher a própria atuação profissional do acusado, comprometendo o sustento dele e de sua família, este deve ser mitigado em atenção aos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido para revogar a necessidade de observância de distância mínima no ambiente de trabalho do recorrente, mantidas a proibição de manter contato por qualquer meio com a adolescente e de aproximação nos demais locais. (Recurso em Sentido Estrito 0008098-97.2020.8.27.2700, TJTO. Rel. ADOLFO AMARO MENDES, GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES, julgado em 25/08/2020, DJe 23/09/2020 09:58:42)

Conforme mostrado acima, o docente, mesmo que impossibilitado de se afastar da sala de aula (ainda que comprovado a autoria do delito) ficou proibido de manter contato por qualquer meio com a adolescente e de aproximação nos demais locais da escola.

Se as relações entre alunos e professores são complexas, elas ainda são mais acentuadas quando analisadas no espaço das universidades e faculdades. Nesses locais, impera uma interação mais próxima, vide o fato de estar lidando com um público majoritariamente adulto, e com poder de comunicação mais igualitário.

Ao explicitar sobre o ambiente universitário e sua relação com o assédio sexual, Linhares e Laurenti (2019) explicam que dentro do contexto educacional, impulsionado por

questões de gênero, onde o homem é o dominante sobre a mulher, há inúmeros casos de ocorrência de trotes violentos, casos de assédio sexual e moral, além de estupros e até mesmo assassinatos. Em sua grande maioria, as principais vítimas são as universitárias.

Segundo Almeida (2017), nas universidades o professor exerce papel de autoridade, de líder, por meio da sua avaliação e da sua participação no processo de aprendizagem. Por conta disso, as suas ações são consideradas como modelo para a reavaliação de condutas machistas e sexistas dos alunos. Dessa forma, quando se encontram casos onde os professores assediam alunas (os), há nesse fato uma perpetuação de práticas a serem possíveis de continuarem a serem realizadas por parte dos demais alunos.

Linhares e Laurenti (2019) ainda ressaltam que os professores universitários usufruem de privilégios (inerentes à profissão) dentro desses estabelecimentos de ensino, o que os ajudam a ter maior controle coercitivo, manipulando reforçadores e punidores associados ao domínio acadêmico com a função de silenciar e ameaçar as alunas, dificultando a denúncia por parte delas.

Costa (2016), destaca que os casos de assédio sexual de professores em desfavor de alunas são encaradas pelo corpo diretivo das universidades de modo muito burocrático, o que dificulta a execução de ações rápidas de punição e prevenção, resultando na sensação de impunidade e continuidade dessa prática.

O *modus operandi* dos professores nos campus universitários pode ser configurado de várias formas. Vão desde a insultos, indiretas ou “brincadeiras” e piadas, até chegar no assédio mais agressivo e físico. Nos primeiros casos, muitos professores, por meio de brincadeiras de cunho sexual e piadas constrangem às universitárias. Como menciona Almeida (2017, p. 396):

Expressões verbais e gestuais que menosprezam, desvalorizam, criticam de modo negativo e pejorativo as mulheres, em especial em sala de aula, por professores, não podem ocorrer. Estas expressões, ditas às vezes em tom de brincadeira e de meras piadas, são, na verdade, expressões de violência simbólica e moral, que acabam por constranger, intimidar, humilhar, desconsiderar, ferir a dignidade de uma mulher (seja aluna, professora ou funcionária) ou mesmo de todo o contingente social identificado como mulheres.

Em alguns casos, o professor se utiliza dos mecanismos da sua profissão para iniciar um contato mais próximo e íntimo com a aluna. Segundo McMahon et al. (2019) os professores no geral, iniciam uma aproximação falando sobre a matéria, convidando as alunas para participar de projetos de pesquisa, etc. Uma vez formalizada essa relação, o professor vale-se da condição de dominação para emitir comentários de natureza sexual.

Após esse processo inicial, o comportamento abusivo dos professores começam a ganhar contornos mais conspícuas e agressivos, na forma de contato físico (toque, por exemplo). A partir daí, entende-se que o assédio sexual se materializa (McMAHON et al. 2019).

Costa (2016) também menciona uma ação muito comum cometida pelos professores nas universidades: o “sexo” em troca de aprovação. Como bem relata esse autor, os professores geralmente desqualificam as alunas em relação ao meio acadêmico, propondo sexo em troca de notas. *In casu*, as alunas devem acatar o que o professor disser com a função de fugir ou evitar o contato com eventos aversivos manipulados pelo professor.

Linhares e Laurenti (2019) trazem a discussão, o fato de que em caso de negativa por parte da acadêmica, poderá trazer como consequência a sua reprovação ou ameaça de reprovação. Para evitar esse imbrólio, muitas acabam aceitando (a contragosto) as investidas sexuais dos seus professores.

Os efeitos do assédio sexual nas universidades, obviamente são nocivos. Castro (2021) cita que o principal efeito do assédio sexual sofrido pelas alunas é a queda do desempenho acadêmico. Ou seja, há uma redução na aprendizagem e dificuldade de compreensão dos conteúdos expostos em sala de aula.

Almeida (2017) acrescenta que os danos vão além do espectro acadêmico, chegando aos efeitos psicológicos. A autora menciona que as vítimas de assédio sexual nas universidades se tornam mais duvidosas de terem um relacionamento romântico equilibrado e duradouro, ficam mais tímidas e temerosas, menos confiantes e confusas sobre si mesmas e em relação a seus pares. Resumindo, o assédio sexual afeta o desempenho acadêmico e o equilíbrio psicológico e social das vítimas.

Com base nisso, o Direito não poderia se ausentar na responsabilização de penalizar e prevenir esses atos. Para isso, discute-se no tópico seguinte o posicionamento doutrinários e jurisprudencial sobre a presente matéria.

4. DOS EFEITOS JURÍDICOS

No decorrer dessa pesquisa ficou claro constatar que o assédio sexual entre professor e aluno é bastante comum nos estabelecimentos de ensino, em especial nas universidades. Em que pese esse fato, o Direito vem ao longo dos últimos anos discutindo a penalização correta para essa situação.

No âmbito jurídico, há uma divergência doutrinária a respeito da adequação do art. 216-A aos casos de assédio sexual em sala de aula. Numa primeira corrente, acredita-se que não há de se falar no crime em comento nas relações dentro de sala de aula, vide o

fato de que não existe uma hierarquia ou superioridade inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, conforme alude o presente artigo penalista.

Nesse entendimento, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2020) entende que as situações que envolvam mestre e estudante não configuram assédio, pelo fato de o aluno não exercer emprego, cargo ou função na instituição de ensino que frequenta. Assim, por mais que a relação entre docente e discente possa ser considerada de ascendência do primeiro no tocante ao segundo, não se trata de vínculo de trabalho.

Bitencourt (2019) segue na mesma linha do supracitado autor, ao entender que o mais próximo que o delito pode chegar nesse caso é quando há a configuração da relação entre o professor contra seu (sua) secretário (a) ou assessor (a), ou ainda quando o professor for vítima, se constrangido pelo seu superior ou empregador.

Por fim, entende Gomes (2002) que o assédio sexual só acontece no cenário de ascendência inerente a algum emprego, cargo ou função, de modo que o professor particular, que leciona como profissional autônomo, não tem como cometer o crime.

Nota-se que essa corrente se baseia no próprio texto do artigo ao elencar as condicionantes para a sua implantação: "prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função" (BRASIL, 2009). Possui raiz no Direito do Trabalho, como já mostrado anteriormente, o que não se verifica na relação entre professor e aluno

Em contrapartida, há os que entendem que é possível aplicar o assédio sexual entre professor e aluno. Para Jesus (2020) existe essa possibilidade desde que a conduta imputada como assédio seja inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.

Capez (2019) por sua vez entende que o professor que assedia um aluno, ameaçando-o no desempenho escolar, constrangendo-o com a possibilidade de reprovação, comete o delito por delinear uma evidente relação de sujeição típica do assédio sexual. Em contrapartida, nos cursos preparatórios para vestibular ou concursos, o autor acredita que somente é possível o assédio, se existir algum meio de coerção, como a ameaça de prestar informações inconvenientes acerca do candidato.

Da mesma forma que na doutrina jurídica, encontrou-se posicionamentos divergentes sobre a presente matéria na jurisprudência. Inicialmente os tribunais tem entendido pela não aplicação do assédio sexual na relação entre professor e aluno. Nesse caso, apresenta-se a jurisprudência:

APELAÇÕES CRIMINAIS. DEFESA E ACUSAÇÃO. ASSÉDIO SEXUAL DE MENOR DE 18 ANOS (ARTIGO 216-A, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). RELAÇÃO PROFESSOR-ALUNO. **O assédio sexual dirigido a aluno, por professor, em ambiente escolar, não caracteriza o crime**

previsto no artigo 216-A do Código Penal, por ausência da condição especial descrita no tipo, qual seja: a relação de hierarquia ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, sendo vedado dar interpretação extensiva à norma penal incriminadora. (...) (TJ-GO – APR: 979276520158090049, Relator: DES. LEANDRO CRISPIM, Data de Julgamento: 25/04/2017, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2408 de 18/12/2017).

Apesar desse entendimento, recentemente a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de ser possível que o assédio sexual possa ser configurado em sala de aula; a saber:

RECURSO ESPECIAL. **ASSÉDIO SEXUAL. ART. 216-A, § 2º, DO CP.** SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. HARMONIA COM DEMAIS PROVAS. **RELAÇÃO PROFESSOR-ALUNO.** INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Na espécie, o debate se resume à aplicação jurídica do art. 216-A, § 2º, do CP aos casos de assédio sexual por parte de professor contra aluna. 2. O depoimento de vítima de crime sexual não se caracteriza como frágil, para comprovação do fato típico, porquanto, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a palavra da ofendida, nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. 3. Insere-se no tipo penal de assédio sexual a conduta de professor que, em ambiente de sala de aula, aproxima-se de aluna e, com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, toca partes de seu corpo (barriga e seios), por ser propósito do legislador penal punir aquele que se prevalece de sua autoridade moral e intelectual – dado que o docente naturalmente suscita reverência e vulnerabilidade e, não raro, alcança autoridade paternal – para auferir a vantagem de natureza sexual, pois o vínculo de confiança e admiração criado entre aluno e mestre implica inegável superioridade, capaz de alterar o ânimo da pessoa constrangida. 4. É patente a aludida “ascendência”, em virtude da “função” desempenhada pelo recorrente – também elemento normativo do tipo –, devido à atribuição que tem o professor de interferir diretamente na avaliação e no desempenho acadêmico do discente, contexto que lhe gera, inclusive, o receio da reprovação. Logo, a “ascendência” constante do tipo penal objeto deste recurso não deve se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes.

Interpretação teleológica que se dá ao texto legal. 5. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ – REsp 1759135/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, Data de Publicação: DJe 01/10/2019)

Conforme verifica na decisão acima, o referido tribunal superior considerou que o legislador, ao formular o tipo penal, objetivou a punição também daquele que se prevalece da condição de docente, para obter vantagem sexual. Com efeito, a relação entre mestre e aluno está presente na vida da maioria das pessoas, da infância à vida adulta, sendo dotada de expressiva reverência e vulnerabilidade para o educando.

Tal influência é tão significativa, que o ministro Schietti em seu voto afirma que o vínculo de confiança e admiração entre professor e aluno pressupõe inegável superioridade, capaz de “alterar o ânimo da pessoa perseguida”. Esse poder pode interferir diretamente no desempenho acadêmico do discente, caso ocorra assédio sexual ou outra forma de assédio.

Insta salientar que o STJ através de interpretação teleológica – que se objetiva em entender a lei - compreende que o termo “ascendência” não pode ser limitada a apenas numa relação de emprego entre as partes.⁴¹

Com base no exposto, essa pesquisa caminha no mesmo entendimento de Capez (2019) e do STJ, ao afirmar que o assédio sexual ocorrido dentre de sala de aula por professor e aluno é plenamente possível. Não é raro encontrar casos onde alunos sofram com as investidas indesejadas de professores, que utilizam de seu poder dentro da sala de aula para obter vantagens sexuais. Isso foge completamente do intuito de educar e de passar conhecimento e da própria natureza da profissão de educador, uma das mais nobres da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes de assédio sexual estão nas manchetes jornalísticas diariamente. Inúmeras são as vítimas que no ambiente laboral passam por situações de humilhação, e escárnio, além de se submeterem a atos que agredem a sua dignidade sexual.

Normatizado pelo art. 216-A do Código Penal, o assédio sexual sempre esteve ligado à área trabalhista, uma vez que para a sua configuração é preciso que haja a

41 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta turma. Informativo de jurisprudência, Brasília, DF, n. 658, p. 20-21, 8 nov. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0658.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, características inerentes à relação de trabalho.

No entanto, a realidade social novamente vem trazendo novas configurações às práticas penais. No caso aqui estudado, estar-se falando do assédio sexual ocorrido entre professor e aluno, principalmente nas universidades. Essa relação há muito tem sido pauta de discussões em razão da frequência com que professores tem-se utilizado de sua influência frente aos discentes para praticar atos contrários ao seu ofício, que no caso é o assédio sexual.

O que ficou claro no estudo é que na relação entre as partes há uma notória “ascendência” do professor com seus alunos, haja vista que ele possui o poder de aprovação e reprovação do mesmo, além de outros atributos. Ao utilizar dessa prerrogativa, muitos educadores assediam seus alunos com o intuito de satisfazer as suas vontades, seja elas morais ou sexuais.

Em que pese as divergências doutrinárias a esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já emitiu entendimento de que é possível penalizar o professor em sede de assédio sexual. Para esse tribunal superior, a relação de confiança e admiração estabelecida entre esses indivíduos, implica inegável superioridade, ao ponto de modificar o ânimo da pessoa assediada.

Ainda que esse estudo corrobore com esse entendimento, fica a menção ao fato de que é preciso ter cautela ao dar interpretação extensiva à norma penal aqui discutida. O vínculo de confiança e admiração existente entre professor e aluno não pode ser, por si só, capaz de mudar o ânimo deste, além do fato de que essa relação não é empregatícia.

De todo modo, firma-se convicção que a depender do caso concreto, deve-se aplicar as penalidades do assédio sexual, para que as vítimas possam ser devidamente justicadas, com base nos efeitos nocivos que certamente terão e o assediador penalizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, T. M. C. **Violências contra mulhe-res nos espaços universitários**. In S. Oliveira, C. Portela, E. Silva, C. Stevens, & V. Zanillo (Orgs.). *Mulheres e violências: Interseccionalidades* (pp. 384-399). Brasília: Technopolitik, 2017.

BELLONI, Márcio. **O Dano Moral no Direito do Trabalho**. 2017. Disponível em: <http://www.endividado.com.br/faq_det-7,27,417,dano-moral-dano-moral-no-direito-do-trabalho.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos Morais no Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRITO, Myla Marcellino; PAVELSKI, Ana Paula. **Assédio Sexual no Direito do Trabalho: A reparação do dano e o ônus da prova**. 2018. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/assedio_sexual_no_direito_do_trabalho.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 359-H**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3. p. 148.

CARAMIGO, Denis. **Assédio sexual: um crime muito falado, mas pouco conhecido**. 2016. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9633/Assedio-sexual-um-crime-muito-falado-mas-pouco-conhecido>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CASTRO, Jeniffer Soares de. **A exposição nas redes sociais de assédio sexual praticado por professor contra aluno: o embate entre a liberdade de manifestação da vítima e a honra do agressor**. 2021. 99 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

COSTA, M. B. **(Re)pensando o abuso sexual em contexto universitário: Afeto, compartilha-mento e a construção de fatos**. Monografia de Bacharelado em Ciências Sociais. Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília. Brasília, 2016.

DAL BOSCO. Maria Goretti. **Assédio Sexual nas relações de trabalho**. 2016. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2430>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III**. São Paulo: Impetus, 9ª ed., 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do assédio sexual (10.224/01): primeiras notas interpretativas**. In: JESUS, Damásio de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). Assédio sexual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 76-77.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública: arts. 184 a 288-A do CP**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3. p. 154.

LINHARES, Yana; LAURENTI, Carolina. **Uma análise de relatos verbais de alunas sobre situações de assédio sexual no contexto universitário**. *Perspectivas Em Análise Do Comportamento*, 9(2), 234–247. 2019.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **O crime de assédio sexual**. 2014. Disponível em: <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942480/o-crime-de-assedio-sexual>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

McMAHON, S., WOOD, L., CUSANO, J., MACRI, L.M. **Campus sexual assault: Future directions for research**. *Sexual Abuse*, 31(3), 270-295. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Laura Machado de. **O assédio sexual sob a ótica trabalhista: um estudo comparado ao direito penal**. *Cognitio Juris*, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2018. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/07.html>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

O USO DE ANIMAIS EM TESTES DE COSMÉTICOS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

CRISTHYANE VANZETTO NETO REZENDE:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).⁴²

LUCIANA VENTURA⁴³

(orientadora)

RESUMO: A proteção jurídica dos animais no ordenamento jurídico Brasileiro ainda é um processo de ampla discussão, a questão entorno desse âmbito é se os animais são considerados ou não sujeitos de direito. Cientificamente, os animais possuem a capacidade de sentir dor, são sencientes. Apesar das leis protetivas, os animais sofrem com ações de crueldade e maus-tratos. Nesse contexto, existem métodos alternativos para a testagem de cosméticos, dispensando assim o uso de animais para essa finalidade. Como problema central, a pesquisa parte do questionamento se a prática de testes em animais para produção de cosméticos baseada na Lei Arouca, fere o art. 225, §1º, VII da CF/88. Com base nessa proposição, o objetivo do estudo busca verificar se a Lei Arouca viola o inciso VII, § 1º, artigo 225, CFRB/98, ao permitir a utilização de animais para testes em cosméticos. O método utilizado é o hipotético dedutivo, o qual partirá de um problema formulado que gerará hipóteses positivas e negativas que se entrelaça com o método dedutivo para confirmar a hipótese responderá o problema, o qual partirá de teorias e conceitos gerais (da doutrina e jurisprudência). Os procedimentos metodológicos utilizados para a pesquisa jurídica foram levantamentos de pesquisa bibliográfica com fins descritivos e formas documentais. Os fatores resultantes indicam que apesar da proteção jurídica dos animais perante a Constituição, muitas práticas de crueldade ainda são realizadas em experimentos científicos, a partir das bases documentais consultadas conclui-se que, a CF/88 veda qualquer tipo de ato de crueldade, assim, a lei Arouca ao propor procedimentos relacionados ao uso de animais em experiências científicas fere os princípios Constitucionais ao permitir o uso de animais em experimentos.

Palavras-chave: Senciência. Teste em Animais. Ordenamento Jurídico. Proteção Animal.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Senciência animal: aspectos legais e doutrinário; 3. A visão protecionista da constituição federal de 1988 em relação a proibição de prática cruel contra os animais; 4. A legislação infraconstitucional que proíbe os maus tratos em animais: a lei

⁴² E-mail: cristhyanevanzetto@gmail.com

⁴³ Mestre em Direito e Políticas Públicas. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: luciana.ventura@unest.edu.br

n. 9.605/98 em seu art. 32; 5. A contradição do art. 14 e §1º da lei n. 11.794/2008 em relação a proteção constitucional e da lei de crimes ambientais; 6. Os prós e contras do uso de animais para testes das indústrias; 7. O posicionamento do stj e do stf sobre a legislação que proíbe o uso de animais em testes da indústria de cosméticos; 8. A possibilidade da substituição dos testes em animais fundamentados no princípio dos "3 rs"; 9. Considerações finais; 10. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em relação a proteção animal sob a perspectiva infraconstitucional, existem leis que vigoram desde a Constituição Federal/88 com destaques específicos à proteção do ambiente. Os animais em sua maioria são considerados sem importância por grande parte da sociedade, sendo tratados como objetos utilitários. No viés doutrinário, existem os contras e os prós sobre a proteção animal e os testes em indústrias. Para Singer (1993) os animais são seres sencientes capazes de sentir dor e quando submetidos aos testes de cosméticos sentem desconforto de diferentes graus. Visões protecionistas desde a CF/88 vigoram proibindo a prática de crueldade contra os animais. Na concepção de Napoli (2013), o reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direito não necessariamente implica considerá-los pessoas humanas, ou estender a eles os mesmos direitos legais dos humanos, antes, é uma maneira de extinguir a crueldade e o abuso contra esses animais.

Nesse sentido, "O uso de animais em teste de cosméticos a luz do ordenamento jurídico Constitucional Brasileiro", possui como problema central, o questionamento se a prática de testes em animais para produção de cosméticos baseada na Lei Arouca, fere o art. 225, §1º, VII da CF/88.

O tema aparece na utilização de animais em testes casada com a possibilidade do ferimento ao texto Constitucional, quanto a proibição de práticas cruéis para com esses seres, baseada em lei infraconstitucional. A delimitação do tema surge quando se volta o estudo não para todos os tipos de testes realizados nas indústrias, mas em especial para a produção de cosméticos.

Justifica-se o estudo para que seja reforçado o ato inconstitucional praticado no uso de animais para realização de testes na indústria cosmetológica, produzindo-se material acadêmico que possa demonstrar com fundamentos legais e jurisprudenciais onde se constitui tal ferimento na CF/88.

Portanto, o objetivo é verificar se a Lei Arouca viola o inciso VII, § 1º, artigo 225, CFRB/98, ao permitir a utilização de animais para testes em cosméticos.

Na ação de concretizar o objetivo proposto, as pautas específicas foram demonstrar que os animais são seres sencientes e que existem métodos alternativos para a testagem de cosméticos. Baseado nisso, a descrição de argumentos doutrinários referentes a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da realização dos testes de cosméticos em animais e os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a legislação que aborda a testagem de cosméticos em animais se tornaram primordiais para a discussão.

O método utilizado é o hipotético dedutivo, o qual partirá de um problema formulado que gerará hipóteses positivas e negativas que se entrelaça com o método dedutivo para confirmar a hipótese, ou trazer à tona a hipótese certa ao caso, sendo o método hipotético-dedutivo o meio de junção dos métodos mencionados para buscar evidências empíricas e sobrepô-las com estudos técnicos já confirmados teorias e conceitos gerais (da doutrina e jurisprudência) e os procedimentos metodológicos utilizados foram de pesquisa jurídica básica, qualitativa, explicativa, foram levantamentos de pesquisa bibliográfica e formas documentais.

Conforme a temática proposta, a pesquisa está dividida em títulos, sendo os primeiros voltados à análise demonstrativa sobre a senciência animal, com abordagem de aspectos legal e doutrinário, na sequência, serão discutidos tópicos a respeito da visão protecionista da Constituição Federal de 1988 em relação a proibição de prática cruel contra os animais e posteriormente a legislação infraconstitucional que proíbe os maus tratos em animais: a Lei n. 9.605/98 em seu art. 32.

Seguindo os demais títulos, há a abordagem quanto a contradição do art. 14 e §1º da Lei n. 11.794/2008 em relação a proteção Constitucional e da Lei de Crimes Ambientais, na sequência, serão discorridos sobre os prós e contras do uso de animais para testes das indústrias cosméticas. Em seguida, alguns pontos relacionados aos posicionamentos do STJ e do STF sobre a legislação que proíbe o uso de animais em testes da indústria de cosméticos estão descritos. Para fechamento do segundo capítulo serão apresentados argumentos de possibilidade da substituição dos testes em animais fundamentados no Princípio dos "3 Rs".

Para elaboração do estudo proposto foram utilizados doutrinadores que atuam na escrita da proteção animal, filósofos, juristas, ao exemplo de Singer, Medeiros, Diniz, Baamonde entre outros.

2 SENCIÊNCIA ANIMAL: ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIO

A filosofia dos direitos dos animais expandiu notoriedade em 1859 quando Darwin apresentava em sua teoria da seleção natural elementos que sustentariam mais adiante fatos concretos sobre as emoções, tanto em animais quanto no homem, foi quando lançou respectivamente a obra "A expressão das emoções no homem e nos animais" no ano de

1872. Darwin sustenta que assim como o homem, os animais se expressam por intermédio de sensações, raiva, medo dentre outros aspectos. (DARWIN, 2009).

Nesse mesmo recorte histórico, Darwin (2009) afirma que, as ações reflexas quando são direcionadas para uma finalidade, no decorrer do tempo podem ser moldadas, para outras finalidades, dessa maneira as expressões tendem a ser adaptativas. Assim, Darwin exemplifica utilizando associações dos animais inferiores e os movimentos habituais. Por exemplo, um cavalo quando está em um passeio faz movimentos parecidos como de andar, ou seja, marcha. Ou quando estão com ansiedade pela alimentação em estábulos começam a pisotear o chão. Esses exemplos são sinais expressivos, seja de impaciência ou qualquer outra emoção, movimentos parecidos com os dos humanos.

O filósofo utilitarista Cohen (1986) atesta que os animais não são dotados de moral como o ser humano, entretanto considera os animais sencientes. Singer (1993) também define os animais como seres sencientes capazes de sentirem dor, defende o utilitarista que não se justifica usar a teoria de mesma espécie para categorizar os seres humanos como seres de moral superior. Segundo Singer (1993, p. 42) se os seres humanos utilizam por princípio a igualdade com seres da mesma espécie então: “[...] teremos também de o aceitar como base moral sólida das relações com aqueles que não pertencem à nossa espécie, os animais não humanos”. Como consequência condicional, então os animais possuíam moral.

Sustentando a teoria de Darwin sobre essa evolução das finalidades dos animais, Baamonde (2013) detalha um estudo realizado por cientistas da Universidade de Montreal no ano de 2010 sobre as expressões da percepção de dor em animais, teste realizado em camundongos mostraram através de gestos faciais que também sentem dor. Silva e Junior (2020) explicam que a senciência constitui na capacidade de sentir emoções, prazer, dor. Essa sensação está ligada a atividade cerebral relacionada a habilidade, inteligência e consciência.

Salienta Rosa (2016) que, umas das características primordiais de reconhecimento da senciência pauta-se na dor. Esse ponto leva ao debate sobre o animal não humano e o respectivo direito protetivo. “Na atualidade, a doutrina tem entendido que nos animais vertebrados, por possuírem sistema nervoso central, a capacidade de sentir existe, de tal modo que os animais que fazem parte do dia a dia do ser humano” (p. 339). Baseado nessas assertivas, algumas leis vigoram e outras estão em processo de trâmites no país.

Na Constituição Federal de 1988 no art. 225 têm-se a prerrogativa legislativa que assegura a proteção animal, afirma Brasil ([2022], não paginado) que;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

[...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A Lei Federal de n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 trata no art.32 sobre a prática do abuso, maus-tratos, a respeito da mutilação e ferimento contra os animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. (BRASIL, 1998).

À vista disso, está em processo de tramitação, no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLS 631/2015) que apresenta a ementa relacionada ao Estatuto do Animal, nessas respectivas leis é assegurado à proteção à vida e ao bem-estar, bem como a vedação de práticas com configurações de crueldade, ocasionando tais atos em penalidades. Anterior a esse processo em tramitação, visões protecionistas desde a CF/88 vigoram proibindo a prática de crueldade contra os animais.

3 A VISÃO PROTECIONISTA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM RELAÇÃO A PROIBIÇÃO DE PRÁTICA CRUEL CONTRA OS ANIMAIS

Em 2020 foi sancionada a Lei n. 1.095/2019 que tem como objetivo o aumento da punição contra maus-tratos a animais. A pena varia entre dois a cinco anos, é valido ressaltar que essas pautas já constam no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais 9.605/98, mas antes a pena de reclusão era menor. (BRASIL, 2020).

Na concepção de Medeiros, Neto e Petterle (2016, p. 67-68):

O Brasil, hoje, se encontra na primeira posição em patrimônio de biodiversidade, sendo parte considerável desse patrimônio, o grupo de animais não-humanos. Os animais não-humanos formam um grupo heterogêneo e que recebe *proteção* diferenciada. A própria Constituição, de uma maneira ou de outra, sustenta essa diferenciação. [...]. No concernente à evolução da proteção ambiental no constitucionalismo brasileiro é inegável, após a análise das Cartas Constitucionais, que a referência ao tema na história constitucional brasileira tem evoluído sobremaneira. Parte-se de um modelo

constitucional que nada disciplinava acerca da proteção ambiental até alcançarmos nível de amparo e de conscientização de proteção do ambiente, regrado pela Constituição vigente.

Consolida a Constituição Federal a afirmativa de vedar qualquer atividade com intento de crueldade. “Por mais que a comunidade jurídica queira estabelecer a condição antropocêntrica do Direito, não há como negar que a Lei Maior reconhece expressamente a condição de senciência dos animais”. (MEDEIROS; NETO; PETTERLE, 2016, p. 72). Logo, a CF/88 mostra a visão protecionista.

De acordo com Júnior (2020) o Brasil é um país que apresenta no corpus Constitucional um direito animal positivo, haja vista que, além de proibir constitucionalmente atos de crueldade também traça o ordenamento jurídico infraconstitucional, onde esse é formado por meio da Constituição. Na visão de Júnior (2020, p. 53):

Como todo ramo jurídico, o Direito Animal tem seu horizonte utópico: a abolição de todas as formas de exploração humana sobre os animais. No entanto, também conhece seus limites contemporâneos. Se o ordenamento constitucional não alberga o abolicionismo animal, o Direito Animal trabalha nas fronteiras das suas possibilidades para garantir a existência digna dos animais submetidos à pecuária e à exploração industrial. Ainda que não se possa garantir, do plano legislativo, o direito à vida dos animais submetidos às explorações pecuária e pesqueira, isso não lhes retira a dignidade própria como indivíduos que sofrem, nem o seu direito fundamental à existência digna, posta a salvo dos meios cruéis utilizados no processo produtivo.

Em conformidade com o excerto, Napoli (2013), aborda que o reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direito não significa considera-los pessoas humanas, ou estender a eles os mesmos direitos legais dos humanos; antes, é um modo de fazer cessar as crueldades e abusos cometidos contra eles. Ademais, encará-los como sujeitos de personalidade jurídica autônoma garante não apenas direito à vida, mas também direito à integridade e à saúde, especialmente frente à utilização de animais em testes pela indústria de cosméticos. Afirmam Marques, Morales e Petroianu (2009, p. 72) que “Deve-se ter cautela ao analisar uma lei, pois o que não é dito é tão importante quanto o que é determinado, positivamente ou orientando negativamente a conduta do ser humano na sociedade”.

Portanto, a CF/98 veda as atividades que envolvem atos de crueldade, e nesse sentido, outras legislações também proibem os maus tratos a animais.

4 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL QUE PROÍBE OS MAUS TRATOS EM ANIMAIS: A LEI N. 9.605/98 EM SEU ART. 32

De forma geral, o bem-estar com êxito é o processo positivo em que os animais recebem o tratamento adequado, sendo a escala definida como bom ou ruim. As liberdades listadas que definem essas características de bem-estar são, a liberdade nutricional, sanitária, comportamental, psicológica e ambiental. (AMARA, 2012). Nessa perspectiva, certifica Marques, Morales e Petroianu (2009) que ausência do bem-estar animal acarreta maus-tratos. Em consequência, “[...] por compreenderem uma série de situações que envolvem o manejo e o cuidado de animais vivos, os maus-tratos podem ser relacionados com o grau de bem-estar do indivíduo, de maneira inversamente proporcional”. (HAMMERSCHMIDT, 2017, p. 46).

Perante a legislação, maus-tratos é crime, sendo enquadrado em termos de crueldade. É justamente nesse sentido que o Artigo 225 da Constituição Brasileira é vigente, em concomitância com a Lei Ambiental 9.605 de 1998, agem como proteção jurídica dos animais. De valia, na Constituição o direito animal busca manter a dignidade animal e com regras legislativas proibir a crueldade. (JÚNIOR, 2020).

De maneira abrangente e realista, a Lei de n. 9605/98 apresenta um *corpus* de regulamentação evolutivo na legislação brasileira. Dispõe de sanções administrativas e penais, quando o risco é iminente ao meio ambiente. (MARQUES; MORALES; PETROIANU, 2009). Na concepção de Hammerschmidt (2017) a partir de pressupostos técnicos, os maus-tratos se definem como ações negligenciosas, de cunho direto e indireto, se enquadrando em agressão, ou outras possíveis ameaças que representem atos contrário ao do bem-estar animal.

A exemplo desse enredo o caso do Instituto Royal, ocorrido no ano de 2013 no Estado de São Paulo, levantou questões de debates sobre os direitos dos animais na sociedade, conforme o G1 de Sorocaba, na pauta, as denúncias apresentadas apontavam para os maus-tratos, testes de produtos de cosméticos e farmacêuticos e outras ações ilegais (G1, 2013a). Para o Conselho Federal de Medicina Veterinária (CRMV, 2020), em termos de regulamentação, a resolução mais contemporânea foi em 2018, de n. 1.236 que trata da conduta relacionada a veterinários (as) e zootecnistas na avaliação de crueldade, abuso e maus-tratos em animais.

Justifica - se assim, o CRMV (2020, não paginado):

Pela primeira vez, uma norma brasileira trouxe conceitos claros, diferenciando as práticas, visando auxiliar os profissionais que atuam em perícias médico-veterinárias, fortalecendo a segurança jurídica, e servindo de referência técnica-científica para decisões judiciais relacionadas aos maus-tratos praticados contra animais. Sua

repercussão extrapolou as fronteiras das profissões e alcançou a sociedade, reverberando como referência legislativa. Desde que foi publicada, seus efeitos têm gerado impacto e valor público.

A normativa federal presente na resolução 1236/18 CRMV: Art. 2º e 5º, inciso III de ambos trata justamente sobre maus-tratos e crueldade. Define-se maus-tratos no Art.2º Inciso III, como qualquer ação de sentido direto/indireto, de teor comissivo/passivo, ou que demonstre intenção em prática de negligência, imperícia ou imprudência, e demais atos que possam causar sofrimento ao animal. O Art.5º explana sobre as considerações relativas aos maus-tratos, abrangendo no inciso III que a agressão física ou a ação que cause dor, sofrimento ou dano ao animal configura-se em maus-tratos. (BRASIL, 2018a). Segundo o ponto de vista de Diniz (2018, p. 157) “Deve haver, portanto, uma preocupação ético-jurídica em relação aos animais por serem sencientes, suscetíveis de sentirem dor”. Ou seja, os animais devem ser tratados como sujeitos de direitos.

Configurando o bem-estar animal como processo positivo, a lei protecionista 9.605/98 art. 32 trata sobre essas medidas protetivas dos animais. No entanto, existem leis contrárias em relação a proteção Constitucional e a lei de crimes ambientais.

5 A CONTRADIÇÃO DO ART. 14 E §1º DA LEI N. 11.794/2008 EM RELAÇÃO A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

Uma perspectiva a respeito de experimentos em animais é abordado na Lei n. 11.794, conhecida como a Lei Arouca, uma proposta do deputado Sérgio Arouca no ano de 1995. A Lei Arouca propõe procedimentos relacionados ao uso de animais em experiências científicas, para isso criou o órgão que regulamenta o controle das respectivas atividades, órgão esse denominado CONCEA- Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal. Vejamos conforme elucidada Brasil (2008) que, essa lei apresenta o regulamento do inciso VII do § 1º do art. 225 da CF, e estabelece procedimentos para o uso científico de animais e revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979.

Considerando o ponto relevante de proteção Constitucional e a Lei de Crimes Ambientais, no art.14 e § 1º da respectiva Lei n. 11.794/08, diz assim:

Art. 14. O animal só poderá ser submetido às intervenções recomendadas nos protocolos dos experimentos que constituem a pesquisa ou programa de aprendizado quando, antes, durante e após o experimento, receber cuidados especiais, conforme estabelecido pelo CONCEA.

§ 1º O animal será submetido a eutanásia, sob estrita obediência às prescrições pertinentes a cada espécie, conforme as diretrizes do

Ministério da Ciência e Tecnologia, sempre que, encerrado o experimento ou em qualquer de suas fases, for tecnicamente recomendado aquele procedimento ou quando ocorrer intenso sofrimento. (BRASIL, 2008, não paginado).

Corroboram Guimarães, Freire e Menezes (2016) que apesar da vigência legislativa, a Lei Arouca causou grande polêmica social e científica, uma vez que, a espera que fosse abolida o uso de animais em experiências científicas não ocorreu. Permite ainda a lei que animais sofram “agressões” nas experiências.

Conforme observado, o art. 32, §1º da Lei de Crimes Ambientais apresenta as ações abordando sobre os recursos alternativos com penas para descumprimentos variando entre meses a anos, caso o indivíduo abuse, maltrate, ou mutilar algum animal. É possível acompanhar ainda no art. 225, § 1º, VII da Magna Carta sobre a defesa do ambiente ecológico equilibrado vendando qualquer tipo de crueldade. (CRUZ, 2014).

Contraditório aos artigos legislativos de defesa ambiental prevista na Constituição de 88, uma vez que, essa Lei n. 11.794/2008 abrange os requisitos da experimentação animal, ações essas de envolvimento de sofrimento, com autorização de práticas contrária ao bem-estar animal. A Constituição de 1988 veda as práticas de crueldade, em conjunto, a Lei de Crime Ambiental responsabiliza penalmente essas atitudes, assim a referida Lei Arouca fere os princípios Constitucionais. Certifica Cruz (2014) que se tratando da Lei de Crimes Ambientais, a mesma não tem em seu *corpus* textual a aprovação de técnicas/recursos na alternativa de manutenção relacionado ao emprego da usabilidade animal.

Portanto, as contradições abordadas neste item mostram que ainda existem leis que autorizam ações contra o bem-estar animal, e nessa perspectiva, os prós e contras acerca da senciência animal é pauta em muitas discussões.

6 OS PRÓS E CONTRAS DO USO DE ANIMAIS PARA TESTES DAS INDÚSTRIAS

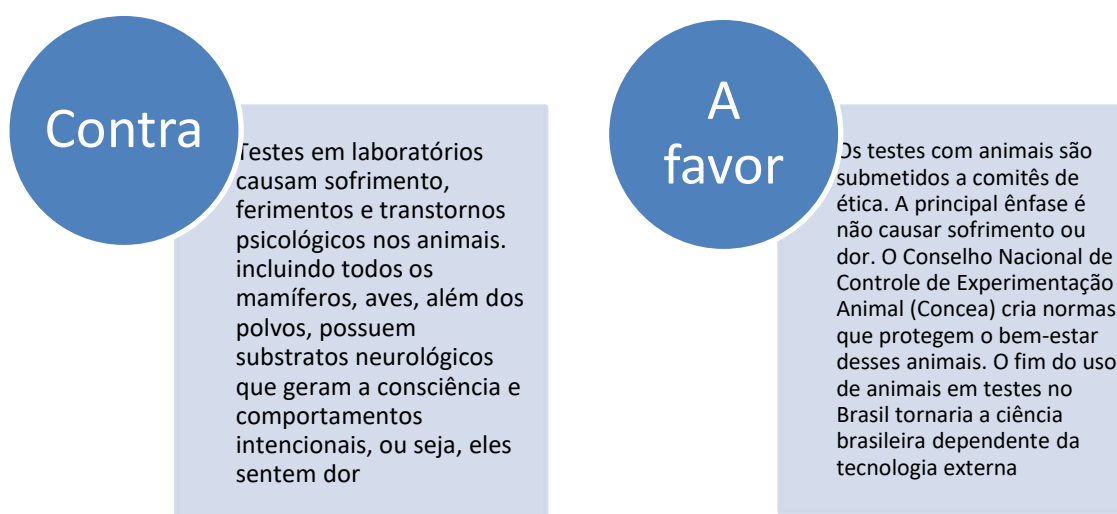
A sociedade consumista busca uma felicidade imediata, apesar dos avanços advindos das tecnologias, muitos animais ainda são submetidos a testes em laboratórios, e tudo isso para certificar a eficácia de experiências no desenvolvimento científicos na área genética, estética e afins. Em contrapartida, algumas empresas optam por utilizar tecnologias de produção totalmente limpa, sem o uso de animais para tais atos. (ALVERNE; BELCHIOR; OLIVEIRA, 2020).

Certamente, existem posições favoráveis e contra o uso de animais em experimentos científicos. Vários produtos de cosméticos, limpezas, perfumes dentre outros devem ser testados, de senso social, já não há mais necessidade de testes de substancias perigosas em animais. Quando a referência é medicamentos, em consideração a senciência

do animal, torna-se essencial o reforço de criação de novos meios que venham a substituir a vida do animal. (CRUZ, 2014).

No tocante ao exposto, o G1 (2013b) após o caso do Instituto Royal se tornar uma repercussão nacional alguns especialistas foram ouvidos e listaram os prós e contra sobre o uso de animais em testes.

FIGURA 1 – O USO DE ANIMAIS EM TESTES



Fonte: G1 (2013b).

A experimentação conforme levantamento realizado por Franco *et al.* (2014), demonstra uma parcela de autores que atestam ser ilegal o experimento, imoral e ineficaz, apontando como hipótese de adesão testes *in vitro*, uso de vegetais e estudos clínicos envolvendo humanos voluntários (esse ocorreria de forma não invasiva) dentre outros.

Nesse contexto, entre prós e contras do uso de animais para testes em indústrias os posicionamentos legislativos ganham destaque nos tribunais.

7 O POSICIONAMENTO DO STJ E DO STF SOBRE A LEGISLAÇÃO QUE PROÍBE O USO DE ANIMAIS EM TESTES DA INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS

O direito animal funda-se na dignidade e na existência digna. Alguns tribunais com diferentes perspectivas utilizam, "a sciência como parâmetro para a defesa de uma nova concepção jurídica dos animais não humanos, fazendo-se correlação entre seres sensíveis a dor e a necessidade de proteção jurídica que atenda seus interesses de forma adequada". (GOMES, 2017, p. 314).

De valia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mostra coerente nas decisões envolvendo a proteção animal, a proibição e a coibição prevalece nos mais variados casos de maus-tratos no país. O STJ julga muitos processos envolvendo relacionamentos entre humanos e animais, (BARATELA, 2015). Vejamos a fala do relator Humberto Martins do STJ em um processo especial:

Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. (BRASIL, 2009).

A sciência vem sendo reconhecida gradativamente em todos os aspectos sociais. Alguns estados aderiram a leis para proibição de uso dos animais em experimentos, testes de produtos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes. Como é o caso do Amazonas, Rio de Janeiro, São Paulo dentre outros. Vejamos o exemplo do Estado de São Paulo, através de normas é facilitado o atendimento direcionado as denúncias de maus-tratos contra os animais. A dispor, a Lei Paulista n. 16.303/2016 trata sobre o acesso ao portal da Delegacia Eletrônica da Secretaria de Segurança Pública, justamente voltado ao atendimento de ocorrências ligadas aos animais e a Lei Paulista n. 16.308/2016 é direcionada as penalidades para pessoas que venham a praticar maus-tratos aos animais. (DINIZ, 2018).

De acordo com Brasil (2018b), o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou em 2018, a ação direta de inconstitucionalidade de uma indústria de cosméticos contra Estado Amazonas no processo relacionado ao uso de animais para experimentos na indústria, nesse respectivo processo. Contudo, a lei de proibição do uso de animais em experimentos científicos no Estado do Amazonas foi promulgada desde 2015 (AMAZONAS, 2015).

Em reportagem do Jornal CNN Brasil, Coelho (2021) retrata sobre a aprovação da Lei no Estado do Rio de Janeiro que veda “teste” em animais para desenvolver produtos cosméticos, na fala do relator Gilmar Mendes, proibir os testes de produtos em animais não afronta a Constituição. A saber, o informativo do STF (2021) se tratando do meio ambiente diz ser proibido o uso de animais para desenvolvimento de produtos cosméticos, higiene pessoal e afins.

Portanto, métodos alternativos estão entre as soluções para substituição de práticas crueldade contra os animais.

8 A POSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DOS TESTES EM ANIMAIS FUNDAMENTADOS NO PRINCÍPIO DOS “3 Rs”

Os métodos alternativos são considerados métodos que objetivam reduzir ou refinar o uso de animais para pesquisas científicas, ensino ou semelhantes. Nessa linha de defesa, Pinto e Oliveira (2002, p. 362) destacam que os métodos alternativos “são procedimentos que podem substituir o uso de animais em experimentos, reduzir o número de animais necessários, ou refinar a metodologia de forma a diminuir a dor ou o desconforto sofrido pelos animais”, é a partir dessa perspectiva que os métodos são utilizados.

Os avanços ainda não são proporcionais para a total exclusão do uso de animais em pesquisas científicas, os métodos precisam entrar em vigor efetivo e a busca de metodologias melhores devem ser alvo da ciência.

A comunidade científica segue os princípios dos 3Rs, Substituição (Replacement), Redução (Reduction), Refinamento (Refine) esses são princípios com objetivo de reduzir ou remover o distresse animal. Além de algumas vantagens, a econômica (custo) é levada em consideração nesses princípios. (TRÉZ, 2018).

O princípio da substituição apresenta justamente métodos que não incluem animais, portanto, é indicado o uso de plantas, microrganismos, “endoparasitas, moluscos, artrópodes, equinodermos e modelos computacionais ao invés de animais vertebrados”. O processo de substituição é caracterizado como ideal, uma vez que minimiza a distresse. A substituição de animais por métodos alternativos também inclui métodos computacionais. (ÁVILA FILHO, *et al.* 2016, p. 7).

No método de redução o objetivo é aplicar técnicas de modo a reduzir o quantitativo de animais em experimentos. É um princípio de classificação imediata e com maiores vantagens se tratando de eficiência. Destaca Tráz (2018, p. 99) que de forma geral, uma prática bastante funcional para que esse método tenha ação mais efetiva “[...] é escolher de forma correta as estratégias de planejamento. [...] estabelecer limites para o número de variáveis analisadas e utilizar animais geneticamente homogêneos”. Ou seja, a técnica de redução envolve questões éticas e morais, políticas e ambientais.

No princípio do refinamento esse método somente é aplicado após a constatação de que os dois processos de substituição e redução não funcione, o objetivo desse princípio é reduzir o mínimo possível o estresse no animal quando este está sendo submetido a procedimentos científicos. Nesse processo as inclusões de analgesia e assepsia são realizados nos animais. Esses cuidados estendem nos períodos pré, trans e pós-operatório. (BONELLA, 2009).

Considerando os aspectos jurídicos protetivos vigentes as possibilidades de substituição apresentam grande visibilidade, os métodos presentes para testagem de cosméticos e medicamentos. As alternativas precisam ser exploradas e para que as novas

descobertas possam ser utilizadas, deixando os animais com sujeitos de direitos e não objetos.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da problemática proposta sobre entender se prática de testes em animais para produção de cosméticos baseada na Lei Arouca, fere o art. 225, §1º, VII da CF/88, algumas observações devem ser mencionadas.

Foi possível observar mediante as linhas teóricas jurídicas e científicas que a emoção é a capacidade que cada indivíduo possui de expressão, os sistemas neurais correspondem aos estímulos e cada reação é caracterizada como agradável ou contrária. As evidências científicas com estudos do comportamento e de atividades neurológicas comprovam que os animais são seres sencientes, sentem dor, emoção, medo, desconforto e alegria.

A ampliação desse contexto científico para o conhecimento jurídico norteia o debate para o sentido de sujeitos de direitos, dignidade animal e moral animal. Mediante a implementação da Lei ambiental na CF/88 os animais começaram a conquistar espaço e o efetivo direito protetivo constitucional.

Diante da análise, a CF veda qualquer atividade com intento de crueldade, assim, demonstra a visão protecionista. Em plena concordância com Napoli (2013), reconhecer os animais como sujeitos de direito não implica considerar tais animais como humanos, mas devem ser sujeitos de direitos legais assim como os humanos são, essa é uma via prática de cessar os atos de crueldade contra os animais. Maus-tratos se configura como crime na legislação, tanto o artigo 225 da CF quanto a Lei Ambiental 9.605 de 1998 certificam a proteção jurídica dos animais.

Conclui-se que, perante perspectivas contrárias, a Lei Arouca propõe procedimentos relacionados ao uso de animais em experiências científicas, e práticas totalmente inversas ao bem-estar animal, permite ainda que os animais sofram agressões durante a ação de experimento. A CF/88 veda qualquer tipo de ato de crueldade, assim a referida Lei Arouca fere os princípios Constitucionais ao permitir o uso de animais em experimentos.

Apesar dos métodos alternativos apresentados e as leis vigentes, a crueldade ainda persiste na sociedade contra os animais. Ainda que os animais sejam protegidos juridicamente, a ciência precisa avançar em técnicas mais acessíveis para que não seja preciso utilizar animais em nome da “salvação” humana.

Por todos os argumentos expostos é que se chegou à conclusão, resposta do problema levantado, “A prática de testes em animais para produção de cosméticos baseada

na Lei Arouca, fere o art. 225, §1º, VII da CF/88?”, de que a prática de testes em animais para a produção em cosméticos, baseada na Lei Arouca, fere sim o art. 225, §1º, VII da CF/88, visto que os animais ao serem submetidos aos testes entram em sofrimento e este ao ser detectado leva a eutanásia deles, caracterizando acontecimento “dor”, o que se configura maus tratos e crueldade.

10 REFERÊNCIAS

ALVERNE, T. C. F. M.; BELCHIOR, G. P. V.; OLIVEIRA, C. M. A. As experiências com animais nas indústrias de cosméticos sob o enfoque do paradigma da complexidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, p. 411-454, jan./jun. 2020.

AMARA, R. M. A. Bem-estar de Cães e Gatos. **Cadernos Técnicos de Medicina Veterinária**, n. 67, dez. 2012.

AMAZONAS, A. L. E. **Lei promulgada nº 289 de 03/12/2015**. PROÍBE a utilização de animais para desenvolvimento, experimentos e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes e seus componentes no Estado do Amazonas, e dá outras providências. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, 03 de dez. 2015. não paginado. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2015/9412/9412_texto_integral.pdf. Acesso em: 28 fev. 2022.

ÁVILA FILHO, S. H. *et al.* Princípios bioéticos e legislação brasileira para uso de animais em pesquisa e ensino. **Enciclopédia Biosfera**, Centro Científico Conhecer, Goiânia, v. 13 n. 23; p. 1022, 2016. Disponível em: <https://www.conhecer.org.br/enciclop/2016a/agrarias/principios%20bioeticos.pdf>. Acesso em: 01 abr.2022.

BARATELA, D. F. **A proteção jurídica da fauna à luz da Constituição Brasileira**. 2015. 206f. Dissertação (Mestrado), Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

BONELLA, A. E. Animais em laboratórios e a Lei Arouca. **Scientiae studia**, v. 7, n. 3, p. 507–514, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 fev.2022.

BRASIL, C. R. M. V. **Resolução 1.236, de 26 de outubro de 2018**: define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, dispõe sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina Veterinária, 2018a. não paginado. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47542721/do1-2018-10-29-resolucao-n-1-236-de-26-de-outubro-de-2018-47542637#:~:text=Define%20e%20caracteriza%20crueldade%2C%20abuso,zootecnistas%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. G. B. **Sancionada a lei que aumenta a punição para maus-tratos de animais**: A legislação abrange animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos e prevê pena de reclusão de dois a cinco anos para prática de abuso e maus-tratos. 2020. não paginado. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/meio-ambiente-e-clima/2020/09/sancionada-lei-que-aumenta-punicao-para-maus-tratos-de-animais#:~:text=Com%20o%20objetivo%20de%20frear,tratos%2C%20ferir%20ou%20mut> ilar%20animais. Acesso em: 27 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008**. Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. S. T. J. (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.115.916 – MG (2009/0005385-2)**. Recorrente: M B H. Recorrido: M P E M G. Relator: Minis. Humberto Martins, 18 de setembro de 2009. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009. não paginado. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6040734/recurso-especial-resp-1115916-mg-2009-0005385-2-stj/relatorio-e-voto-12170437>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. S. T. J. (2. Turma). **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5996 – AM**. Requerente: A B I H P P C. Relator: Minis. Alexandre de Moraes, 3 de setembro de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018b. não paginado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/302358936/processo-n-0077104-5220181000000-do-stf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

COELHO, G. STF valida lei no Rio que proíbe testes em animais para produção de cosméticos. **CNN Brasil**, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/stf-valida-lei-no-rio-que-proibe-testes-em-animais-para-producao-de-cosmeticos/>. Acesso em: 05 mar. 2022.

COHEN, C. **The Case For the use of Animals in Biomedical Research**. New England Journal of Medicine, n. 315, 1986, p. 865-870.

CRMV, **Maus-tratos**. Balanço triênio 2017-2020, dez. 2020. Disponível em: <https://www.cfmv.gov.br/maus-tratos-9/transparencia/2017-2020/2020/12/11/#:~:text=A%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20mais%20relevante%20de,e%20maus%2Dtratos%20aos%20animais>. Acesso em: 01 mar.2022.

CRUZ, J. S. **Direito e experimentação animal: uma análise à luz da legislação ambiental**. 145 f. 2014. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

DARWIN, C. **A expressão das emoções no homem e nos animais**. 2. ed. reimpressão. Companhia de Bolso. 2009.

DINIZ, M. H. **O ato de crueldade ou de maus-tratos contra animais: um crime ambiental**. RBDA, Salvador, v.13, n. 1, p. 96-119, jan./abr., 2018.

FRANCO, A. L. *et al*. Pesquisa em animais: uma reflexão bioética. **Acta Bioethica**, p. 247-253, 2014.

G1, S. J. **Após denúncias de maus-tratos, grupo invade laboratório e leva cães Beagles**. São Paulo, 2013a. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2013/10/ativistas-invadem-e-levam-caes-de-laboratorio-suspeito-de-maus-tratos.html>. Acesso em: 10 mar. 2022.

G1, C. S. **Argumentos a favor e contra o uso de animais em pesquisas científicas**. 2013b. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/debate-pesquisa-animais/platb/>. Acesso em: 02 mar.2022.

GOMES, F. F. **Direitos dos animais não humanos à vida: onde está a ilusão?** Perspectivas jurídicas e filosóficas. 2017. 355f. Dissertação (Mestrado), Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, SC, 2017.

GUIMARÃES, M. V; FREIRE, J. C. C; MENEZES, L. M. B. Utilização de animais em pesquisas: breve revisão da legislação no Brasil. **Rev. bioét.** (Impr.), v. 24, n.2, p. 217-24, 2016.

HAMMERSCHMIDT, J. **Diagnóstico de maus-tratos contra animais e estudos dos fatores relacionados**. 2017. 172 f. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Agrárias, Curitiba, 2017.

BAAMONDE, M. **Código de las expresiones faciales de dolor em el ratón de laboratorio**. Tradução e adaptação de María Emiliana Herrero. Disponível em: <https://www.bioterios.com/post.php?s=2013-05-09-cdigo-de-las-expresiones-faciales-de-dolor-en-el-ratn-de-laboratorio>. Acesso em: 04 mar. 2022.

JÚNIOR, V. P. A. Direito animal e Constituição. **Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal Of Law And Justice**, v. 4, jan./dez., 2020.

MARQUES, R. G.; MORALES, M. M.; PETROIANU, A. Brazilian law for scientific use of animals. **Acta Cirúrgica Brasileira**, v. 24, n.1, 2009.

MEDEIROS, F. L. F.; NETO, J. W.; PETTERLE, S. R. **Animais não-humanos e a vedação da crueldade**: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2016.

NAPOLI, R. B. Animais como pessoas? O lugar dos animais na comunidade moral. **Princípios: Revista de filosofia**, Natal, v. 20, n. 33. p. 47-78, jan./jun. 2013.

PINTO, A.; OLIVEIRA, R. S. (Orgs). **Animais de Laboratório**: criação e experimentação. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. 388 p. ISBN: 85-7541-015-6.

ROSA, T. S. Os direitos fundamentais dos animais. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 21. ed., p. 336-373, 2016.

SILVA, D. B.; JÚNIOR, V. P. A. Consciência e Senciência como fundamentos do direito animal. **Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of law and justice**. v. 4, jan./dez. 2020.

SINGER, P. **Ética Prática**. Tradução de Álvaro Augusto Fernandes. Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 1993. Disponível em:

<https://we.riseup.net/assets/403956/%C3%89tica+Pr%C3%A1tica+Peter+Singer.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2022.

STF, I. **Brasília**: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, n. 1019/2021. Data de divulgação: 04 jun. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>. Acesso em: 03 mar. 2022.

TRÉZ, T. A. Considerações sobre o conceito 3Rs e o potencial conflito com novas compreensão do animal experimental. **Revista Brasileira de Zootecias**, volume especial, Bem-estar Animal. p. 97-113, 2018.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: A ARTICULAÇÃO DO TRABALHO EM REDE PARA PROTEÇÃO DA MULHER NA CIDADE DE IMPERATRIZ-MA.

LUCIANA DONATO PRIMO:

Graduanda em Direito pela
Unidade de Ensino do Sul do
Maranhão – UNISULMA.⁴⁴

EDIANA DI FRANCO MATOS DA SILVA SANTOS⁴⁵

(orientadora)

RESUMO: Este artigo de conclusão de curso tem como objetivo identificar e analisar as políticas públicas, as estratégias utilizadas na articulação do trabalho em rede para proteção, prevenção, acolhimento e enfrentamento dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, certificando-se as normas aplicadas ao dispositivo da Lei Maria da Penha estão protegendo de maneira eficiente às vítimas de violência. Para tanto, utilizou-se do processo metodológico da pesquisa exploratória, explicativa, bibliográfica e documental, com abordagem quantitativa e qualitativa, por meio de entrevista semiestruturada na pesquisa de campo realizada na rede protetiva da mulher na cidade de Imperatriz - MA. Durante a análise dos dados, constatou-se o desafio e complexidade para trabalhar a prevenção desse tipo de violência, assim como, a dificuldade em obter informações sistematizados na rede de proteção. Diante disso, revelou essencial e desafiador o trabalho em rede para prevenção, proteção e enfrentamento desse tipo de violência.

Palavras-Chave: Violência Doméstica Contra a Mulher. Políticas Públicas. Rede de Proteção. Direito da Mulher.

ABSTRACT: This course conclusion article aims to identify and analyze public policies, the strategies used in the articulation of network work for the protection, prevention, reception, and confrontation of crimes of domestic and family violence against women, making sure the rules applied to the Maria da Penha Law are efficiently protecting victims of violence. To do so, the methodological process of exploratory, explanatory, bibliographic, and documentary research was used, with a quantitative and qualitative approach, through semi-structured interviews, in the field research carried out in the women's protective network in the city of Imperatriz - MA. During the data analysis, the challenge and complexity to work in the prevention of this type of violence were verified, as well as the

⁴⁴ E-mail: luci.dprimo@gmail.com

⁴⁵ Professora orientadora; Doutora em Função Social do Direito - FADISP; Mestre em Desenvolvimento Regional da Universidade de Taubaté – UNITAU; Especialista em Didática Universitária – FAMA; Bacharel em Direito – CESUPA. E-mail: edianafranco@yahoo.com.br

difficulty in obtaining systematized information in the protection network. Given this, it proved essential and challenging to work in a network for the prevention, protection, and confrontation of this type of violence.

Keywords: Domestic violence against women. Public policy. Protection net. Women's Right.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher é uma das formas de violação dos direitos humanos e um grave problema de saúde pública, que merece atenção de toda a sociedade, especialmente quanto aos mecanismos adotados para prevenir, intervir e enfrentar esse tipo de crime praticado no contexto motivado pelo gênero, o qual implica na desigualdade, na submissão e opressão da mulher, sobretudo em um país como o Brasil que ocupa o quinto lugar no ranking mundial de feminicídio, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos-ACNUDH, publicado pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Conforme informações divulgadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, uma em cada cinco mulheres foi vítima de algum tipo de violência nos últimos doze meses, sendo a violência verbal a mais sofrida, seguida pela violência física e sexual. Em 2021, em média, uma mulher foi vítima de feminicídio a cada 7 horas.

Registra-se, ainda, que de acordo com os dados da tabela de Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, a Justiça brasileira tem mais de um milhão de processos tramitando relacionados à violência doméstica. Desses, mais de cinco mil são feminicídio.

Diante das estatísticas alarmantes, no qual o país tem péssimos índices ligados à violência contra a mulher, essa realidade restou ainda mais cruel em decorrência do isolamento social imposto pela pandemia, em que as mulheres, em muitos casos, confinadas em casa, ficaram mais expostas, elevando a situações de risco, e com maior dificuldade para denunciar as agressões.

Face ao exposto, o artigo mostra-se relevante, por ser um tema que envolve a proteção e defesa dos direitos humanos das mulheres, e buscará responder à questão norteadora da pesquisa, relacionada aos tratamentos, atendimentos e acolhimento das mulheres ao denunciar casos de violência, assim como, apresentar o trabalho desenvolvido na rede protetiva, certificando se as normas aplicadas à Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e as políticas públicas estão protegendo, de maneira eficiente, às mulheres e as vítimas de violência, tendo como objeto de estudo a Casa da Mulher Maranhense na cidade de Imperatriz-MA.

No decorrer deste artigo, apresentar-se-á algumas normas, políticas públicas, primária, secundária e terciária, a articulação em rede para enfrentamento desse tipo tão desafiador de violência, assim como, os dados sobre os perfis das vítimas e os tipos de violências sofridos pelas mulheres, investigando se tais fatores influenciam diretamente na busca de ajuda, considerando os casos de denúncias e subnotificações, bem como, as diretrizes e estratégias utilizadas para prevenção, atendimento e o acolhimento das mulheres em situação de violência.

Para o desenvolvimento deste artigo, optou-se pela metodologia da pesquisa exploratória, explicativa, bibliográfica, documental e a pesquisa de campo, com realização de entrevistas nas Casa da Mulher Maranhense em Imperatriz-MA, e para analisar e discutir os resultados, utilizou-se do método quanti-qualitativos.

Efetuada tais considerações, o estudo será apresentado em cinco capítulos, sendo o primeiro, a parte introdutória. Na exposição do segundo capítulo, apresentam-se conceitos, e discorre-se sobre informações relevantes da violência no contexto de gênero e da violência psicológica, com abordagem de aspectos históricos e de pesquisas atuais sobre a situação da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

No tocante ao terceiro capítulo, há uma compilação de normas e políticas públicas adotadas na atualidade e a Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), destacando decisões recentes aprovadas no sistema normativo jurídico para proteção e defesa das vítimas de violência.

O quarto capítulo apresenta a articulação do trabalho em rede para proteção, intervenção e combate desse tipo de violência, com apresentação dos órgãos de apoio à justiça no âmbito estadual, municipal e os movimentos sociais. Acerca do quinto capítulo, consta o caminho com desenvolvimento do percurso metodológico. E finalizando, no sexto capítulo, com a conclusão do artigo.

2 A VIOLÊNCIA NO CONTEXTO DO GÊNERO E A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

A violência contra a mulher, é considerada uma grave violação dos direitos humanos, presente na sociedade desde o período colonial até os tempos atuais, fruto da desigualdade histórico-cultural e machista, em que predomina o poder e domínio do homem e a subordinação da mulher, seja no âmbito doméstico, familiar ou de intimidade com a vítima. (BIANCHINI, 2021).

Nesse sentido, o artigo 5º da Lei Maria da Penha, traz a violência baseada no contexto do gênero, uma categoria de violência socialmente construído, presente na relação de poder e desigualdade entre homens e mulheres, no contexto invisível e estrutural, em diversos níveis sociais, interiorizada em razão dos privilégios sociais e do

comportamento da figura do homem autoritário e autor de vários tipos de agressões e de crime.

Desse modo, lecionam Bianchini; Bazzo; Chakian (2021, p. 20):

A violência de gênero, por sua vez, envolve uma determinação social dos papéis masculino e feminino. (...) Quando a valorização social desses papéis é distinta, há desequilíbrio, assimetria das relações sociais, o que pode acarretar violência. No caso da nossa sociedade, os papéis masculinos são supervalorizados em detrimento dos femininos, trazendo prejuízos para as mulheres que, em sua dimensão mais acentuada, chegam à violência contra a mulher.

Evidentemente, é um problema complexo com reflexo negativo na saúde e na cidadania das mulheres, o qual, requer o envolvimento da sociedade e órgãos competentes em busca de soluções eficazes para combater esse tipo de crime, através de políticas públicas eficazes, dispositivos mais rigorosos e ações permanentes com programas assistenciais disponíveis em toda rede de atendimento às vítimas. (JESUS, 2015).

De acordo com o artigo 6º, da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher é um tipo de crime que fere os direitos humanos, tal qual a Organização das Nações Unidas, reconhece como uma grave ameaça aos direitos humanos das mulheres ao nível mundial.

(...)a pandemia da COVID-19 veio confirmar que se trata de uma emergência global que requer uma ação urgente por parte de todas as pessoas, em todos os níveis, em todos os lugares. O impacto social e econômico da pandemia lança um número exagerado de mulheres e meninas para a pobreza e o risco delas serem alvos de violência aumenta. (GUTERRES, 2020, p. 3-4).

Outrossim, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, (Decreto n.º 1.973/1996), também conhecida como Convenção de Belém do Pará, considera a violência de gênero como ofensa à dignidade humana, e entende que a violência contra a mulher é qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Além disso, a morte da mulher por razão do sexo feminino, aqui entendida como violência de gênero quanto ao sexo, é considerada um crime hediondo, tipificada pela Lei do Femicídio para tratar com mais rigor esse tipo de violência. (CUNHA; PINTO, 2021).

Ademais, Tele e Melo (2017) mencionam que se trata de um tipo de crime no âmbito das relações humanas, que pode acontecer com qualquer mulher, em qualquer classe social, com qualquer casal e entre pessoas bem-informadas.

Psicologicamente interiorizada pela sociedade, a violência de gênero apresenta questões de vulnerabilidade da mulher nas diferentes relações, revisitando a discussão de como o direito e as políticas públicas têm tratado essas mulheres, principalmente no cenário de isolamento social, imposto pela pandemia da COVID-19.

Nessa mesma vertente, a 9.^a edição da Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, ano 2021, mostrou, entre outros dados, que o percentual de mulheres que percebem aumento na violência cometida contra pessoas do sexo feminino no último ano, segue em linha ascendente e chega a 86%, assim como, pontou as razões pelas quais as vítimas de violência doméstica e familiar não denunciam as agressões sofridas, sendo o medo do agressor, o principal motivo. Destacou ainda, avaliada como regular, a atuação do Congresso Nacional para elaboração de leis voltadas à proteção das mulheres. (DATASENADO, 2021)

Em outra análise, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) apresentou, no Atlas da Violência 2021, uma análise dos últimos onze anos referente às taxas de homicídios de mulheres na residência, um crescimento de 10,6% entre 2009 e 2019, indicando um provável crescimento da violência doméstica.

Diante da elevação de riscos, o confinamento na própria casa, pode desencadear diversos problemas para as mulheres, entre eles, o aumento de ameaças, humilhações, rejeições e agressões psicológicas. Para Cunha e Pinto (2021, p. 95) “um tipo de agressão emocional, tão ou mais grave que a física”.

Decerto que é um tipo de violência potencializada pelos riscos do isolamento social, com sérios danos para saúde emocional da vítima desse tipo de violência, ainda pouco divulgada, e por ser de difícil comprovação, é um tema de conflito nas decisões dos tribunais para configuração desse tipo de crime. (ÁVILA, 2022).

Face ao cenário preocupante, principalmente no contexto do isolamento social, urge avançar para erradicar a violência contra a mulher, as quais, precisam de acesso rápido, seguro e direto aos órgãos vinculados ao poder judiciário para garantir registro de denúncias e medidas protetivas de forma online e com prioridade. (MENDES; BURIN, 2020).

Nessa conjuntura, constata-se que erradicar com a discriminação de gênero, é prioridade para por fim ao ciclo de violência que impacta diretamente as ações de políticas públicas, e como mencionado anteriormente, com reflexo negativo na saúde psicológica e com sérias consequências na vida da mulher.

3 AS NORMAS E POLÍTICAS PÚBLICAS ADOTADAS NA ATUALIDADE E A LEI N.º 11.340/2006 - LEI MARIA DA PENHA

Com a finalidade de criar mecanismos para prevenir, intervir e combater os diversos tipos de crimes dos quais as mulheres estão expostas, foram aprovadas e implantadas normas e políticas públicas, consideradas como avanços legais e significativos nos dias atuais, entretanto, nos ensinamentos de Bianchini (2021), ainda insuficientes para proteção da mulher, diante de um cenário em que a vítima se vê cada vez mais vulnerável e acuada para procurar ajuda, seja por medo ou por falta de credibilidade no sistema de justiça para punir o autor da agressão.

Nesse aspecto, vale lembrar, à luz do § 8.º do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, é assegurada a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, com a finalidade de coibir a violência no âmbito de suas relações.

Na mesma esteira, a Organização das Nações Unidas dedicada à igualdade de gênero e empoderamento das mulheres, considera a Lei Maria da Penha como de grande relevância no nosso ordenamento jurídico brasileiro, sendo reconhecida como uma das três leis mais avançadas no mundo para fazer valer os direitos e a dignidade humana da mulher. Para ONU Mulheres, (2019) é um grande marco na história de luta das mulheres, e suas várias alterações foram importantes para garantir mais segurança e fazer justiça em situação de violência nas relações domésticas e familiares.

Sem dúvidas, os avanços desde a norma constitucional e as demais mudanças advindas de vários textos normativos, são importantes também, para criar um caráter pedagógico para os agressores, bem como, para a sociedade em geral, tendo em vista os números de denúncias e feminicídios registrados no país, notadamente, frente às políticas públicas, assim como, as medidas protetivas e o acolhimento psicossocial das vítimas. (DIAS, 2021).

No âmbito dos avanços supracitados e dos desafios para conter as diversas situações de violência a qual a mulher é exposta, é oportuno destacar algumas recentes decisões aprovadas no ordenamento jurídico brasileiro para aplicação no sistema de proteção e defesa das vítimas de violência.

Nesse sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF779 que reconhece a inconstitucionalidade da legítima defesa da honra nos casos de feminicídio. Na lição do Ministro Dias Toffoli:

(...) penso ser inaceitável, diante do sublime direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que o acusado de feminicídio seja absolvido, na forma do art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal,

com base na esdrúxula tese da “legítima defesa da honra”. (TOFFOLI, 2021, p. 5).

(...)a “legítima defesa da honra” é um estratagema cruel, subversivo da dignidade da pessoa humana e dos direitos à igualdade e à vida e totalmente discriminatória contra a mulher, por contribuir com a perpetuação da violência doméstica e do feminicídio no país. (TOFFOLI, 2021, p. 18).

Essa decisão impede que seja usado, em defesa do réu, o argumento de legítima defesa da honra nos casos de feminicídios, alegando que ele agiu motivado por sentimentos emocionais. Sem dúvida, mais um marco importante na história de engajamento em defesa dos direitos das mulheres, desde o movimento feminista da década de 70, marcado principalmente, pelo notório caso do assassinato de Ângela Diniz que comoveu o país. Na época, assinada pelo ex-marido, levado a julgamento, foi absolvido com argumento de legítima defesa da honra. (ONU MULHERES, 2020).

Ainda, a inclusão do artigo 147-A ao Código Penal pela Lei 14.132/2021, que institui o crime de perseguição conhecido também por *stalking*. Reconhecido com um tipo de crime que envolve condutas de perseguição física ou virtual, que impede a liberdade e privacidade da vítima, mediante assédio, interesse pessoal, ameaças, vinganças ou violência psicológica. E, visto que for praticado contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino ou no âmbito de violência doméstica, ou familiar, a punição é maior, com aplicação da majorante de pena nos termos do artigo 147-A, § 1.º, II. (CUNHA, 2021).

A definição do crime de *stalking*, também está presente no dispositivo da Lei Maria da Penha, especificamente na conduta que implica danos emocionais à mulher, até então, carente de uma penalidade agravada pela condição da vítima, incluída com a aprovação da nova lei.

(...)o art. 7º da Lei11.340/06 apresenta uma definição de violência psicológica que pode nos auxiliar na interpretação deste tipo penal. Segundo a lei especial, há essa forma de violência em qualquer conduta que provoque dano emocional e diminuição da autoestima, que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da vítima ou que vise a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.(SANCHES, 2021, p. 5).

Nesse contexto, é importante ressaltar o Projeto de Lei 3.244/2020, aprovado pelo Senado em março de 2021. Esse projeto altera a Lei Maria da Penha no artigo 14-A §1º, e torna possível o ajuizamento de ações de família para mulheres que foram vítimas de violência, no mesmo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Com a aprovação do referido projeto, as questões que envolvem medidas de proteção, responsabilização do agressor e as relacionadas ao direito de família, serão tratadas no mesmo lugar, facilitando os trâmites de acesso para as vítimas de violência.

A Lei nº 14.188/2021 que define o programa de cooperação Sinal Vermelho⁴⁶ contra a violência doméstica, uma iniciativa criada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e desenvolvida durante o estado de isolamento imposto pela pandemia da COVID-19.

Diante do exposto, a referida Lei, também modifica a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, assim como, cria o tipo penal de violência psicológica contra a mulher, um avanço de extrema relevância na defesa das vítimas de violência, para coibir condutas intimidadoras, que pode suscitar em agressões físicas e psicológicas.

Ademais, a Lei 14.149, de 2021, institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, considerado como um instrumento de proteção, para avaliar a situação de risco vivenciado pelas mulheres. Aprovada em conjunto pelo Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, elaborado por peritos brasileiros e europeus que se baseia em exemplos de formulários de outros países, como Portugal, Austrália, Canadá, Reino Unido e Estados Unidos. (DATASENADO, 2021).

Desse modo, o formulário de avaliação é importante para mensurar o grau de risco moderado, grave e extremo, em que, a mulher está exposta, atribuída a sua aplicação durante o registro de ocorrência, ou por decisão dos demais órgãos autorizados, contribuindo para desenvolvimento de medidas mais eficazes.

Adentrando nas diretrizes internacionais, um dos principais instrumentos normativo a ser destacado, e visa garantir a igualdade de direitos humanos da mulher em relação ao homem e o dever de proteção no contexto de gênero, é a Recomendação n.º 19/1992 do Comitê para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), conhecido também como Carta dos Direitos Humanos das Mulheres, um importante instrumento no nível de prevenção de políticas públicas, atualizada pela Recomendação nº 35/2017. Segundo o Ministro Dias Toffoli (2021, p. 10) "a discriminação contra as mulheres

⁴⁶ É um sinal vermelho em formato de "X" desenhado na palma da mão, com batom ou qualquer outro material que possa identificar o pedido de socorro da vítima de violência. A ideia central é que a mulher consiga pedir ajuda em farmácias, órgãos públicos e agências bancárias. (AMB, 2021).

inclui a violência de gênero, ou seja, aquela que é dirigida contra uma mulher, porque ela é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente”.

Ainda no âmbito internacional, oportuno destacar, o Mecanismo de Acompanhamento da Convenção Belém do Pará (MESECVI), criado para proteger e defender os direitos das mulheres no combate à eliminação da violência de gênero, com estratégias que possibilitam mensurar os diagnósticos de riscos e para entre outros, traçar medidas protetivas diante do agravamento e consequências na saúde física e psicológica da vítima desse tipo de crime.

Não obstante, os acordos firmados por tratados internacionais de direitos humanos no combate à violência de gênero contra as mulheres, as leis e políticas públicas específicas para proteção da integridade física e psicológica das vítimas, impõe a reflexão quanto à eficácia desses mecanismos no apoio, amparo e orientações das vítimas, pois é inegável que o caminho ainda é longo para as mudanças necessárias, tendo em vista diversos fatores que potencializam o ritmo de crescimento da violência contra a mulher.

4 ARTICULAÇÃO DO TRABALHO EM REDE PARA PROTEÇÃO DA MULHER E DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA

No cenário crescente de violência contra a mulher, decorrente da desigualdade sociocultural, é de total relevância conhecer os serviços existentes, em diversos níveis, para acolhimento e atendimento das mulheres, desta forma, certificando se as normas aplicadas ao dispositivo da lei e as políticas públicas estão protegendo de maneira eficiente às vítimas de violência, seja por meio da orientação jurídica, assim como, por meio assistencial.

Diante do exposto, esse estudo tem como referência a Casa da Mulher Maranhense, inaugurada no ano de 2020, na cidade de Imperatriz-MA, um espaço único, idealizado para facilitar o acesso das mulheres aos diversos serviços, como: assistência social, de justiça, de segurança pública e de saúde.

Além disso, essa rede de amparo à mulher vítima de violência, especificamente a Casa da Mulher Maranhense, objeto do estudo, compreende os serviços de apoio aos órgãos da justiça na esfera estadual, composto por: **Delegacia especializada da mulher** — Unidade policial responsável pelo registro de ocorrência, pelo termo de representação e pelas medidas protetivas de urgência. Ainda sem escala de plantão 24h na cidade de Imperatriz. **15.ª Defensoria Pública em assistência à mulher vítima de violência** — Órgão responsável pela orientação jurídica e defesa da mulher, em todos os graus de jurisdição. **8.ª Promotoria de justiça especializada na defesa dos direitos da mulher** — Responsável pela tutela e aplicação da lei em defesa dos interesses da mulher vítima de violência. É responsável também, em requisitar força policial e serviços públicos de saúde,

educação, assistência, dentre outros. Fiscaliza estabelecimentos públicos e privados de atendimento às vítimas de violência.

Ademais, a rede de apoio à mulher conta com a **Vara especial de violência doméstica e familiar contra a mulher** — Órgão responsável para processar e julgar, na esfera civil e criminal, os casos decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, possui prazo de 48h para determinar medidas protetivas de urgência para preservar a integridade física e psicológica da vítima. **Patrulha Maria da Penha** — Acompanha e monitora o cumprimento das medidas protetivas de urgência, garantindo maior proteção às vítimas de violência. **Atendimento Psicossocial** - Realizado por psicólogo e assistente social, com objetivo de identificar as fragilidades emocionais das vítimas, e traçar estratégias de acompanhamento. (CASA DA MULHER, 2022).

Nesse contexto, esses órgãos, notadamente, trabalham de forma estruturada e colaborativa nos três níveis de políticas públicas para coibir esse tipo de violência, de forma primária, secundária e terciária, desenvolvendo estratégias para prevenção da violência na população feminina, durante a intervenção precoce dos grupos de riscos e na resposta rápida nos casos de violências identificadas. (ÁVILA, 2022).

Não menos importante, cabe destacar, que na esfera municipal, conta com a rede assistencial, especializada no apoio às mulheres vítimas de violência, a qual trabalha também, articuladamente para o acolhimento dessas vítimas: **O Centro de Referência de atendimento a mulheres — CRAM**, responsável por prestar serviços multidisciplinares (assistência social e psicológica) às vítimas de violência, um espaço de acolhimento e orientação sobre os direitos das mulheres. **A Casa de abrigo**, também conhecida como refúgio das mulheres vítimas de violência, um local, restrito e sigiloso, no qual as vítimas de violência doméstica e seus filhos menores, podem permanecer por tempo determinado, com todo apoio e suporte necessário para enfrentar a situação de vulnerabilidade.

Ademais, convém mencionar algumas medidas integradas para prevenir e conter o ciclo de violência contra a mulher, previstas no artigo 8º da Lei Maria da Penha. Para Cunha e Pinto (2021, p. 103-119), “um conjunto articulado de ações propostas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes não governamentais, tendo como algumas diretrizes”:

Programas de prevenção com envolvimento dos entes públicos; integração operacional dos poderes públicos; meios de comunicação social e valores éticos e sociais; atendimento policial especializado; promoção e realização de campanhas educativas; capacitação das polícias civis, militares, guarda municipal, corpo de bombeiros e demais profissionais que atuam na área; inserção de conteúdos programáticos nos currículos escolares relativos aos direitos

humanos, noções de igualdade de gênero, raça, etnia e violência contra a mulher.

Ainda no que se refere a articulação do trabalho em rede para prevenção antes que a violência ocorra, cabe trazer à baila, o poder dos movimentos sociais, como exemplo a campanha “Onde você está que não me vê?”, como parte integrante do projeto UNA-SE pelo fim da violência contra as mulheres até 2030, que expõe as causas, implicações e consequências da violência contra diversos grupos de mulheres, apoiado com contribuição de vários setores privados, sociedade civil e comunidade internacional na resposta contra a violência, para entre outros, assegurar os serviços considerados essenciais ao atendimento das vítimas. (ONU MULHERES, 2020).

No mesmo sentido, institutos e empresas do segmento de cosméticos e beleza, se engajam em campanhas em redes sociais para conscientizar, levar informações, conhecimentos sobre os direitos e recursos disponíveis para mulheres de diversos níveis sociais. A exemplo, a campanha promovida pelo Instituto Avon na rede social Instagram, durante o período de isolamento social imposto pela pandemia, intitulada de “Você não está sozinha. Seguimos juntas, mas juntas de um jeito diferente”. #IsoladasSimSozinhasNão. #CuidemosDelas, uma iniciativa para estimular a mobilização comunitária e fortalecer a luta pelo fim da violência contra mulheres e meninas. (INSTITUTO AVON, 2020)

Ainda na rede de enfrentamento a violência doméstica e familiar contra a mulher, destacam-se alguns serviços disponíveis via telefone, como a Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180), o Disque 100 para qualquer violação de direitos e as ouvidorias em diversos órgãos, como destaque e recém implementada: **A Ouvidoria Nacional da Mulher**, um órgão importante, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para o acolhimento, escuta, orientação e direcionamento das vítimas de violência, com canais específicos para comunicação, seja presencialmente, por telefone, via site ou por outros meios fornecidos pelo próprio CNJ. Objetiva atender também, as demandas relacionadas ao Poder Judiciário para efetivação dos direitos humanos das mulheres.

Destarte, no que tange às mudanças culturais necessárias nas questões de prevenir a violação dos direitos humanos das mulheres, revela-se importante mencionar os programas informativos e educativos desenvolvidos pela rede de apoio, de forma articulada, trabalhados em diversos segmentos, como as palestras realizadas nos bairros, nas escolas, faculdades e nos centros de referências de atendimento à mulher, na cidade de Imperatriz-MA, para dar maior visibilidade ao conteúdo da Lei Maria da Penha, levar conhecimento às mulheres quanto aos seus direitos, e para que conheçam as opções de proteção disponíveis para amparo às vítimas de violência.

5 PERCURSO METODOLÓGICO

O presente trabalho valeu-se de um estudo minucioso, realizado através da pesquisa exploratória, que nos ensinamentos de Severino (2010, p. 122), trata-se da pesquisa que “busca levantar informações sobre um determinado objeto”, neste estudo voltado a violência doméstica e familiar contra a mulher, “delimitando assim um campo de trabalho (...) é uma preparação para a pesquisa explicativa”.

Além disso, utilizou-se a pesquisa explicativa, Severino (2010, p. 123), segundo o autor, “é aquela que, além de registrar e analisar os fenômenos estudados, busca identificar suas causas, (...) seja através da interpretação possibilitada pelos métodos qualitativos”, em que nessa discussão teórica pautou-se sobre a rede de proteção à mulher vítima de violência.

Nesse contexto, a pesquisa bibliográfica, para Marconi e Lakatos (2010, p. 166) é aquela que “coloca o pesquisador em contato direto com tudo o que já foi escrito e publicado em relação ao tema escolhido, desde artigos científicos, publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, monografias, teses, etc., até os meios de comunicação audiovisuais”, como exemplo, as gravações.

Assim, por tratar-se de fonte secundária, e por ser um instrumento essencial para extrair as informações de fontes relevantes relacionados ao tema, o método da pesquisa bibliográfica utilizada, esteve presente durante todo processo de construção do estudo, objetivando, principalmente, identificar as normas e políticas públicas adotadas na atualidade e de que forma estão sendo trabalhadas na rede de proteção da mulher, nos três níveis: primária (na prevenção), secundária (na intervenção) e terciária (após a violência).

Outrossim, tem-se também nesse estudo uma pesquisa documental, “é a fonte primária de coleta de dados restrita a documentos, escritos ou não, e podem ser feitas no momento em que o fato ou fenômeno ocorre, ou depois”. (MARCONI; LAKATOS, 2010, p. 157).

E por fim, uma pesquisa de campo, visto que cumpriu um processo detalhado, elaborado em etapas compreendido em visita técnica aos órgãos que compõem a rede de proteção à mulher, além de uma análise de outros conhecimentos científicos construídos em pesquisas anteriores sobre o tema proposto, obtidos em fontes confiáveis, tais como: leis, jurisprudências, doutrinas, artigos científicos, webinários, sites, de modo a demonstrar dados relevantes sobre o tema escolhido, tal qual apresentar o trabalho na rede de apoio na cidade de Imperatriz-MA.

5.1 Universo da Pesquisa

A pesquisa foi realizada na Casa da Mulher Maranhense, nos órgãos da 15ª Defensoria Pública em assistência à mulher vítima de violência, e na 8ª Promotoria de justiça especializada na defesa dos direitos da mulher, situados à Avenida São Sebastião, s/n, Bairro Vila Nova, Imperatriz-MA, CEP 65912-535.

Nesse sentido, para se alcançar a finalidade dos objetivos específicos do estudo, na identificação das normas e políticas públicas adotadas na atualidade, levantamento dos dados sobre os perfis e tipos de violência e apresentar as estratégias utilizadas na rede proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Durante a pesquisa, constatou-se que a Casa da Mulher Maranhense é um órgão bem estruturada para atendimento e acolhimento das vítimas de violência, entretanto, a sua localização pode ser um fator que dificulta o acesso das vítimas, tendo em vista a distância ao centro da cidade.

5.2 Plano de coleta de dados

No que diz respeito a pesquisa de campo, para a coleta de dados, foi realizada no período de 25 de fevereiro de 2022 a 19 de março de 2022 (ANEXO A, p. 25-28), com entrevista semiestruturada contendo no total de 8 (oito) perguntas abertas, 05 (cinco), direcionadas à Casa da Mulher Maranhense (APÊNDICE A, p. 29-30), uma pergunta aberta a 8ª Promotoria de Justiça (APÊNDICE B, p. 31-32), e 02 (duas) perguntas abertas a 15ª Defensoria Pública (APÊNDICE C, p. 33-34), com intuito de conhecer as informações e dados relacionados ao tema do estudo, com foco nos três níveis de políticas públicas, primária, secundária e terciária, assim como, as articulações em rede desenvolvidas localmente, bem como as estratégias utilizadas nos casos de denúncia de violência contra a mulher.

Em razão das restrições impostas pela pandemia, as respostas das questões elaboradas foram obtidas por meio de entrevistas na plataforma Google Meet e recebimentos de informações por áudios.

5.3 Plano de análise de dados

Nesse contexto, o desenho traz como plano de análise e tabulação dos dados coletados na entrevista realizada, a análise quantitativa e qualitativa, para discutir, em que os resultados foram analisá-los conforme a doutrina e a legislação vigente.

É, pois, um modelo de conhecimento científico, nos quais são utilizados métodos formais com várias técnicas de amostragem, dentre elas, dados estatísticos, questionários e entrevistas (MARCONI; LAKATOS, 2010), nesta pesquisa voltada aos órgãos da rede de proteção à mulher.

5.4 Resultados e Discussões

Dadas as circunstâncias que envolvem o problema e os objetivos do trabalho, optou-se pela análise das questões e das respostas, organizadamente em três tópicos, os quais abrangem os três níveis de políticas públicas, respondidas pela Entrevistada A - Diretora da Casa da Mulher; Entrevistada B - Promotora de Justiça e pelo Entrevistado C - Defensor Público, quais sejam:

5.4.1. Políticas Públicas Primárias, prevenção:

Nessa subseção será apresentado os resultados da entrevista realizada:

O primeiro questionamento foi voltado a saber qual papel da Casa da Mulher na cidade de Imperatriz, como rede de proteção às mulheres vítimas de violência? A **Entrevistada A** respondeu: "A Casa da Mulher desempenha um papel fundamental no atendimento e acolhimento humanizado para evitar a revitimização, além disso, é referência em propor em um único espaço, o acesso das mulheres aos diversos serviços nos órgãos de apoio à justiça".

Na sequência se perguntou quais as políticas públicas e as estratégias utilizadas para atendimento, acolhimento e enfrentamento dos crimes contra a mulher, e de que forma estão impactando na comunidade local? Obteve-se como resposta da **Entrevistada A**: "Às políticas públicas são trabalhadas coletivamente com o Governo do Estado do Maranhão, e com os demais órgãos que compõem a Casa da Mulher, como destaque: as campanhas de conscientização para mudança de cultura social, nas escolas de nível fundamental e médio, em empresas privadas, e a capacitação para empoderamento de mulheres em relação à segurança financeira e apoio psicológico para autovalorização e autoconhecimento, para que a mulher tenha confiança, e possa sair do estado de vulnerabilidade que se encontra".

Nesse viés, apesar dos desafios e das complexidades para trabalhar a prevenção desse tipo de violência, constatou-se, ao nível de políticas públicas primárias, que a rede de apoio está em consonância com as medidas integradas de assistência às mulheres, prevista do art. 8.º da Lei Maria da Penha, ao fomentar o conhecimento por meio de campanhas informativas, educativas e pedagógicas, com apoio governamental e do setor privado, ao desenvolver palestras nas comunidades, escolas, associações, faculdades, e ao promover em um único espaço, serviços especializados, protetivos e assistenciais, tendo em vista, conforme comprovado, que a maioria das mulheres, desconhecem seus direitos e o conteúdo da Lei.

Em seguida se perguntou quais são as estratégias utilizadas pela Promotoria de Justiça para prevenir e combater os crimes contra a mulher, e de que forma são aceitas pela comunidade? Respondendo à **Entrevistada B** disse:

A Promotoria tem várias frentes de trabalho (...), sempre ligada a informação do processo educativo, pedagógico por meio de palestras, o projeto mais consolidado que temos aqui é o Conversando com Elas, onde o objetivo é o promotor ir até às comunidades e conversar com as mulheres sobre a Lei Maria da Penha, sobre os direitos dessas mulheres, pois se acredita que uma mulher bem informada sobre seus direitos, ela mesma terá mais autonomia para vencer os desafios, as violências, e de empoderamento dessas mulheres na comunidade compartilhando conhecimentos e informações. (...) além desse trabalho, no Ministério Público tem um projeto chamado Grupo Reflexivo Novo Olhar, foi o primeiro grupo do Ministério Público no Maranhão, lançado por volta de 2018, é um momento, é instrumento, é uma forma, é uma abordagem com os homens que estão submetidos a processos, eles são encaminhados pela justiça, não é uma demanda espontânea, os homens são encaminhados por determinação judicial, são obrigados a frequentar os encontros, no total de 10 (dez) a 12 (doze) encontros onde os homens são submetidos a informações, a internalizar uma outra forma de se relacionar com o gênero feminino, é uma quebra de paradigmas dessa cultura de violência, onde ele vai desconstruindo toda esse processo de socialização que ele foi submetido, algo importante também no pilar de prevenção, onde o homem pode optar por um caminho pacífico (...). São esses dois projetos que estamos trabalhando. (...) A prevenção deve ser encarada como um grande pilar para enfrentamento da violência contra a mulher, acredito muito nessa linha de prevenção, especialmente através dessas práticas, de desconstruir todo esse machismo, todo esse patriarcado que está por trás dessa violência contra as mulheres. (...) voltando as atividades presenciais a minha ideia é passar por bairros onde a gente tem percebido que tem apresentado uma demanda mais significativa, nas reuniões que participa da rede, tem registro do Bairro Bom Jesus, tem sido citado, eu já estive lá, mas tem sido apontado inclusive, no aspecto para além da violência doméstica, na violência sexual acontecendo com pessoas estranhas (...) mapear alguns bairros mais problemáticos onde há uma demanda maior.

Assim sendo, nos ensinamentos de Cunha e Pinto (2021), essas medidas integradas, são um conjunto de ações articuladas para prevenir e conter o ciclo de violência contra a mulher, em observância às diretrizes da Convenção de Belém do Pará, para conscientizar o público sobre os problemas relacionados à violência.

5.4.2. Políticas Públicas Secundária, grupos de riscos:

O questionamento direcionado nesse rol de perguntas foi direcionado a saber quantas mulheres vítimas de violência são atendidas por ano na Casa da Mulher? E obteve-se como **resposta da Entrevistada A:**

Como foi inaugurada em ano de pandemia, os números atuais não refletem a realidade, tendo em vista os casos de subnotificações. No ano de 2021, a Casa registrou mais de 3.000 atendimentos presenciais sem contar os atendimentos virtuais. Atualmente, registra-se uma média de 400 a 500 atendimentos por mês, e uma média de 100 a 150 novos casos de violência, sem contar os atendidos nos finais de semana no plantão central, posteriormente encaminhados via inquérito para Delegacia da Mulher.

Em seguida se perguntou quais os perfis (faixa etária e grau de instrução) das vítimas de violência atendidas e os tipos de violência registrados nos últimos três anos (2019 a 2021)? E a **resposta do Entrevistado C** foi:

Em relação aos dados estatísticos, é um grande problema da questão de violência contra a mulher, é exatamente a ausência de dados confiáveis, se você tentar buscar dados estatísticos, como exemplo no estado do Maranhão, com esse recorte de perfis, faixa etária e grau de instrução, você percebe que não encontrará, não há essa sistematização(...), mas em relação às que procuram mais a rede, são as de menor grau de instrução e de menor poder aquisitivo, isso de forma alguma quer dizer que as demais não sofrem a violência. Se pegarmos as mulheres de baixa renda, essas mulheres que não têm a condição de auto se sustentarem, de mudar de cidade, ela vai atrás da rede de proteção, embora a rede de proteção esteja disponível para todas as mulheres, (...). Com a pandemia isso tem se acentuado muito, tem dificultado muito as pessoas saírem da violência.

(...) Quanto aos tipos de violência, a maior quantidade de ato de violências, são as violências morais, normalmente as que mais acontecem, até porque, os atos mais graves são sempre precedidos de violência moral, psicológica, (...) dificilmente nós pegamos um caso aqui, ainda que tenha uma situação de agressão física, que não tenha um episódio, ou seja precedido de violência moral, psicológica por meio da ameaça. Seguindo disso, normalmente sim, tem a violência física, nem todas, claro, chegam a esse ponto, mas é um número expressivo sim, (...). E não têm sido comuns os relatos de

violência patrimonial, talvez porque as pessoas acabam nem relatando, mas é muito comum, as situações de desentendimento, alguém rasgar uma roupa, quebrar um celular, reter documentos na tentativa de prejudicar, tudo isso é violência patrimonial também(...).

Diante do exposto, resta claro, que os números de atendimento e ocorrências registrados na Casa da Mulher Maranhense, são bastantes expressivos, contudo, o grau de dificuldade em obter dados confiáveis e de forma sistematizada na rede de proteção, contradiz com fundamento do art. 38 da Lei n.º 11,340/2006 (Lei Maria da Penha) o qual prevê, que seja implementado um sistema de estatística para que se possa da visibilidade a essa situação.

No entendimento de Cunha e Pinto (2021, p. 327-328), “as estatísticas referentes aos crimes previstos na Lei Maria da Penha, são fundamentais para um combate inteligente à criminalidade, no entanto, por vários fatores, não se confere a importância que merece”. Por outro ângulo, o Formulário Nacional de Avaliação de Risco surge como uma ferramenta para identificar os dados referente à situação de risco vivenciados pelas mulheres, e auxiliar no processo de desenvolvimento de ações e de políticas públicas para enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

5.4.3. Políticas Públicas Terciária, resposta após a violência:

Nessa linha de discussão, questionou-se se existe alguma intervenção psicossocial ou programas de aconselhamento para as mulheres vítimas de violência? Se sim, como funciona? A **resposta da Entrevistada A** foi: “Sim. A casa possui um sistema diferenciado e humanizado com atendimento psicológico, assistencial e jurídico. A vítima faz um pequeno relato na recepção sendo direcionada para avaliação com escuta especializada psicossocial, e após resultado, é direcionada ao fluxo de atendimento nos demais órgãos”.

Em seguida, perguntou se as mulheres vítimas de violência recebem alguma cartilha informativa que contenham os direitos da mulher e o fluxo após denúncia? E se obteve como **resposta da Entrevistada A**: “Recebem uma cartilha informativa contendo informações sobre a Lei Maria da Penha, ações realizadas pela Casa, e os dados com os endereços e números da rede de apoio, para os casos de urgência”.

Além disso, perguntou ainda de que forma a Defensoria atua nos casos de denúncia de violência, e como lidam com as situações que envolvem subnotificações? E em **resposta o Entrevistado C** mencionou:

(...) a Defensoria Pública, não vai se prestar uma assistência jurídica apenas para orientá-la, encaminhá-la para delegacia e não é só pedir medida protetiva, mas é de forma integral (...) No momento do acolhimento, a mulher pode desejar solucionar questões do

relacionamento, se ela pede a medida protetiva e, ao mesmo tempo quer solucionar, por exemplo, o divórcio, um reconhecimento de solução de união estável, uma partilha de bens, resolver questões dos filhos, seja a guarda e a pensão, então em todas essas questões, por meio da defensoria ela recebe esse amparo. (...) é cabível. Inclusive, também acompanhando essas mulheres nas audiências, não somente no aspecto civil, mas também nas audiências criminais, essas mulheres não vão sem orientação, com várias dúvidas e sem acompanhamento jurídico, é comum as mulheres não terem ido ou conhecido as audiências, instruídas no sentido de saber e evitar situações de revitimização (...).

(...) o que se trabalha diante da realidade da subnotificação é com a informação, por meio das medidas de orientação e educação em direitos humanos. (...), então frequentemente a defensoria está em contato com as universidades, com as associações, com os movimentos sociais, trabalha lado a lado com a rede de proteção, (...) está sempre disponível, na finalidade de educar e promover direitos, (...) a defensoria de várias formas, tenta, diminuir essa desigualdade, é um trabalho longo, é um trabalho difícil, e estamos longe ainda de fazer, é por isso que é um trabalho em rede e exige um esforço conjunto, só assim, de fato que vamos conseguir, se não acabar, ao menos diminuir essa situação de violência contra as mulheres.

A partir das informações apresentadas, ao nível de políticas públicas terciárias, ou seja, após a violência, identificou-se, que a rede de apoio desempenha um papel fundamental, na prestação de serviços à mulher vítima de violência, eficazmente, humanizada e articulada, em atenção aos princípios e diretrizes das normas e políticas públicas, conforme previsto no artigo 9.º da Lei Maria da Penha.

Ao corroborar com o exposto, Mendes e Curin (2020), tecem alguns comentários a respeito da urgência no atendimento das vítimas de violência, como, priorizar o acesso rápido, seguro e direto aos órgãos vinculados ao poder judiciário, para garantir o suporte necessário e a efetividade das medidas protetivas e assistenciais.

6 CONCLUSÃO

Fica evidente, portanto, que este artigo expôs informações e dados de grande relevância sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, um tipo de violência enraizada na desigualdade histórico-cultural que impõe à mulher um papel de submissão nas relações familiares e de intimidade, a qual, ainda é um grande desafio para as políticas

públicas e para a rede de proteção, principalmente, em um país com altos índices de violência e de hostilidade com relação às mulheres.

Contudo, não se pode negar que haja uma evolução das normas e diretrizes para combater esse crime, tal como das políticas públicas, importantes e essenciais para fortalecimento do trabalho articulado na rede de proteção da mulher, entretanto, ainda, longe do ideal para trabalhar a mudança de cultura tão necessária quando se fala em discriminação e desenvolvimento da cidadania das mulheres na sociedade.

Nesse raciocínio, a pesquisa obteve êxito e respondeu ao problema de pesquisa proposto, e cumpriu com os objetivos elaborados, especialmente, na perspectiva de comprovar o trabalho articulado da rede de proteção e das diretrizes de políticas públicas aprovadas e implantadas, considerados como avanços legais e significativos presentemente, diante de um cenário em que a mulher se vê cada vez mais vulnerável e acuada para procurar ajuda.

Interessante destacar, que os órgãos pesquisados, trabalham coletivamente e significativamente o processo educativo como pilar de prevenção nos programas de mobilização nas comunidades, e nos demais segmentos públicos e privados, como exemplos citados nessa pesquisa; os centros comunitários e escolas, levando informações de diversas formas, para que as mulheres estejam mais conscientes sobre seus direitos, tendo em vista, conforme comprovado na entrevista realizada, que muitas delas desconhecem o conteúdo da Lei Maria da Penha.

Da mesma forma, salienta-se o interesse, disponibilidade e receptividade dos entrevistados para responder às perguntas e contribuir para elaboração deste estudo, objetivando também fazer chegar ao conhecimento da sociedade as diversas modalidades de serviços, cursos e programas assistenciais com equipes multidisciplinares, disponíveis na rede de proteção.

Portanto, a Casa da Mulher Maranhense é uma das muitas frentes de trabalho para prevenção, proteção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem atuante em acolher e orientar, de forma humanizada, às vítimas de violência. Todavia, conforme às dificuldades identificadas, é necessário dar maior visibilidade ao trabalho ali realizado, como sugestão, por novas abordagens de pesquisa.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Articulação do trabalho em rede para a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar**. Permitida a reprodução mediante citação da fonte Composição do CNMP, p. 141, 2018. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?https://www1.ufrb.edu.br/etica/images/VIOLENCIA_CONTRA_A_MULHER_CNMP.pdf#page=141. Acesso em: 19 de fevereiro de 2022.

AMB, Associação dos Magistrados Brasileiros. **Em Fórum Sobre a Violência Contra a Mulher, AMB enfatiza necessidade da “Sinal Vermelho” se tornar política pública.** Disponível em: <https://www.amb.com.br/em-forum-sobre-violencia-contra-mulher-amb-enfatiza-necessidade-da-sinal-vermelho-se-tornar-politica-publica/>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Violência doméstica e sexual.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2022.

BARBOSA, Waleska Belloc; MEDEIROS, Maria Júlia Magno Maia de. **Violência contra a mulher e a covid-19: Análise de políticas públicas antes e durante a pandemia.** Revista de Estudos Interdisciplinares, v. 3, n. 2, 2021. Disponível em: <https://ceeinter.com.br/ojs3/index.php/revistadeestudosinterdisciplinar/article/view/131/128>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2022.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres.** Lei Maria da Penha, crimes sexuais e feminicídio. 3ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador Bahia, 2021.

BIANCHINI, Alice. Leituras de direito: **Violência doméstica e familiar contra a mulher.** FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/files/livro-fonavid.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2021.

BIANCHINI, Alice. **“Violência contra a mulher no contexto do isolamento provocado pela pandemia”.** Disponível em: <https://apidep.org.br/advogada-alice-bianchini-fala-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-contexto-do-isolamento-provocado-pela-pandemia-no-encerramento-do-webinario/>. Acesso em: 03 de abril de 2021.

BOTELHO, L. L. R.; CUNHA, C. C. DE A.; MACEDO, M. **O método da revisão integrativa nos estudos organizacionais.** Gestão e Sociedade, v. 5, n. 11, p. 121-136, 2 dez. 2011. Disponível em: <https://www.gestoesociedade.org/gestoesociedade/article/view/1220>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

_____. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. **Lei do feminicídio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

_____. Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. **Insera no Código Penal o art. 147-A para tipificar o crime de perseguição**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiacao/>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

_____. Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDResumo. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Processos de violência doméstica e feminicídio crescem em 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-de-violencia-domestica-e-feminicidio-crescem-em-2019.02018>. Acesso em: 12 de março de 2021.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **XIII Jornada Lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2021.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Tabela de Assuntos processuais**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 25 de fevereiro de 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 14.132/21: Insera no Código Penal o art. 147-A para tipificar o crime de perseguição**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiacao/>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**. Lei Maria da Penha 11.340/2006 Comentada artigo por artigo. 10ª edição revisada, ampliada e atualizada. Editora JusPODIVM. Salvador Bahia, 2021.

DECRETO Nº 1.973/ 1996. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 13 de maio de 2021.

DataSenado. **Violência doméstica e familiar contra a mulher.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2021>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **14 anos da Lei Maria da Pena: avanços e desafios** Congresso Virtual do IBDFAM: Família, Gênero e Direitos Fundamentais SOLENIDADE E CONFERÊNCIA DE ABERTURA 15/10/2020. Disponível em: [http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_13149\)14_anos_da_Lei_Maria_da_Pena_avancos_e_desafios.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_13149)14_anos_da_Lei_Maria_da_Pena_avancos_e_desafios.pdf). Acesso em: 28 de março de 2021.

DUTRA, Eva Ornela Moreira. **Lei Maria da Pena e políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher.** Repositório de Trabalhos de Conclusão de Curso, 2020. Disponível em: <http://www.pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositoriottcc/article/viewFile/2495/1732>. Acesso em: 28 de março de 2021.

ECHEVERRIA, Gabriela Bothrel. **A Violência psicológica contra a mulher: Reconhecimento e Visibilidade.** Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25651/15672>. Acesso em: 24 de abril de 2021.

Escola Superior do MPMA. **Violência Psicológica: aspectos protetivos e de tipicidade criminal** - Palestra da ESMP MA. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xSpmGb4dskQ>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2022.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Violência contra mulheres em 2021.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

GOMES DE ALMEIDA, Cleison Virginio; SANTOS CAPELETE, Adson Lucas dos; GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Violência contra a mulher: Tratamento Legislativo e Jurisprudencial.** Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, [S.l.], v. 10, n. 39, p. 252-266, nov. 2019. ISSN 2178-2008. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/174>. Acesso em: 02 abril de 2021.

GOMES, Kyres Silva. **Violência contra a mulher e Covid-19.** Revista Espaço Acadêmico, v. 20, n. 224, p. 119-129, 2020. Disponível em:

<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/55007/751375150781>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

GONCALVES, Me. Jonas Rodrigo; GAUDÊNCIO LEÃO, Letícia Fernandes. **Crimes contra a mulher e a eficiência das políticas públicas**. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/165>>. Acesso em: 02 abril de 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 13ª edição. Editora Impetus. Niterói, RJ, 2019.

GUTERRES, Antonio: **violência contra mulheres é ameaça a direitos humanos em nível mundial**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/102441-guterres-violencia-contra-mulheres-e-ameaca-direitos-humanos-em-nivel-mundial>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. **Atlas da Violência 2020 Principais resultados**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2022.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). **Relatório O Poder judiciário no enfrentamento à violência contra as mulheres**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/190830_rel_poder_judic_no_enfren_a_viol_domest_familiar_contra_as_mulheres.pdf. Acesso em: 28 de março de 2021.

Instituto Avon. **Você não está sozinha**. Disponível em: https://www.instagram.com/p/B-scPOSHbn4/?utm_source=ig_embed&ig_rid=df9208ce-6ea0-4cff-9c66-5aa81e5b44ff. Acesso em: 04 de fevereiro de 2022.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

LIMA, Eduardo Felipe Teixeira. **Percepção das mulheres sobre a efetividade da lei 11.340/06–lei maria da penha: uma revisão de literatura**. *Gênero & Direito*, v. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <https://periodicos3.ufpb.br/index.php/ged/article/view/42373/22482>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de **Metodologia Científica**. 7ª Edição. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 779 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF779.pdf>>. Acesso em: 30 de março de 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Da carta das mulheres aos dias atuais 25 de anos de luta pela garantia dos direitos fundamentais das mulheres.** Disponível em: <<https://www.soraiamendes.com.br/da-carta-das-mulheres-aos-dias-atua>>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

MENDES, Soraia; BURIN, Patricia. **Combate à violência doméstica: É possível avançar em tempos de covid-19?** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324439/combate-a-violencia-domestica--e-possivel-avancar-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 30 de março de 2021.

MOREIRA, J. M.; SILVA PEIXINHO, H. L.; DE OLIVEIRA CORDEIRO, G.; DE SOUZA, J. M. **Concepções de gênero e violência contra a mulher.** Ciências Psicológicas. Disponível em: <<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/cienciaspsicologicas/article/view/2309>>. Acesso em: 09 abril 2021.

MESECVI. **O que é e como funciona o Meseuvi.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/meseuvi/#:~:text=MESECVI%20%C3%A9%20a%20sigla%20em,vamos%20entender%20como%20ele%20surgiu>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2022.

MUNIZ, Alexandre Carrinho; FORTUNATO, Tammy. **A assistência judiciária às mulheres em situação de violência doméstica nas ações penais como direito fundamental.** Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/1_a-assistencia-judiciaria-1.pdf. Acesso em: 28 de janeiro de 2022.

ONU MULHERES. **UNA-SE pelo fim da violência contra as mulheres.** Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/noticias/una-se-pelo-fim-da-violencia-contra-as-mulheres-2020-colocar-em-destaque-as-causas-e-consequencias-da-violencia-contra-mulheres-e-meninas-em-sua-diversidade-no-brasil/>. Acesso em: 01 de abril de 2021.

Recomendação geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Cedaw). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2022.

Senado Notícias. **Projeto que facilita o divórcio para mulheres vítimas de violência é aprovado pelo Senado.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2021/03/projeto-que-facilita-o-divorcio-para-mulheres-vitimas-de-violencia-e-aprovado-pelo-senado>. Acesso em: 01 de abril de 2021.

Senado Notícias. Agência Senado. **Sancionada lei que institui formulário para identificar risco de violência às mulheres.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/06/sancionada-lei-que-institui-formulario-para-identificar-risco-de-violencia-as-mulheres>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23ª Edição revisada, 5ª Reimpressão. Cortez editora. São Paulo, 2010.

SINAL VERMELHO. Disponível em: <https://sinalvermelho.amb.com.br/sobre-a-sinal-vermelho/>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2022.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. 1ª edição eBook, Editora Brasiliense. São Paulo, 2017.

WEBINÁRIO ESMPMA - **Direito das Vítimas. Mitos e Realidades**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8PwJ1AgyVp4>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

O DIREITO CONSTITUCIONAL DE IR E VIR E A PANDEMIA DA COVID-19

ANNA CAROLINA SCHMITZ.

Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi, Unirg⁴⁷.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI⁴⁸.

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem por fim analisar o direito de ir e vir no contexto da Constituição Federal de 1988 e a situação da pandemia do vírus COVID-19, levando em conta o quanto é necessário a suspensão dos direitos de ir e vir. De forma que, utiliza-se de um estudo bibliográfico e descritivo para elaborar a pesquisa. Neste caso, irá analisar as medidas de isolamento (quarentena) que visavam para manter as pessoas afastadas, para reduzir sua movimentação em locais públicos e evitar aglomerações foram medidas suficientes para combater a pandemia, bem como observar sobre um princípio sobressair o outro em prol do bem comum.

Palavras-chave: direito de ir e vir; Constituição Federal; COVID-19.

ABSTRACT : The present research aims to analyze the right to come and go in the context of the Federal Constitution of 1988 and the situation of the COVID-19 virus pandemic, taking into account how necessary the suspension of the rights to come and go is. So, it uses a bibliographic and descriptive study to develop the research. In this case, it will analyze the isolation measures (quarantine) that aimed to keep people away, to reduce their movement in public places and avoid agglomerations were sufficient measures to combat the pandemic, as well as to observe on a principle to excel the other in favor of the common good.

Keywords: Right to come and go; Federal Constitution; COVID-19.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Direito De Ir E Vir Perante A Constituição Federal. 2.A Pandemia Do Covid-19 E A Necessidade Do Isolamento Social. 3. Choque Entre Princípios – Direito

47 E-mail: annacschmitz@unirg.edu.br

48 Graduada em Direito na FAFICH (2000); Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Anhanguera (2005); Mestre em Gestão Pública pela UFT (2018); Professora na Unitins de Palmas/TO; Diretora-Geral da ESA-TO (2021), Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO. E-mail: veronicaprado@unirg.edu.br

De Ir E Vir E O Direito A Vida E O Sobressaimento Deste. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 está comprometendo o sistema de saúde de praticamente todo o planeta, desde dezembro de 2019, ocorreu o surgimento desse vírus em Wuhan na China, e no dia 25 de fevereiro de 2020 o primeiro caso no Brasil, interessante esclarecer, que estudos apontam que com o passar dos anos, os contágios de doenças de grande porte ocorrerão com mais facilidade, assim como desencadeou o Sars-Cov-2.

Um dos motivos para o contágio com rapidez atualmente é a facilidade de deslocamento das pessoas de um local para outro em um curto período de tempo, facilitando que um agente infeccioso também possa ser transportado para outro local e, assim, conseguir infectar outras pessoas.

No ano de 2020, enquanto os cientistas estudavam um tratamento, bem como um imunizante, foram adotados no Brasil medidas de prevenção para que melhor protegessem os cidadãos, utilizando-se a quarentena, lockdown, isolamento social, bem como, outros decretos editados pelos governadores em seus respectivos Estados.

No Brasil, os estados federados tiveram liberdade para legislar sobre o funcionamento de comércios e indústria, muitas vezes, ordenando o fechamento de empresas e proibindo, até mesmo, cidadãos de transitarem em locais públicos onde poderia haver aglomeração de pessoas, essas medidas sempre tomadas com o devido motivo e justificativa.

Em consequência disso, houve o fechamento de muitos comércios de diversos portes, devido a não circulação de clientes e baixa consumação dos produtos ofertados pelo mesmo, decretando assim a falência de empresas e segmentos de mercado.

O presente trabalho utilizou de pesquisas bibliográficas e documentais, com auxílio de internet, utilizando de vários autores para ter embasamento sobre o tema abordado. Assim, a pesquisa analisa o direito de ir e vir nos tempos de pandemia, dando um conceito geral de pandemia, além de falar da Covid-19, e da ponderação que deve ser utilizada na situação em que dois direitos fundamentais entram em contradição.

1.0 DIREITO DE IR E VIR PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A priori, os direitos e garantias fundamentais fazem parte do rol das cláusulas pétreas, logo, são incluídos princípios positivos absolutos e relativos, que tem por fim é

assegurar a condição individual da pessoa humana no que tange sobre seus direitos, e que estão consagrados na Constituição Federal em o ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Pinho:

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessário para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes (2006, p. 67).

Ainda, conforme Mesquita e Motta (2021, p. 199):

Nas democracias modernas, os direitos fundamentais representam uma realidade imperativa, haja vista sua finalidade assecuratória de condições ao exercício de todas as faculdades inerentes à condição humana. Há, com efeito, um vínculo indissolúvel com o conceito daquilo que se entende como o mínimo existencial, destinado à consecução dos elementos necessários

Assim, os Direitos fundamentais – também conhecidos como liberdades públicas – são aqueles reconhecidos na própria lei amparada pela carta magna de um determinado país. Dessa forma, os direitos fundamentais são reforçados através dos princípios da liberdade, equidade e dignidade das pessoas e, portanto, permitem que os indivíduos se desenvolvam/vivam de forma livre e digna.

Apesar dos direitos fundamentais possuírem como característica a Historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, concorrência, efetividade, estando alicerçado aos poderes públicos, em relações de fato e de direito, não há o que se falar em caráter absoluto dessas normas. Caso o fosse, estaríamos diante da possibilidade de serem exercidos de forma arbitrária e desprovida de parâmetros, sendo totalmente contrário ao princípio da razoabilidade, impossibilitando uma aplicação justa e proporcional destes Direitos.(MEIRELES; INCHAUSTE, 2021, p. 3)

Portanto, o direito de ir e vir presente hoje no Brasil, encontra-se abarcado como um dos direitos fundamentais, estando disposto *in verbis* no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988, que reza da seguinte forma: “É livre a locomoção no território

nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens” (BRASIL, 1988)

A liberdade de locomoção, assim impropriamente chamada, pois é o direito de ir, vir e também de ficar – jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque – é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça (FERREIRA FILHO, 2020, p. 261).

Destarte, entende-se então que todo cidadão tem direito de locomoção por qualquer lugar que vá e queira, seja ruas, bancos, supermercados, lugares públicos em geral, em atinência a tal princípio regido pela Constituição, existem algumas hipóteses que existe a constrição de tal direito.

Todavia, o direito de locomoção – ir e vir – não é um direito absoluto. Portanto, se faz necessário a análise do conteúdo constitucional para que não seja utilizado de forma indevida ou que seja restrito tais direitos fundamentais, sendo sempre aplicados com base nas normas constitucionais e nas leis que regem o ordenamento jurídico, e sempre com respeito ao princípio da não-regressão social na medida do possível.

2.A PANDEMIA DO COVID-19 E A NECESSIDADE DO ISOLAMENTO SOCIAL

O combate à Covid-19 se tornou tema muito relevante para todos os países do mundo, devido o fato da facilidade de sua disseminação houve a necessidade de que cada Estado exercessem um melhor controle populacional para evitar maiores contágios e, portanto, mais vítimas mortais. Não se sabia inicialmente que um vírus iniciou circulando pelas cidades da China iria se alastrar de maneira tão rápida e voraz por todo o mundo até chegar no Brasil, onde foi disseminado por todos entes federativos.

Assim, o vírus Sars-Cov-2 criou de fato uma crise sanitária na saúde do mundo inteiro, onde não houve opções a não ser criar uma certa restrição que limitassem algumas práticas dos indivíduos de cada país, fazendo com que diversos outros setores entrassem em “convulsão”.

O que se veio à tona de “cara” foram questões sobre vários direitos fundamentais, e medidas devem ser tomadas para garantir sua proteção e também a proteção do todo, levando em conta o desconhecimento da origem do vírus e também a sua cura.

No Brasil, diversas medidas foram adotadas pelos estados e municípios, como o fechamento de escolas e comércios não essenciais. Trabalhadores foram orientados a desenvolver suas atividades em casa, alguns municípios e estados encerraram-se em seus limites e divisas. Autoridades públicas locais chegaram a decretar bloqueio total (lockdown), com punições para estabelecimentos e indivíduos que não se adequassem às normativas. A restrição social resulta ser a medida mais difundida pelas autoridades, e a mais efetiva para evitar a disseminação da doença e achatar a curva de transmissão do coronavírus. Geralmente, a repercussão clínica e comportamental dessa obrigação implica mudanças no estilo de vida e pode afetar a saúde mental dos cidadãos. (MALTA, 2021, on-line)

Preliminarmente, o que deve ser levado em conta é o fato de se tratar de de uma crise de saúde, onde já tocou primeiramente nos direitos que versam sobre a saúde, logo trás a sua conjuntura o direito à vida e à integridade física. Dessa forma, foi necessário que fosse adotado medidas de distanciamento social para que evitasse a propagação do vírus e diminuindo o número de óbitos.

De acordo com FRANCO (2021, on-line), existem alguns tipos de distanciamento social, faz saber:

Lockdown: Maneira restritiva obrigatória que impede a circulação em lugares públicos e apenas libera atividades consideradas essenciais.

Isolamento social: É a restrição que tem como objetivo diminuir o contato entre pessoas que não moram na mesma casa e impede eventos que possam gerar aglomeração.

Fases restritivas: Consistem em fases que determinam a porcentagem segura de ocupação em determinados lugares públicos, como parques, restaurantes, bares, academia e entre outros. Ainda não é possível que esses locais operem com 100% de sua capacidade, sendo necessário reduzir a porcentagem para que as medidas de distanciamento social sejam eficazes.

Ainda conforme o mesmo autor, é necessário ponderar dois tipos de isolamento social:

Há dois tipos de isolamento social, o isolamento vertical e o horizontal.

Isolamento vertical: Limita-se ao grupo considerado de risco para a COVID-19, idosos e portadores de doenças pré-existentes.

Isolamento horizontal: Não há limitações de grupos e as recomendações são para que todas as pessoas fiquem em casa.

A lei 13.979/20 trouxe em seu art. 2º, a definição de "isolamento" e "quarentena":

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. (BRASIL, 2020)

Sem estar diferente dos outros países, o Brasil acabou por analisar adoção de diferentes estratégias de distanciamento social, quais fossem elas tanto verticais ou horizontais, ainda assim foi necessária observar como estava a situação do país e a progressão da epidemia em um determinado contexto. Assim como já pontuado acima, a estratégia efetiva de "isolamento vertical" poderia ser a mais eficaz, também porque reduz os impactos econômicos e sociais associados ao "isolamento horizontal".

Não houve outra saída a não ser as que tratassem dos meios necessários para o resguardo do direito à vida e à saúde, dessa forma, estabelece o art. 196 da CRFB que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Todavia, a situação que se encontrou o Brasil, as condições de saúde e o colapso do SUS não conseguiriam manter sem continuar uma alta escala de contaminação. Isso se deve, em parte, à alta taxa de transmissão da infecção e à dificuldade de monitoramento e acompanhamento rigoroso dos casos e contatos, já que a proporção de indivíduos assintomáticos é próxima a 80% dos infectados.(WERNECK;SÁ, 2021)

Ressalta MOREIRA, et. Al. (2021, on-line):

O isolamento social se faz necessário devido a incapacidade de o sistema de saúde acolher todos os potenciais infectáveis. A exposição sem restrições dos indivíduos ao coronavírus pode fazer o sistema de saúde entrar em colapso. Devido a fácil transmissibilidade e a ausência de uma droga específica para esse vírus, medidas que evitem o contato e a circulação de pessoas dificultam a propagação da doença e possibilita que o sistema de saúde consiga tratar de todos os doentes.

O país chegou em uma situação caótica, devendo as autoridades públicas replicar esforços e recursos para salvaguardar a vida e a saúde das pessoas, o que foi feito através de decretos estaduais e da lei 13.949/2020, esta trouxe em seu corpo textual medidas que deveriam ser adotadas para contenção do vírus:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou (Vide ADPF nº 754)

e) tratamentos médicos específicos;

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) (Vide ADI 6343)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus[...] (BRASIL, 2020)

Assim, buscando evitar a disseminação do vírus, conforme disposto no texto de lei acima, houve a necessidade de serem adotadas medidas extremamente rigorosas, como isolamento social, lockdown, - mesmo sendo considerado o mais “agressivo” dentre as medidas, dentre várias outras restrições que buscaram segurar a disseminação estrondosa do vírus. (MESQUITA;MOTTA, 2020)

No entanto, às vezes essa tarefa exigiu medidas que afetaram outros direitos fundamentais. Portanto, são várias as situações em que a proteção do direito à vida e à saúde conflita com outros direitos. É o caso, por exemplo, das restrições ao direito de locomoção.

3 CHOQUE ENTRE PRINCÍPIOS – DIREITO DE IR E VIR E O DIREITO A VIDA E O SOBRESSAIMENTO DESTES.

De acordo com o que já foi dito anteriormente, direito de locomoção está resguardado no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal/88, não é um direito fundamental absoluto existem algumas ressalvas dentro da própria Constituição que trazem alguns restrições sobre os direitos de ir e vir alguns deles são: estado de sítio que

é o que dá a restrição generalizada em alguma situação gravíssima, prisão em flagrante, prisão civil, administrativa ou especial para fins de deportação e outros.

Isso pode ser averiguado, quando o próprio ordenamento jurídico prevê situações que esse Direito pode ser limitado, como por exemplo:

Prisão em flagrante (Art.302 do Código Processual Penal), Prisão Civil por descumprimento de pagamento de pensão alimentícia (Art. 5, LXVII da Constituição da República) e o estado de sítio (Art.137 da Constituição da República), sendo este último, a hipótese, ao qual, é legítimo ao chefe de estado decretar restrição generalizado do Direito de locomoção, cenário que se faz muito próximo ao estágio de pandemia que o Brasil se encontra inserido.(MEIRELES; INCHAUSTE, 2021, p. 5)

Assim, ressalta-se a já citada lei nº 13.949/20 e todo decreto estadual, possui legitimidade pela teoria da competência concorrente, dessa forma, tais normativas, prevêm medidas de isolamento e quarentena, com o objetivo de proteger o direito à saúde, logo abarcado pelo direito à vida. Deste meio, se vale o estudo aceitará a ótica da premissa do absolutismo desse bem jurídico. Ou seja, se um direito fundamental conflita com o direito à vida, aplica-se a limitação do direito que conflita com o direito à vida. (MESQUITA;MOTTA, 2020)

Outro detalhe que deve ser lembrado é que o lockdown não impede que parte da população se desloque e, nem tampouco impede o desenvolvimento de atividades essenciais, tratando-se, portanto, de restrições parciais ao direito de ir e vir. Mas, para os doutores das redes sociais isso não basta. Muitos destes irascíveis internautas entendem, sem fundamento científico é claro, que os direitos individuais se sobrepõem aos direitos coletivos. Não, os direitos individuais não se sobrepõem aos direitos coletivos! Aliás, havendo conflito de normas, regras e princípios constitucionais, aplica-se o princípio da proporcionalidade que diz, em síntese, que um princípio constitucional deve ceder a outro princípio, prevalecendo, nas mais das vezes, o direito coletivo sobre o direito individual, desde que as regras (restritivas) impostas sejam necessárias e adequadas. (CURY, 2021, on-line).

Diante de tal análise, é certo que medidas como isolamento e quarentena foram necessárias para combater o novo coronavírus, pois As medidas mais eficientes durante qual época foram evitar aglomerações e, assim, evitar o contato humano a humano, que é o principal modo de transmissão. De acordo com o pesquisador Domenico Feliciello (2021, on-line):

Portanto, com ou sem isolamento haverá crise econômica, mas com isolamento evita-se número de contaminados e de óbitos elevados, conforme já constatado nos países que realizaram um isolamento mais consistente. Os dados mostram também que nas sociedades com índice de isolamento acima de 70% conseguiram um controle da epidemia em menor tempo.

Por outro lado, vários estudos mostram que o aumento de mortalidade por questões econômicas está mais relacionado com as políticas de austeridade fiscal, de longo prazo, que se propõem a fornecer estímulos econômicos aos diversos setores produtivos, concomitante à retirada ou diminuição de direitos dos cidadãos, incluindo reformas previdenciárias, flexibilização dos contratos de trabalho, diminuição de orçamentos para saúde, educação, promoção social e ciência e tecnologia.

Portanto, o que se finca a proporcionalidade em sentido estrito, pois não adentram diretamente a ponto de restringir a outros direitos fundamentais, e as medidas do de segurança foram limitadas no tempo para preservar a saúde pública, conforme estabelecido na lei 13.979/20.

Contextualizando o tema, com a chegada do novo coronavírus, deixou com que uma série de situações no país fossem questionadas. Ou seja, no início da pandemia, com decretos para conter o grande número de pessoas que contraíram a doença. (VIEIRA, 2021, on-line)

AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. SUSPENSÃO DA EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE DÍVIDAS MANTIDAS ENTRE O ESTADO E A UNIÃO. RECURSOS EMPREGADOS EM AÇÕES E MEDIDAS DE COMBATE À CRISE DO CORONAVÍRUS. LEI COMPLEMENTAR 173/2020. RENÚNCIA AO DIREITO SOBRE O QUAL SE FUNDA A AÇÃO. MANUTENÇÃO DOS OS EFEITOS DA LIMINAR DEFERIDA, RELATIVAMENTE AO PERÍODO DE VALIDADE DA MESMA.

PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PAGAMENTO DA PRESTAÇÃO VENCIDA E QUE SE ENCONTRAVA SUSPensa, SEM OS ÔNUS DE INADIMPLÊNCIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ação Civil Originária com pedido de medida liminar proposta pelo Estado do Pará em face da União, com pedido de provimento liminar para suspender a exigência de pagamento das prestações de dívidas mantidas entre o Estado e a União, de modo que os recursos disso decorrentes possam ser empregados em ações e medidas de combate à crise do coronavírus. 2. **A Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública, destacando, desde logo, no próprio preâmbulo a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade.** 3. **A gravidade da emergência causada pela pandemia do COVID-19 (Coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.** 4. **O princípio da segurança jurídica impõe o reconhecimento da validade e eficácia da decisão liminar proferida por este Relator, prestigiando-se, assim, a segurança que se deve esperar da atividade jurisdicional do Estado, especialmente no tocante à preservação das relações jurídicas legítimas que já se estabilizaram no tempo, como é o caso, afigurando-se como a solução mais razoável a concessão de efeitos prospectivos à medida liminar, possibilitando ao Estado o pagamento da prestação sem os encargos moratórios.** 5. Agravo interno a que se nega provimento.

(STF - ACO: 3373 PA 0089058-27.2020.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 15/03/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/03/2021) **grifo meu**

Por tudo já exposto o que fica claro, é que a necessidade de preservar o bem da vida se sobressai de forma direta aos demais direitos, não como forma de coerção, mas sim como forma de preservação e cuidado pelo todo. Em certas situações o legislador não pode pensar no individual, assim como foi na pandemia do covid é necessário que repense

de forma ampla principalmente quando não se tem noção da proporção que algumas atitudes podem ter, no caso em estudo a locomoção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se então que no caso objeto de estudo que trata se da pandemia do covid-19, se faz necessário analisar a que ponto os direitos fundamentais são amplos e a que ponto eles podem ser restringidos em prol de um todo, visto que o legislador em alguns casos, tem a necessidade de priorizar o coletivo em prol do individual.

Assim, o que ressalta se durante o estudo é que a pandemia do covid-19, trouxe grandes mudanças no quesito analisar a vida e os direitos individuais. De todas as formas o que se tem é que, com ou sem o isolamento existiria um grande impacto econômico no país que assolaria desde pequenos empresários aos grandes e seus empregados.

O que se é indiscutível afirmar é que existiu sim a necessidade e houve uma contenção no quesito do isolamento social, pois o mesmo que evitou mais mortes do que as que estiveram durante a pandemia. Tais mudanças trazem a discussão de em outros casos de pandemia como país agiria visto que a incerteza insegurança desta, que trouxe grandes prejuízos principalmente ao maior bem tutelado: a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 de março de 2022

LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 5 de abril de 2022

CURY, Maurício Guimarães. Lockdown, Direito De Ir E Vir E Doutores Das Redes Sociais. Disponível em: <http://www.curyemouresimao.adv.br/2021/03/31/lockdown-direito-de-ir-e-vir-e-doutores-das-redes-sociais/>. Acesso: 1 de fev de 2022.

FELICIELLO, Domenico. Pandemia: Direito à Vida e Economia. 2021. Disponível em: <https://www.nepp.unicamp.br/upload/documents/noticias/06d4eb4b2750c9c5d78a554851cc5ccd.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2022

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VIEIRA, Gabriel Ximenes Leão. O instituto constitucional do direito de ir e vir e o isolamento social em período de pandemia: Carta Magna x Vírus Sars-Cov-2 Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 jun 2021, 04:20. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56623/o-instituto-constitucional-do-direito-de-ir-e-vir-e-o-isolamento-social-em-perodo-de-pandemia-carta-magna-x-vrus-sars-cov-2>. Acesso em: 07 março 2022.

MALTA, Deborah Carvalho et al. A pandemia da COVID-19 e as mudanças no estilo de vida dos brasileiros adultos: um estudo transversal, 2020. Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, v. 29, n. 4, e2020407, set. 2020. Disponível em <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742020000400025&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 06 mar 2022. Epub 21-Set-2020. <http://dx.doi.org/10.1590/s1679-49742020000400026>.

MEIRELES, Adriano Olinio; INCHAUSTE, Vinícius de Moraes. DIREITO DE IR E VIR E A COVID-19. 2021. Disponível em: <http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/download/158/154>. Acesso em: 3 de maio de 2021

MESQUITA, Saulo Marques Mesquita. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DA COVID-19. Disponível em: <https://portal.tce.go.gov.br/documents/20181/413675/Artigo%20de%20conselheiros%20analisa%20impactos%20da%20pandemia%20sobre%20direitos%20fundamentais/75ce0984-d8fd-4a0c-8603-7955ce208fb3>. Acesso em: 4 de fev de 2022.

PINHO, R. C. R. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MOREIRA, D. J. et. Al.. A Importância do Isolamento Social no Contexto da Pandemia de Covid-19 | Ligas. 2020. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/a-importancia-do-isolamento-social-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 3 de maio de 2021

STF - ACO: 3373 PA 0089058-27.2020.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 15/03/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/03/2021

Werneck, Guilherme Loureiro e Carvalho, Marília Sá A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada. Cadernos de Saúde Pública [online]. v. 36, n. 5



www.conteudojuridico.com.br

[Acessado 7 Maio 2022] , e00068820. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>>. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>.

JORNADA 12X36 E OS IMPACTOS NA SAÚDE DO TRABALHADOR

THIAGO AIRES DO NASCIMENTO:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).⁴⁹

RESUMO: A presente pesquisa envolve a jornada de trabalho com escala de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso e os impactos a saúde dos trabalhadores submetidos a essa forma de exercício de labor. Nos últimos anos essa questão vinha sendo amplamente discutida na jurisprudência, e com a Reforma Trabalhista houve a inserção do artigo 59-A disciplinando sobre o assunto. O objetivo geral é analisar os impactos para saúde do trabalhador com o uso da escala de trabalho 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso trazida após a Reforma Trabalhista, pela lei 13.467/2017 no artigo 59-A. Para alcançar os objetivos propostos, a pesquisa utiliza o método dedutivo por meio de pesquisa exploratória em doutrinas, como dos doutrinadores, Sergio Pinto, Amauri Mascaro, e Carla Romar, usando ainda artigos científicos, a legislação e a jurisprudência. Conclui-se pela flexibilização da jornada de trabalho na escala 12x36, após a Reforma Trabalhista, implicando em riscos à saúde dos trabalhadores, como o desencadeamento de doenças físicas e psíquicas.

Palavras-chave: Escala de 12 horas de Trabalho por 36 horas de Descanso; Impactos Saúde do Trabalhador; Jornada de trabalho; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The present research involves the workday with a scale of 12 hours of work for 36 hours of rest and the impacts on the health of workers submitted to this form of work exercise. In recent years, this issue has been widely discussed in jurisprudence, and with the Labor Reform there was the insertion of article 59-A regulating the subject. The general objective is to analyze the impacts on workers' health with the use of the 12-hour work schedule for 36 hours of rest brought after the Labor Reform, by law 13.467/2017 in article 59-A. To achieve the proposed objectives, the research uses the deductive method through exploratory research in doctrines, such as those of the indoctrinators, Sergio Pinto, Amauri Mascaro, and Carla Romar, also using scientific articles, legislation and jurisprudence. It is concluded by the flexibility of the working day on the 12x36 scale, after the Labor Reform, implying risks to workers' health, such as the triggering of physical and psychological diseases.

Keywords: Scale of 12 hours of work for 36 hours of rest; Worker Health Impacts; Workday; Labor Reform.

⁴⁹ E-mail: th1ago@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO TRABALHO EM ÂMBITO INTERNACIONAL E NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA JORNADA DE TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO. 4 JORNADA EXTRAORDINÁRIA DE TRABALHO E OS IMPACTOS A SAÚDE DO TRABALHADOR. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A nova redação dada pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) no artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, permite que empregador e empregado (especialmente do ramo da saúde) possam adotar a jornada de trabalho sobre o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso (12x36), embora no caso prático algumas profissionais trabalhem mais de 24 horas.

Com efeito, o legislador não estipulava no ordenamento o regime de trabalho, 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso antes da Reforma Trabalhista. Em decorrência disso, houve a edição da Súmula nº 444 pelo Tribunal Superior do Trabalho, direcionando a criação dessa jornada para profissionais da saúde e vigilância. Sendo permitida ainda a utilização para atividades insalubres sem autorização prévia da autoridade competente em matéria de saúde e segurança do trabalho.

O trabalho se justifica na hipótese em que o trabalhador se disponibiliza a prestar serviços com jornada extraordinária e em algum momento o seu corpo entra em constante esforço (mental e físico), levando a exaustão e esgotamento. De certo modo, essa inovação na legislação pode implicar em diversos impactos na saúde do trabalhador, contrariando normas de segurança do trabalho, além de ser uma jornada de trabalho contrária ao estipulado na Constituição Federal de 1988 que é de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Assim, o direito à saúde tem um significado especial, pois se uma pessoa não tem uma vida saudável para fazer escolhas, então o direito à liberdade é inútil, ou seja, os trabalhadores que estão doentes não podem trabalhar, se perderem o emprego, não terão o poder de exercer o seu direito ao trabalho. Isso também é fundamental.

Essa questão também tem sido amplamente discutida na jurisprudência. Desse modo, a problemática do estudo envolve a seguinte indagação: A jornada 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso pode acarretar consequências para a saúde do trabalhador com base nas leis de proteção ao trabalho e de segurança do trabalho? Isso que se pretende investigar ao longo do desenvolvimento do trabalho.

E com isso, analisar os impactos para saúde do trabalhador com o uso da escala de trabalho 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso trazida após a Reforma Trabalhista, pela lei 13.467/2017 no artigo 59-A. Por pressuposto, define-se os seguintes objetivos; a) identificar a construção histórica da proteção jurídica ao trabalho; b) averiguar a legislação pertinente a jornada 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso no

ordenamento brasileiro, fazendo paralelo entre o previsto constitucionalmente e na Consolidação das Leis do Trabalho; e, c) apontar as consequências que a escala de trabalho 12 horas por 36 por acarretar aos profissionais que atuam na área da saúde, da vigilância e demais profissões que necessitam dessa jornada.

Para alcançar esses objetivos, a pesquisa utiliza a metodologia do trabalho jurídico com método dedutivo por meio de pesquisa exploratória em doutrinas, como dos renomados doutrinadores, Sergio Pinto, Amauri Mascaro, e Carla Romar, em artigos científicos, legislação e na jurisprudência. Na procura da melhor resolução para o trabalhador e empregador em relação a jornada de trabalho 12 horas de trabalho por 36 horas de descansando e as alterações com a Reforma Trabalhista.

Como resultado esperado, busca-se ainda demonstrar as consequências que essa jornada pode implicar para o trabalhador em relação a possibilidade de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana (devido as garantias constitucionais direcionadas a proteção do trabalhador), além disso o estudo do tema é de grande relevância para o âmbito jurídico, empregado e empregador e aos acadêmicos.

Deste modo, a pesquisa está estruturada em três capítulos. O primeiro trata do contexto histórico do trabalho. O segundo capítulo aborda a proteção jurídica da jornada de trabalho. E por fim, no último capítulo, é discutido o impacto a saúde do trabalhador submetido a jornada extraordinária de trabalho.

2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO TRABALHO EM ÂMBITO INTERNACIONAL E NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Neste capítulo será abordada a evolução histórica dos direitos trabalhistas em contexto mundial e no Brasil, adentrando ainda na previsão Constitucional (direitos dispostos nas Constituições brasileiras no decorrer do tempo), e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) incluindo as alterações com a Reforma Trabalhista - Lei nº 13.467/2017).

Em relação ao conceito de trabalho, a doutrina o conceitua como um direito social, imerso em um complexo de princípios e leis imperativas, com o objetivo imediato de satisfazer as necessidades vitais e próprias de cada ser humano, pois as pessoas físicas são dependentes do produto de seu trabalho (ALMEIDA, 2019).

A origem etimológica da palavra trabalho, advém do termo tortura, em grego, o trabalho possui a mesma raiz que a palavra latina *poena* (pena) (CALVO, 2020, p. 19).

Sendo o trabalho uma expressão genérica que abrange toda e qualquer forma de prestação de serviço de uma pessoa física a outrem. Contudo, nem toda atividade considerada como trabalho foi regulamentada pelo Direito do Trabalho (ROMAR, 2018).

Por consequência, é relevante estudar a história do surgimento do trabalho e do Direito do Trabalho como uma ciência jurídica.

A construção histórica do Direito do Trabalho deve ser primeiramente analisada sob um viés do direito internacional:

É preciso estudar o passado para analisar e compreender o que pode acontecer no futuro. É impossível compreender o Direito do Trabalho sem conhecer seu passado. Esse ramo do Direito é muito dinâmico, mudando as condições de trabalho com muita frequência, pois é intimamente relacionado com as questões econômicas (MARTINS, 2017, p. 45-46).

Em conformidade com o descrito, ao longo dos anos, variadas formas de trabalho foram emergindo, com base nas condições históricas ocorridas em cada época. Deste modo, a história do trabalho começa quando o homem percebe que é possível utilizar de mão de obra alheia não apenas como mecanismo para construção de bens em proveito próprio, mas também, como forma de produção de riquezas (ROMAR, 2018).

Com isso, a evolução do trabalho se sustenta na sociedade pré-industrial, cujo a origem remete-se aos primórdios da humanidade, indo até meados finais do século XVIII, quando se inicia a Revolução industrial, período este em que se destacam diversas modalidades de trabalho, como a escravidão na Idade Antiga e a servidão (prestação de trabalho na Idade Média por camponeses). Sendo assim, o escravismo e a servidão podem ser caracterizados como marcos históricos que definem a evolução história das relações laborais e, conseqüentemente, aquelas econômicas e sociais (ROMAR, 2018).

Na Idade Antiga o trabalho era coisa de escravo, que pagavam seu sustento com o suor de seus rostos, não sequer sujeitos de direitos. Já na Idade Média, se passa do regime da escravidão para a servidão em troca da utilização das terras dos servos os trabalhadores eram obrigados a entregar grande parte da produção aos senhores (CALVO, 2020).

Logo, o trabalho era inicialmente tido como punição, pois destinava-se unicamente aos escravos dos quais não se distinguiam os servos da chamada sociedade industrial, pois não houve qualquer evolução do trabalho humano da Idade Antiga para a Idade Média, o trabalhador não estava sujeito a um trabalho livre, sem o domínio de um senhor (ALMEIDA, 2019).

As disposições legais destinadas ao labor no contexto mundial, nasce com a sociedade industrial e o trabalho assalariado, motivado por questões econômicas, políticas e jurídicas. Como principal causa econômica, cita-se que a Revolução Industrial provocou um conjunto de reformulações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia

e da aplicação de fábricas e transportes. Com a expansão da indústria, ocorre a substituição do trabalho escravo ou servo, pelo trabalho assalariado em larga escala (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2018).

Assim, com a Revolução Industrial entre fins do século XIX e XX, surgem novos métodos de labor, acarretando a dispensa de centenas de trabalhadores. O descontentamento dos obreiros dá início aos primeiros movimentos sociais, como as chamadas greves, atitudes que são totalmente reprimidas pelo Poder Público por meio da elaboração de um sistema jurídico (ALMEIDA, 2019).

A evolução do Direito do Trabalho e imersão dos direitos trabalhistas no cenário brasileiro, possui relação com alguns eventos ocorridos mundialmente. Desse modo, tratando-se da origem dos direitos trabalhistas no ordenamento brasileiro, os fatores históricos estão interligados a abolição da escravatura e a Proclamação da República:

Ao tratar do início do trabalho no Brasil, dois fatores históricos são de extrema relevância. A Abolição da Escravatura em 13/05/1888 e a Proclamação da República em 15/11/1889, tendo em vista que a realidade do trabalho livre provocou a formação de novos modelos sociais (PRAZERES, 2018, p. 32-33).

O mencionado autor sustenta que na primeira Constituição do Brasil, outorgada por Dom Pedro I em 25/03/1824, não tratou de nenhum direito social diante da política liberal sem interferência do Estado. Do mesmo modo, na Constituição da República de 24/02/1891, houve ausência dos direitos trabalhistas, dispondo apenas sobre o reconhecimento da liberdade de associação (PRAZERES, 2018).

A Constituição de 1934, proclamou a criação dos Sindicatos e Associações Profissionais, instituindo, outrossim, o salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas, repouso semanal, férias anuais, e assistência médica e sanitária, medidas estas capazes de satisfazer as condições de cada região, com base nas necessidades do trabalhador (ALMEIDA, 2019).

O conjunto de normas jurídicas de proteção ao trabalho no Brasil é recente, tem início com a Revolução de 1930, no Governo de Getúlio Vargas que cria o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dando ensejo a elaboração de uma legislação trabalhista ampla e geral, pois durante a década de 30 foram tantas leis trabalhistas expedidas e ao mesmo tempo revogadas que em determinado momento houve dificuldade para a aplicação. Em janeiro de 1942, o atual Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Alexandre Marcondes Filho, autorizado por Getúlio Vargas, nomeou uma comissão que ficou encarregada da elaboração do anteprojeto de Consolidação das Leis do Trabalho e

Previdência Social, posteriormente aprovada pelo Decreto nº 5.452 de 10 de 1º de maio de 1943 (ROMAR, 2018).

Desde a entrada em vigor, a CLT sofreu várias alterações, incluindo a revogação de vários dispositivos, sendo alvo constante de críticas relacionadas ao caráter intervencionista:

Recentemente, através da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, a CLT sofreu a sua mais ampla e significativa alteração. Dos 922 (novecentos e vinte e dois) artigos da CLT, foram alterados 54 (cinquenta e quatro), inseridos 43 novos artigos e 9 foram revogados, totalizando 106 modificações. Muitas dessas alterações, em especial as que consubstanciam a previsão de prevalência do negociado sobre o legislado, terão reflexos significativos na própria estrutura do Direito do Trabalho e inauguram um novo momento das relações de trabalho no Brasil (ROMAR, 2018, p. 47-48).

A respeito das críticas, o referido autor comenta que elas recaem sobre o caráter intervencionista, mas não há como se negar a importância desse copilado de disposições direcionadas ao labor para o desenvolvimento dos direitos trabalhistas no Brasil (ROMAR, 2018).

Neste seguimento, a Reforma Trabalhista buscou atualizar a Consolidação das Leis Trabalhistas, embora as modificações introduzidas com a Lei nº 13.467/2017, a CLT continuou a ser uma consolidação de leis trabalhistas, mesmo com todas suas reformulações, nunca houve de fato o desejo de elaborar um novo diploma legal direcionado ao trabalho (CALVO, 2020).

Voltando para o âmbito constitucional, a Constituição de 1946 foi considerada uma norma democrática, ao qual se encontrava a participação dos trabalhadores nos lucros, repouso semanal remunerado, estabilidade, direitos de greve e outros direitos que estavam na norma constitucional anterior. Em seguida, na Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas estipulados nas Constituições anteriores. Por fim, em 1988 foi aprovada a atual Constituição Federal que trata de direitos trabalhistas, diante de todos os direitos nela previstos, é considerada uma verdadeira (PRAZERES, 2018).

A Constituição de 1988 trouxe consigo o mais importante impulso já dado na evolução do ordenamento jurídico brasileiro, em comparação com as Constituições anteriores, é o modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais do Brasil. Além disso, reforçou o sistema trabalhista brasileiro, promovendo mudanças substanciais na Justiça do Trabalho e no Ministério do Trabalho, acentuando ainda mais a relevância de políticas públicas de inserção econômica e social da população através do Direito do Trabalho (DELGADO, 2017).

Em concordância com o disposto acima, no cenário internacional a origem do trabalho está imersa na escravidão e servidão. Posteriormente, essas formas de trabalho assim por dizer, foram excluídas do contexto social, dando início a Era Industrial em que fora instituído o trabalho mediante salário e com o passar do tempo, houve a sistematização de outros direitos inerentes ao labor. Por outro viés, no Brasil, a tutela dos direitos trabalhistas possui forte ligação com a disposição das Constituições brasileiras, pois o copilado de normas de proteção ao trabalho é bastante recente, com início na Década de 30 durante o Governo de Getúlio Vargas. Todavia, o diploma legal com maior relevância para os direitos do trabalhador é a Constituição Federal de 1988, aliada as reformulações ocorridas na CLT.

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA JORNADA DE TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo serão explanados os entendimentos doutrinários e as disposições legais na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho, envolvendo a jornada de trabalho no ordenamento brasileiro.

Conforme descrito, a Constituição Federal de 1988 inovou na disposição dos direitos trabalhistas em seu Capítulo II, do Título II que compreende os artigos 6º ao 11, estão esculpidos os principais preceitos de natureza trabalhista do ordenamento brasileiro (BRASIL, 2021, não paginado).

Na mesma vertente, a Consolidação das Leis do Trabalho ao longo de todo o seu texto normativo, estabelece um vasto rol de artigos destinados a proteção do trabalho que desde a edição sofre com reformulações embasadas pelas mudanças sociais, a mais recente ocorreu com a Lei nº 13.467/2017, a chamada de Reforma Trabalhista (BRASIL, 2017, não paginado).

Dentre esse enorme arcabouço de direitos trabalhistas está a jornada de trabalho, enfoque do estudo. A origem histórica da jornada de trabalho no ordenamento brasileiro está amparada nos ditames previstos pela Organização Internacional do Trabalho:

A primeira convenção da OIT ao estabelecer que os países contratantes deveriam adotar jornada de 8 horas diárias e 48 horas semanais foi em 1919. No Brasil, o primeiro Decreto limitando a jornada de trabalho no comércio em 8 horas diárias foi em 1932. Seguiram-se, também, com limitação de 8 horas, a indústria, as farmácias, os transportes terrestres, frigoríficos, hotéis e restaurantes. A CF de 1937 foi pioneira em prever dia de trabalho de 8 horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei (art. 137). (CALVO, 2020, p. 545)

O mencionado autor evidencia a Constituição Federal de 1988 avançou significativamente em relação as outras estabelecendo em seu artigo 7º, inciso XIII, que a duração de trabalho normal não pode ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, sendo facultativa a compensação de horários e a redução da jornada da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (CALVO, 2020).

Do mesmo modo, a Consolidação das Leis do Trabalho conceitua a jornada de trabalho, embora o legislador tenha afastado o critério do tempo efetivamente trabalhado da definição:

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

(BRASIL, Lei nº 13.467 de [2017], não paginado).

Assim, a jornada de trabalho é uma medida de tempo no qual se inclui o labor diário do empregado e a quantidade de trabalho que diariamente o empregado cumpre em favor do empregador como uma obrigação inerente ao contrato de trabalho (ROMAR, 2018). "É definida ainda como a quantidade de labor diário do empregado" (PRAZERES, 2018, p. 260).

O conceito de jornada de trabalho é polêmico perante a doutrina trabalhista de Godinho Delgado, a jornada de trabalho pode ser entendida por diversos critérios, o tempo efetivamente laborado, o tempo a disposição no centro de trabalho, o tempo dispendido no deslocamento da residência, tempo prontidão, e o tempo de sobreaviso (DELGADO, 2017).

Costumam ser empregados também três nomes para denominar a matéria em estudo, a jornada de trabalho, a duração de trabalho e o horário de trabalho. A primeira compreende o número de horas diárias de trabalho que o trabalhador presta à empresa (empregador). A segunda hipótese, é destinada a caracterização do espaço de tempo em que o empregado presta serviços ao empregador, contando do início até o término do labor, mas sem contabilizar o intervalo, por fim, a duração do trabalho, refere-se a um aspecto amplo, compreendido como um modulo semanal, mensal ou anual (MARTINS, 2017).

Entretanto, é relevante possuir cautela quanto a jornada de trabalho legalmente aceitável pelo ordenamento atual. Não é correto descrevê-la como oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, pois assim se estaria admitindo que um empregado que labora quatro vezes por semana poderia ter carga horária de onze horas diárias, o que absolutamente impossível atualmente, ultrapassando esse quantitativo, as horas

subsequentes são definidas como extra. Vale ressaltar ainda que a jornada de trabalho pode variar também conforme a profissão exercida pelo trabalhador (ALMEIDA, 2019). As horas extras são aquelas prestadas além do estipulado no contrato. O artigo 7º, inciso XVI da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre as horas extras, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

(BRASIL, 2021, não paginado).

Nas mesmas vertentes do artigo 7º da Carta Constitucional, é vedado também pela CLT em seu artigo 59-A que o empregado labore em horário suplementar a mais de duas horas diárias (BRASIL, 2017, não paginado). No entanto, a Reforma Trabalhista trouxe profundas alterações nos assuntos que envolvem a jornada de trabalho como será discorrido no último capítulo.

É certo que, a Constituição permitiu a flexibilização das normas incidentes sobre a jornada de trabalho, estabelecendo a possibilidade de compensação e redução da jornada e a possibilidade de alteração por meio de negociação coletiva. (ROMAR, 2018).

Nesta órbita, a Lei nº 13.467/2017 ampliou essas possibilidades de flexibilização, na via de negociação coletiva e na individual. É imperioso lembrar a disposição do artigo 611-A da CLT, fruto da reforma trabalhista:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

(BRASIL, Lei nº 13.467 de [2017], não paginado).

Logo, através de negociação coletiva poderá ser estipulada jornada de trabalho do empregado, podendo se sobrepor as disposições legais, desde que observe os limites constitucionais. Outra alteração da Lei nº 13.467/2017, é o acréscimo do § 2º do artigo 4º da CLT, o qual elenca as situações excepcionais ao tempo de disposição do empregado ao empregador, *in verbis*.

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

I - práticas religiosas;

II - descanso;

III - lazer;

IV - estudo;

V - alimentação;

VI - atividades de relacionamento social;

VII - higiene pessoal;

VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

(BRASIL, Lei nº 13.467 de [2017], não paginado).

Essas exclusões impostas no § 2º do artigo 4º da CLT prevaleceram mesmo que o empregado despenda mais de cinco minutos antes ou depois da jornada de trabalho, em outras palavras, o fato do empregado se encontrar na empresa não quer dizer que estará sempre à disposição do empregador.

Deste modo, é considerada como jornada de trabalho o tempo a disposição do empregador, ou seja, o momento em que o empregado chega a empresa até o momento em que sair dela.

O controle de jornada de trabalho é realizado pelo empregador, cabendo ao mesmo fiscalizar seus empregados, inclusive por meio de anotação de entrada e saída, utilizando-se de registro manual, mecânico ou eletrônico. Tal incumbência nos termos do artigo 74 da CLT incube a empresa que contiver mais de vinte empregados em seu grupo de colaboradores (FERREIRA, 2021). Assim como a nova redação dada ao artigo 4º, o § 2º do artigo 58 da CLT também foi alvo de alterações, as chamadas horas *in itinere* deixaram de existir, por entender que tais horas não são consideradas tempo a disposição do empregador (PRAZERES, 2018).

Embora ressalve-se que não se deve ampliar os efeitos declaratórios do novo texto do artigo 58 da CLT, pois mediante interpretação literária, não se deve considerar modificado o texto normativo em relação ao conceito da duração do trabalho. a eliminação das horas *in itinere* não afeta a definição de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador, e por consequência, de duração do trabalho, embora a má redação do artigo 58 possa induzir a compreensão que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o empregado ocupa o posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial (DELGADO, 2017).

Assim, a regra geral é que as horas de deslocamento não são remuneradas nem computadas na jornada de trabalho e vice-versa:

Antes da Reforma Trabalhista, a única exceção eram as chamadas "horas *in itinere*". As horas *in itinere* consistem no tempo de deslocamento do empregado de sua casa para o trabalho e vice-versa, o qual era contabilizado como tempo integrante da jornada de trabalho, caso preenchesse os dois requisitos abaixo, vide redação do artigo § 2º do art. 58 da CLT: a) o local de trabalho fosse de difícil acesso ou não servido por transporte público regular (requisito 01); e b) o empregador fornecesse transporte para o deslocamento (requisito 02). A nova redação legal acima é totalmente contrária a redação anterior e às Súmulas 90 e 320 do TST que sempre tratou do tema no Brasil. Logo, se preponderar uma interpretação literal do § 2º do art. 58 da CLT, as horas *in itinere* teriam sido extintas no ordenamento jurídico trabalhista e o TST terá que modular os seus efeitos a partir de 11-11-2017 (Reforma Trabalhista). (CALVO, 2020, p. 566-567)

Na visão da mencionada autora, a intenção do legislador foi de extinguir do ordenamento jurídico as chamadas horas *in itinere*, mas parte da doutrina não tem entendido de tal modo, ao efetuar a interpretação constitucional e sistemática para questão (CALVO, 2020).

Verifica-se que a sistematização da tutela jurídica a jornada de trabalho no ordenamento brasileiro, é impulsionada pelas disposições da Constituição Federal de 1988, da Consolidação das Leis do Trabalho, e principalmente pelas reformulações advindas da Reforma Trabalhista.

Desta forma, alguns empregados são excluídos da jornada "normal" de trabalho, como é o caso do trabalhador submetido a jornada de trabalho 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, que será estudado no próximo capítulo.

4 JORNADA EXTRAORDINÁRIA DE TRABALHO E OS IMPACTOS A SAÚDE DO TRABALHADOR

Após analisar, no primeiro capítulo a construção histórica do direito ao trabalho livre, no bojo das Constituições brasileiras e no cenário internacional. E no segundo capítulo, tratou-se da proteção jurídica do ordenamento brasileiro a jornada de trabalho, tanto no texto constitucional como na Consolidação das Leis do Trabalho. Nesta senda conclusiva, do último capítulo, serão investigados todos os aspectos jurídicos envolvendo a jornada de trabalho 12x36 (como sendo extraordinária) e os efeitos dessa modalidade de jornada de trabalho na saúde de milhares de trabalhadores.

Pelo óbice da Constituição Federal de 1988 a jornada de trabalho é prevista no artigo 7º, inciso XIII, estipulando que, salvo a ocorrência de compensação ou redução da jornada de trabalho, não deve ultrapassar oito horas diárias e 44 horas semanais (BRASIL, 2021, não paginado).

Com a recente Reforma Trabalhista, o artigo 59-A da Consolidação das Leis do Trabalho foi acrescido, *in verbis*:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no **caput** deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

(BRASIL, Lei nº 13.467 de [2017], não paginado).

A Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) inseriu no texto da CLT, a jornada de trabalho pelo regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, mais conhecido como regime 12x36.

Essa alteração na CLT surpreende, à medida que anteriormente a disposição do artigo 59-A, o regime de trabalho 12x36 era regido pela Súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), aceita somente mediante acordo coletivo ou em caso de convenção coletiva de trabalho:

SÚMULA N.º 444 - JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. (BRASIL, Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25-9-2012).

Deste modo, até 2017, a jurisprudência vinha admitindo a modalidade de trabalho 12x36 somente quando houvesse previsão em negociação ou convenção coletiva de trabalho e com a concordância do Sindicato dos Trabalhadores. Com o artigo 59-A da CLT, a estipulação do regime 12x36 passou a poder ser realizada mediante acordo entre empregado e empregador. Nos termos da Súmula 444 do TST o empregado submetido a regime 12x36 tinha direito a remuneração em dobro, desde que o labor coincidissem com um feriado, além disso, a compensação ocorria de forma mensal (CISNEIROS, 2016). O regime de jornada de trabalho 12x36 é um regime de compensação de jornada de trabalho, ao qual o empregado:

(...) trabalha mais horas num dia (12 horas) para poder descansar mais tempo que o trabalhador normal (36 horas de descanso), o empregado trabalha 12 horas e descansa 36, perfazendo, em duas semanas, a média de 42 horas semanais. Nas demais duas semanas, trabalha em média 48 horas semanais. O divisor mensal é de 210 horas (CALVO, 2020, p. 582).

Com base na mencionada autora, a Medida Provisória nº 808/2017 alterou brevemente (pois a sua vigência foi curta) a redação do artigo 59-A da CLT, permitindo a celebração somente por negociação coletiva, exceto para os profissionais do setor de saúde.

Assim, na atualidade vigora a redação original do referido artigo que autoriza a pactuação por acordo individual com o empregador (CALVO, 2020). Nestes casos, a jornada mensal não é ultrapassada. O empregado não possui direito ao pagamento de hora extra referente a prestação de serviços na décima primeira e na décima segunda horas (PRAZERES, 2018).

Entretanto, a doutrina faz alerta para os riscos da implementação da jornada de trabalho 12x36:

Qualquer tentativa de implantação generalizada desse regime, para toda e qualquer categoria, à revelia das específicas condições laborais vivenciadas, ainda que fruto de negociação coletiva, decerto poderá ser objeto de sério e razoável questionamento jurídico, tendo em vista a complexa discussão que o assunto envolve na perspectiva dos direitos fundamentais, mormente quanto é direito do trabalhador a adaptação do tempo de trabalho e a organização do trabalho às suas capacidades físicas e mentais.(MARANHÃO, 2017, p. 69).

Nesse sentido, a jornada de trabalho 12x36 pode ser qualificada como extraordinária, pois o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador ultrapassa a jornada de trabalho padrão de 8 horas diárias e 44 horas semanais (DELGADO, 2017).

A necessidade de descanso do trabalhador é relevante, dadas as limitações físicas e psíquicas do organismo do ser humano, considera para tanto como um direito existencial, conforme o descrito no artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que dispõe que todos os trabalhadores têm o direito de descansar, desfrutar de tempo livre, jornadas de trabalho razoáveis e férias remuneradas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A posição permissiva da jurisprudência na edição do artigo 59-A, deu-se em razão do fato de algumas atividades empresariais realmente necessitarem dessa jornada para manter o funcionamento 24 horas, como é o caso de farmácias e hospitais particulares. Em relação a saúde do trabalhador, o turno 12x36 é menos prejudicial do que o turno normal, pois os descansos são maiores (CALVO, 2020).

Em conformidade com a novo artigo 59-A, a Reforma Trabalhista introduziu também o artigo 60 da CLT dispensando o que segue, quanto as atividades insalubres:

Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Industria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso. (BRASIL, Lei nº 13.467 de [2017], não paginado).

Nesse sentido, parte da doutrina tem se manifestado pela inconstitucionalidade das disposições do artigo 60 da CLT:

(...) há colisão frontal com o art. 7º, XXII, da CF. Considerando bastante agressiva a redação do art. 60, parágrafo único, abaixo analisado, no sentido de que a jornada 12x36 pode ser praticada livremente em ambiente insalubre, sem licença prévia das autoridades trabalhistas e mesmo sem negociação coletiva. Quem redigiu o dispositivo ou nele votou desconhece décadas de estudos sobre saúde e segurança do trabalho. Neste particular, a reforma de 2017 é ainda mais contraditória porque inseriu o art. 611-B, XVII, para afirmar ser infenso à negociação coletiva afrontar os padrões das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho – enquanto ela própria tenta fazê-lo. Pela colisão frontal com o art. 7º, XXII, da CF, opinamos pela inconstitucionalidade do art. 60, parágrafo único, com sua liberação irrestrita de horas extras em ambiente insalubre (SILVA, 2017, p. 27-28).

Assim, a Reforma Trabalhista ao acrescentar o artigo 59-A, prevê de forma expressa que os intervalos para repouso e alimentação podem ser observados ou indenizados, permitindo ainda a observância do intervalo intrajornada, para repouso e alimentação mediante pagamento (BRASIL, 2017, não paginado).

No ordenamento brasileiro, existem dois intervalos para descanso que o empregado deve ser submetido durante a jornada de trabalho. O intervalo interjornada são lapsos de tempo em que o empregado deve descansar entre duas jornadas de trabalho consecutivas, e o intervalo intrajornada, é aquele concedido dentro de cada jornada de trabalho para repouso e/ou alimentação (PRAZERES, 2018).

Quando se fala em intervalo, necessariamente vem à baila o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas pelo empregado:

(...) pois as normas que preveem os períodos de descanso são consideradas de ordem pública, já que visam proteger a saúde obreira. O intervalo interjornadas é aquele compreendido entre duas jornadas, devendo ser de, no mínimo, 11 horas (art. 66 da CLT). Caso o intervalo não seja respeitado, o empregado fará jus a receber a

proporção não concedida como horas extras. O intervalo intrajornada, é conhecido como intervalo para repouso e alimentação, devendo ser de 15 minutos para quem cumpre jornada de mais de 4 horas até 6 horas e de, no mínimo, 1 hora e, no máximo, 2 horas, para quem cumpre jornada de mais de 6 horas. (CISNEIROS, 2016, p. 309)

O autor cita ainda, o repouso semanal remunerado e feriados que é o intervalo entre uma semana e outra, para repouso, e tem duração de 24 horas contínuas e provoca a interrupção do contrato de trabalho. Caso não concedido, deverá ser remunerado em dobro (Súmula 146 do TST). O mesmo se diga do repouso em feriados civis e religiosos (CISNEIROS, 2016).

Em relação a jornada de trabalho 12x36, os trabalhadores não terão direito à remuneração em dobro e feriados trabalhados e nem pelos domingos trabalhados, diante da alteração com a Reforma Trabalhista, houve a possibilidade de que os intervalos intrajornada na escala 12x36 não sejam observados ou caso não concedidos, os trabalhadores serão indenizados, além de não possuírem direito a adicional noturno quando houver prorrogação do trabalho noturno (COSTA, 2020).

Contudo, há evidente confronto do artigo 59-A com o artigo 71, ambos da CLT, pois este apenas permite a redução do intervalo mínimo para refeição e descanso, quando comprovado que não existe labor em regime de horas em regime de horas extraordinárias (CALVO, 2020).

A finalidade dos intervalos interjornada e intrajornada, é garantir a higidez física e mental do empregado por meio da reposição de suas energias e garantir ao empregado um mínimo de convívio familiar e social fora do ambiente de trabalho (PRAZERES, 2018). Como uma das grandes preocupações mais importante dos órgãos de proteção do trabalho estão à saúde e segurança do trabalhador, incluída no CLT após a Reforma Trabalhista no capítulo V.

Desse modo, a flexibilização da jornada de trabalho no ordenamento brasileiro no trabalho contínuo de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso viola os direitos do trabalhador, as rotinas necessárias são severamente limitadas em um aspecto importante a consequência é o tempo dedicado ao sono, além disso, a insônia crônica, a fadiga e o estresse diário limitam a criatividade e a concentração, podendo produzir depressão e reduzem significativamente a qualidade e o desempenho das tarefas de trabalho o impacto nos trabalhadores, afetando diretamente a produtividade da empresa, ao refletir na saúde e segurança do empregado (AVELINO, 2019).

A regularização da jornada de trabalho 12x36 a partir da Reforma Trabalhista reduziu os direitos constitucionalmente inerentes a todos os trabalhadores, colocando o

trabalhador em desemprego e sem garantias perante o ordenamento brasileiro, especialmente para os profissionais da área da saúde, visto que pode acarretar danos tanto físicos como psíquicos para esses trabalhadores, que ante a essa jornada, acabam por estabelecerem vários vínculos empregatícios, assim, a rotina do empregado imerso na jornada 12x36, se torna perigosa, pois o empregado utiliza do descanso para trabalhar em outro local, além disso, o risco não atinge somente esses profissionais, mas a sociedade no geral, pois todos necessitam do sistema de saúde, ao possuírem tal direito amparado constitucionalmente (RÊGO, 2019).

A jornada de trabalho sobre o regime 12x36 está inserida em um contexto maior que as atividades laborais:

Em relação à saúde do trabalhador e a jornada de trabalho 12x36, há uma contradição na defesa desta jornada entre os doutrinadores, pois ao mesmo tempo em que se reconhece que pode trazer efeitos negativos para a saúde do trabalhador, também se aceita como parte de uma flexibilização que justifica a adoção de uma jornada que faz senão atentar ao que dispõe a Constituição Federal sobre o assunto. Essa constatação foi fundamentada na análise da jurisprudência e juristas, sendo que para alguns, a jornada 12x36 deve ser permitida, pois há uma compensação de horas para o descanso do trabalhador; sendo que para outros, a jornada 12x36 trazem efeitos negativos para a saúde do trabalhador. (COSTA, 2020, p. 30-33)

Na visão do autor, a jornada de trabalho 12x36, após as reformulações ocorridas com a Reforma Trabalhista atinge os direitos constitucionais destinados ao trabalhador, afetando a saúde física e psicológica do obreiro, principalmente aqueles do ramo da saúde (COSTA, 2020).

Assim, a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho não se revela como benéfica para os profissionais da saúde, tendo em vista que pode acarretar danos físicos e psicológicos para esses profissionais, sem mencionar a possibilidade de desencadeamento de acidentes de trabalho.

Observa-se que existem argumentos favoráveis e contrários a flexibilização das normas trabalhistas em relação a jornada 12x36 e a viabilidade de lesão a saúde do empregado, embora alguns autores sejam assertivos a questão da existência de ofensa aos direitos fundamentais do trabalho estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e em diplomas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para alcançar os resultados esperados, a pesquisa utilizou três objetivos gerais que serviram de embasamento teórico para construção dos capítulos e desenvolvimento do trabalho. No capítulo inicial fora abordada a construção histórica das garantias jurídicas pertinentes ao trabalho no cenário internacional e perante as Constituições brasileiras anteriores a atual Carta Constitucional de 1988. A prestação de trabalho tem sua origem advinda ao crescimento das civilizações, no decorrer do tempo, houve a necessidade de edição de normas para regulamentar os direitos intrínsecos ao trabalho.

No Brasil, a tutela ao trabalho apenas foi disposta na Década de 30 com o governo de Getúlio Vargas, sendo todos esses direitos ratificados de fato na Constituição Federal de 1988, cujo copilado de direitos e garantias protetivas ao trabalho é bastante vasto, qualificado ainda como garantia fundamental inerente a existência humana.

A Constituição de 1988, desde sua entrada em vigor atua de modo a evitar o surgimento de mais mazelas sociais que atormentarão a sociedade brasileira por muito tempo, como a utilização de escravos como mão de obra, acentuou-se mudanças substanciais como a criação da Justiça do Trabalho e do Ministério do Trabalho.

Sob a vertente constitucional em colaboração com as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho e que surgem as regras destinadas a jornada de trabalho. Em regra, a escala de trabalho da maioria dos trabalhadores brasileiros é de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. No entanto, admite-se, especialmente após a Reforma Trabalhista e suas adaptações na CLT, com inserção do artigo 59-A, exceções a essa jornada de trabalho, como é o caso dos trabalhadores submetidos a jornada de trabalho 12 horas por 36 horas.

Nesse contexto, a Organização Mundial da Saúde tem diretrizes voltadas as empresas e seu gestores, para que estes implementem medidas que visem a promoção da saúde física e psíquica dos trabalhadores durante o cumprimento de jornadas de trabalho extraordinárias como a escala 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso. A necessidade de descanso é primordial para saúde física e mental do ser humano, além disso, auxilia no rendimento do trabalho e evita riscos à saúde, sendo considerada como um dos direitos básicos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Analisando os aspectos fisiológicos dos trabalhadores, notou-se que os mesmos não podem suportar a execução de realizar tarefas continuamente, pois o seu corpo e mente necessitam de descanso, após um período de trabalho efetivo, para poder iniciar uma nova jornada de trabalho, porém, ante as exigências para o controle dos meios de produção preconizadas pela sociedade capitalista, que são cada vez maiores, a jornada de trabalho se torna severa, não respeitando à vida, à saúde e os direitos humanos.

De acordo com o exposto, existem várias consequências que essa jornada de trabalho pode trazer para o trabalhador, afetando sua dignidade, assim, tudo que puder

ser realizado para evitar a lesão da proteção jurídica ao trabalho deve ser feito perante a relação empregatícia no caso concreto. Tendo em conta que a escala 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, pode prejudicar os trabalhadores durante exposição as jornadas extraordinárias e cansativas.

Como resultado alcançado, conclui-se pela flexibilização da jornada de trabalho, com normas trabalhistas previstas na Constituição Federal de 1988 e Consolidação das Leis do Trabalho, após a Reforma Trabalhista, mesmo com diversos argumentos doutrinários e jurisprudências desfavoráveis, ocorreu a disposição do artigo 59-A na CLT, regulamentando o que se conhece por escala de trabalho 12 horas de trabalho por 36 de descanso, mesmo que isso implique em riscos à saúde dos trabalhadores, como o desencadeamento de doenças ocupacionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes. **Direito do trabalho**: material, processual e legislação especial. 19. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

AVELINO, José Araujo. Jornada de trabalho 12x36: prejudicialidade à saúde do trabalhador. **Interfaces Científicas - Direito**, Aracaju, v. 7, n. 2, p. 103-118, abr./mai./jun. 2019. Disponível em: 10.4025/actascieduc.v41i1.34184. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. (Sessão do Pleno). Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 444**. Resolução nº 185 de 14 de setembro de 2012 acrescenta a súmula. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst&num=444>. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Reforma Trabalhista. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 02 mar. 2022.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do trabalho sintetizado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

COSTA, Polianna Suzi Nunes. **A jornada de trabalho 12x36 e seus reflexos à saúde do trabalhador**. Faculdade Evangélica de Goianésia. Goianésia/GO, 2020. Disponível em: Acesso em: 23 mar. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl.. São Paulo: LTr, 2017.

FERREIRA, Priscila. **Direito do trabalho**. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2021.

MARANHÃO, Ney. **Reforma trabalhista: jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso – impressões iniciais do art. 59-A**. Fórum, 17 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/reforma-trabalhista-jornada-de-12-horas-de-trabalho-por-36-de-descanso-impressoes-iniciais-do-art-59-da-clt/> Acesso em: 22 mar. 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 41. ed. São Paulo: LTr, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 mar. 2022.

PRAZERES, Írley Aparecida Correia. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: Rideel, 2018.

RÊGO, Larissa Moraes. Os efeitos da jornada 12x36 e os múltiplos vínculos dos profissionais da saúde. **Revista Jus Navigandi**, 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78267/os-efeitos-da-jornada-12x36-e-os-multiplos-vinculos-dos-profissionais-da-saude>. Acesso em: 23 mar. 2022.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. Coordenador Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: NASCIMENTO, Thiago Aires. *JORNADA 12x36 E OS IMPACTOS NA SAÚDE DO TRABALHADOR*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 maio 2022. Disponível em: Acesso em: 05 maio 2022.

UMA ANÁLISE DA CONDIÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

NEWTON NASCIMENTO QUEIROZ:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.⁵⁰

RESUMO: Diante das crescentes repercussões no mundo sobre o cenário dos direitos dos animais, que vem crescendo devido ao trabalho das ONGs, ativistas, e protetores dos animais domésticos. Houve a necessidade de proporcionar ao leitor o presente estudo, por meio de pesquisa bibliográfica documental. Que tem por objetivo principal, abordar a condição jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. Estuda a atual situação jurídica a favor dos animais, se existem leis específicas no código brasileiro que amparam os animais na atualidade. E se as mesmas estão sendo aplicadas de forma eficaz. Descreve a evolução histórica dessas leis até os dias atuais, trazendo suas sanções aos infratores. Demonstra a luta pelos direitos dos animais e o quão é importante o papel das Organizações não Governamentais (ONGs) nessa luta, na proteção e nos direitos dos animais. Visto que, algumas ONGs são voltadas somente para questões jurídicas. A partir desses dados da pesquisa, mostra que existe leis que regem a proteção do direito dos animais. Que eles são seres sencientes e merecem ter dignidade desde os primórdios, em qualquer ambiente que ele esteja inserido ou na finalidade. Que os animais domésticos são sujeitos de direitos. E que precisa de fiscalizações mais intensificadas e preventivas no território brasileiro, para que as leis sejam aplicáveis de maneiras mais eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Condição jurídica. Direito dos Animais. Bem-estar animal.

ABSTRACT: Faced with the growing repercussions in the world on the animal rights scenario, which has been growing due to the work of NGOs, activists, and protectors of domestic animals. There was a need to provide the reader with the present study, through documentary bibliographic research. Its main objective is to address the legal status of animals in the Brazilian legal system. It studies the current legal situation in favor of animals, if there are specific laws in the Brazilian code that support animals today. And if they are being applied effectively. It describes the historical evolution of these laws to the present day, bringing their sanctions to violators. It demonstrates the struggle for animal rights and how important the role of Non-Governmental Organizations (NGOs) is in this struggle, in the protection and rights of animals. Since, some NGOs are focused only on legal issues. From these research data, it shows that there are laws governing the protection of animal rights. That they are sentient beings and deserve to have dignity from the beginning, in whatever environment they are inserted or in the purpose. That domestic animals are subjects of rights. And that needs more intensified and preventive inspections in the Brazilian territory, so that the laws are applied more effectively. in any environment that it

⁵⁰Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro. E-mail: newtonqueiroz17@gmail.com.

is inserted or in the purpose. That domestic animals are subjects of rights. And that needs more intensified and preventive inspections in the Brazilian territory, so that the laws are applied more effectively. in any environment that it is inserted or in the purpose. That domestic animals are subjects of rights. And that needs more intensified and preventive inspections in the Brazilian territory, so that the laws are applied more effectively.

KEYWORDS: Legal status. Animal Law. Animal welfare.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Leis dos direitos dos animais no brasil; 2.1. evoluções históricas das leis; 2.2. As leis atuais e suas sanções; 3. os animais e seus direitos; 3.1. papel das organizações na luta pelo direito dos animais; 3.2. direito dos animais no brasil: objeto ou sujeito de direito?; 3.3. Bem-estar animal uma tarefa de todos; 4 Conclusão; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Meio ambiente é constituídos por elementos da natureza, homem e animais. E quando há um desequilíbrio nessa relação entre homens e animais, há conflitos que precisam ser resolvidos. Esse conflito vem acontecendo desde os primórdios, mas atualmente vem ganhando um grande destaque devido as atividades dos protetores dos animais. É aí que entra o chamado direito dos animais. A Constituição de 1988 em seu artigo 225, diz que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. No parágrafo 1º fala que para assegurar a efetividade desse direito, compete ao Poder Público. E no inciso VII proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoque a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Essa constituição apresentou um grande avanço na defesa dos animais, pois assegura que não somente a coletividade, mas ao poder público compete proteger os animais de maus tratos e promover um ambiente ecologicamente equilibrado a todos.

Além da constituição, Fodor (2016, p. 25), promove que “quando se fala de direito e dever fundamental de proteção ao meio ambiente, se faz referência com o direito fundamental de cada pessoa, de viver em um meio ambiente equilibrado e do dever, igualmente fundamental, de agir para que esse ambiente se mantenha saudável”.

A partir do cenário atual na questão dos maus tratos dos animais e das leis de proteção, surge à problemática que deu inicio a esse essa pesquisa. Na atualidade, os animais podem ser considerados sujeitos de direito? Questão essa que será respondida no decorrer da pesquisa, com a evolução histórica das leis. O objetivo geral é justamente analisar a condição jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. Demonstrar a atual situação jurídica a favor dos animais, verificar se existem leis específicas no código

brasileiro que amparam os animais e avaliar se essas leis estão sendo aplicadas de forma eficaz. A metodologia aplicada foi por meio de pesquisa documentação indireta - com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias.

A pesquisa apresenta a evolução das leis do direito dos animais no Brasil, desde os primórdios. Além de demonstrar a evolução, destacam quais estão em vigor e suas penalidades atuais. O papel fundamental das Organizações não Governamentais e a questão do bem – bem-estar animal que é um dever de todos.

2 LEIS DOS DIREITOS DOS ANIMAIS NO BRASIL

2.1 Evoluções Históricas das Leis

Nos últimos anos, a área do direito dos animais vem sendo destaque, principalmente com a atuação das ONGs e pela população que lutam pela causa. No entanto, ainda há uma deficiência por não termos um ramo do direito que trate diretamente nas causas animais, especialmente animais domésticos, em prol de melhores condições e contra os maus tratos.

No decorrer dos anos, o uso de animais vem sendo utilizado de forma inadequada para vários fins pelo ser humano. Como, fins lucrativos, onde muitos ainda são envenenados, feridos e mortos para que ingredientes e formulações de cosméticos sejam testados e usados. Assim como a tração animal, também um fato lastimável em várias cidades do nosso País. Animais domésticos que sofrem por abandono, agressões físicas, mutilação e envenenamento. Muitos ainda são mantidos presos com correntes ou cordas em locais impróprios e condições lamentáveis para um ser vivo. Porém, esse assunto por ser atual, já vem sendo discutido há tempos no Brasil. Casagrande, (2018, p.06), em suas pesquisas fala que:

No Brasil o primeiro documento que se tem conhecimento a respeito da proteção aos animais, foi o Código de Posturas do Município de São Paulo em seu artigo 220, criado em 6 de outubro de 1.886, proibindo qualquer ato cruel contra animais utilizados como meio de transporte, pois naquela época, os veículos eram movidos a tração animal. Com a evolução histórica na Legislação brasileira, próximo ao século XX nosso país começa a ter conhecimento da necessidade de proteção a todas as espécies, surgindo então a primeira norma que se tem conhecimento no cenário nacional, o Decreto n 16.590/24, no qual proibia atividades como a corrida de touros; brigas de galos ou qualquer outra forma de diversão para os humanos que estimulasse a crueldade contra os animais, que futuramente foi reformada como Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais ou Lei da

Natureza) e também o Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

Essa evolução histórica de proteção animal no ordenamento jurídico brasileiro dar continuidade com o Código Civil de 1916, onde em seu artigo 593, considera os animais como coisas sem dono e sujeitas à apropriação.

No ano de 1934 foi editado Decreto nº 24.645, estabelecendo medidas de proteção aos animais de forma extensa. Onde todos os animais do País são tutelados pelo Estado. Multas e punições a quem maltratar os animais. E considerando maus tratos animais como: obrigar animais a trabalhos excessivos, golpear, ferir ou mutilar. Abandonar animal doente, ferido, cansado ou mutilado. Decreto esse que foi revogado pelo decreto nº 11, de 1991.

Quando foi no ano de 1941, foi editada a Lei de Contravenções Penais. No Decreto-lei nº 3.688, artigo 64, ao qual evidencia a prática de crueldade contra animais como infração penal. A mesma pena incorre para fins didáticos ou científicos também.

Já a Constituição de 1988 em seu artigo 225, diz que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. No parágrafo 1º fala que para assegurar a efetividade desse direito, compete ao Poder Público. E no inciso VII proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

E em 1998 foi anunciada a Lei Federal nº 9.605, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Mais conhecida como leis de crimes ambientais, justamente para aplicar sanções penais e administrativas àqueles que praticam condutas que causam danos ao meio ambiente em geral. Trazendo as penas para cada tipo de crimes ambientais. O objetivo principal dessa lei é a reparação e prevenção de danos.

A evolução histórica da legislação de proteção dos animais e dos direitos destes demonstra que, inicialmente, eles eram vistos como meros objetos ou coisas, cuja utilidade se voltava de acordo com a necessidade e uso por parte do ser humano, sem a existência de qualquer restrição. E com o passar dos anos, como visto a cima, as leis foram se aperfeiçoando em favor dos animais. Foi um processo lento, mas o cenário vem mudando com a existência de novas leis sancionadas a favor dos direitos dos animais.

2.2. As leis atuais e suas sanções

A proteção e o direito dos animais são assuntos que vem ganhando destaque nos últimos anos, devido ao grande número de tutores que se preocupam com o bem-estar

dos seus animais. E ao mesmo tempo, sofrem com a causa dos indefesos, que padecem por maus tratos e condições inadequadas. Muitas vezes, esses maus tratos acontecem por seus próprios donos ou estranhos, que maltratam os animais abandonados nas ruas.

Araújo (2021, p.1) diz que: “Uma pesquisa recente realizada pela Dra. Mary Wakeham, aponta que cerca de nove em cada dez famílias vítimas de abuso e violência doméstica relatam que os animais domésticos também são alvos de maus-tratos, como forma de ameaçar e coagir as vítimas humanas”.

Com o surgimento das Organizações não Governamentais (ONGs), ativistas e pessoas anônimas, protetoras dos direitos dos animais, a causa foi tomando uma grande proporção. E assim, surgindo um novo cenário, com novos valores e polêmicas também. E as leis, acompanhando esse processo e normatizando as causas.

Atualmente, a principal lei que protege os animais é a Lei Federal 9.605/1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Onde, no artigo 32 expressa que: Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos terá a pena previa de três meses a um ano de reclusão, além de multa.

Porém, com as atividades atuantes ONGs e protetores dos animais, em prol dos direitos dos animais e com fortes campanhas nas redes sociais para que o projeto de Lei do Deputado Federal Fred Costa fosse aprovado. Finalmente, foi dado recentemente a tão esperada resposta aos defensores dos direitos dos animais.

A Lei 1.095/2019, que aumenta a pena para quem praticar maus-tratos, abuso, ferir ou mutilar animais. Conforme a nova legislação, a pena agora vai de dois a cinco anos de prisão, multa e a proibição de guarda de novos animais. Essa nova lei modifica o texto do artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais 9.605/1998, no que se refere a pena, que previa de três meses a um ano de reclusão, além de multa.

Com essa nova Lei 1.095/2019, que aumentar as penas atribuídas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cães ou gatos. Percebe-se o avanço das condições jurídicas dos animais domésticos no Brasil. Graças à iniciativa de pessoas que tem a consciência de que os animais merecem dignidade como um todo.

3 OS ANIMAIS E SEUS DIREITOS

3.1 Papel das organizações na luta pelo direito dos animais

Os maus tratos, muitas vezes, não acontecem somente por uma pessoa. Ainda nos dias de hoje, muitos são os animais envenenados em testes de formulações de ingredientes cosméticos. Feridos e mortos por atropelamento, abusos, mutilados e até mesmo expostos

em rinhas clandestinas de cães. Alguns desses animais não resistem e morrem. Como se não tivesse sentimentos e nem direitos.

Segundo Silva (2019, p.03), "historicamente, pensadores, filósofos e cientistas reforçaram a ideia de que os animais existem apenas para beneficiar os humanos, além de difundir a noção de não serem dotados de razão, por isso não sentem".

Devido a esse pensamento, por décadas os animais foram maltratados como dito anteriormente. Tratados como animais de cargas e utilizados em experimentos científicos. No caso de animais domésticos, os cachorros e gatos, tratados sem quaisquer cuidados quanto ao sentimento ou sofrimento dos mesmos.

Casagrande (2018, p.12), fala que: "os interesses dos animais envolvem os interesses econômicos, onde ao mesmo tempo em que trazem normas protetoras, apresentam outras que transformam os valores, passando até a justificar os maus-tratos".

Por esta e outras razões, surgiu o direito dos animais, uma área que vem ganhando um grande avanço com o desempenho das Organizações não Governamentais (ONGs) e ativistas, que compraram a causa com a intenção de conscientizar a todos, de que os animais têm os mesmos direito que os humanos, em relação ao bem-estar, saúde e uma vida digna.

Com a conscientização das pessoas em relação aos direitos dos animais, surgiu a preocupação em buscar formas de proteção e direitos dos animais. Então, surge a criação das ONGs nesse contexto, com um papel muito importante para os defensores e principalmente para os animais em questão.

Porfirio (2022, p 1), define ONG como:

Uma organização não governamental (ONG) é uma instituição que não pertence a um governo, ou seja, é uma instituição privada, mas que não têm fins lucrativos, sendo assim do chamado terceiro setor. As ONGs atuam em várias áreas, podendo ser ligadas à causa do meio ambiente, da saúde, do trabalho, da reforma agrária, dos direitos dos animais, da proteção das minorias (indígenas, negros, população LGBT+, mulheres, crianças, pessoas em condições de rua etc.) e de outros grupos que necessitem de assistência que não é provida pela iniciativa privada ou pelo governo.

As ONGs são organizações privadas sem fins lucrativos, e na maioria de caráter autônomo, vivem de patrocínios e doações de empresas, associados ou pessoas físicas que se compadecem pela causa. O papel das ONGs na defesa dos animais é fundamental, pois uma vez que ela tem esse proposito, ela luta em defesa dos mesmos em salvar suas vidas.

Fazendo resgates de animais de rua, dando o devido tratamento se houver animais feridos, e depois promovendo a doações desses animais abandonados.

A visão das ONGs é de que os animais vivam livres de sofrimentos, e para que isso aconteça, o trabalho é árduo. É uma responsabilidade, muito grande com o papel que ela desenvolve, pois uma vez que um animal chega até eles, eles se tornam responsável por aquele animal até encontrar uma nova família que os adotem. Com o trabalho das ONGs, a proteção animal ganha muito mais força, principalmente se o grupo for formalizado, ou seja, registrados em cartório e ter CNPJ, para ganhar mais força junto a órgãos admirativos.

As ações das ONGs vão além do esperado. Há Organizações não Governamentais voltadas para questões jurídicas dos direitos dos animais, onde lutam pelo bem estar, pelos direitos, por justiça e leis que amparem os animais em situações de maus tratos. E por este reforço nobre que hoje os animais vêm ganhando direitos e sendo reconhecidos como seres que tem sentimentos e merecem o mesmo respeito que um ser humano.

3.2 Direito dos animais no Brasil: objeto ou sujeito de direito?

Com as causas dos direitos dos animais ganhando grandes repercussões no mundo. No Brasil não poderia ser diferente. "O Brasil é o 4º país com a maior população de animais de estimação do mundo e, conforme os últimos dados informados pelo IBGE, em 2015, o número de pets era maior do que o de crianças nos lares das famílias brasileiras, sendo que quase metade dos domicílios possuía um cachorro. Com isso, nos últimos anos o direito precisou adaptar-se a essa nova realidade, reconhecendo que o animal de estimação não deve mais ser tratado como objeto". (GUIMARAES, 2019, p.1).

De acordo com Silva (2019, p.03), "ao longo dos anos surgiram novos autores e literaturas que tratam sobre o reconhecimento do direito animal. Dessa forma, estabeleceu-se um conjunto de princípios e determinações que definem o que é o direito dos animais".

Reforçando no texto da declaração Universal dos Direitos dos Animais, em seu artigo 14.º cita que: os organismos de proteção e de salvaguarda dos animais devem estar representados a nível governamental. E que os direitos do animal devem ser defendidos pela lei como os direitos do homem. A declaração universal é um marco na defesa dos animais, pois abrange mais do que o esperado.

Já no Brasil, temos a Lei de Crimes Ambientais, que passou a criminalizar abusos, maus-tratos, ferimentos e mutilações contra os animais não importando a sua espécie. Um grande avanço para a população animal. E com isso trazendo a questão dos direitos dos animais que começa a penetrar verdadeiramente na justiça graças as também das ONGs.

Fato esse, que já está acontecendo em alguns estados brasileiros, de que animais podem até constar como parte em ação judicial, ou seja, podem até serem autores de

processos judiciais. Trazendo a ideia de que os animais não são uma propriedade dos seres humanos, porque eles pensam e sentem como todos e tem os mesmos direitos. Mas o grande desafio na área de direito é aplicar todo esse entendimento, com as leis que regem sobre a área do direito dos animais. E para que isso aconteça, é importante que não só as pessoas, mas todos usufruam dos mesmos direitos. Pois devemos considerar que todo animal precisa ser respeitados, sem ter seus direitos violados, sem ser explorados e sem ter a sua liberdade restrita.

De acordo com Barbosa (2021, p 08), “conforme se verifica, os animais têm sido considerados pela jurisprudência como seres de direito, situação que lhes resguarda mais proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, que tem avançado para ampliar a cada dia mais os seus direitos no Brasil”.

Hoje já temos leis mais específicas quanto a estas questões, até porque os animais não têm capacidade de se defender como os homens, logo, precisando do mesmo para ajudá-los em sua defesa contra os opressores. E a realidade de hoje é que os pets passaram a ser um membro da família. Essa nova modalidade familiar é chamada de multiespécie, formada por uma pessoa, alguns membros ou um casal e o animal de estimação, com integração humano-animal e relação de afeto, merecendo um tratamento igualitário na legislação brasileira, com qualidade de vida para os animais, bem-estar e com as condições mais próximas possíveis de seu estado natural, com fornecimento de água limpa, alimentos saudáveis, abrigo adequado, atendimento veterinário, respeito e amor.

No entanto, a realidade de muitos animais são o contrário do que vimos a cima, pois muitos pegam animais doméstico em fase de crescimento, e por motivos fúteis, acabam maltratando os mesmos, com punições que até o próprio tutor desconhece que seja maus tratos, a exemplo, deixar o animal preso o dia todo com uma corda ou corrente.

Tesse et al. (2019, p21), fala que:

Os maus tratos, por sua vez, tratam-se de um conceito amplo, e por isso a dificuldade da população em saber quais são as condutas que acarretam em maus tratos contra animais. Por essa razão, elencamos algumas das ações ou omissões que podem se enquadrar nesse conceito. As condutas mais comuns de maus tratos aos animais são: agressões físicas de qualquer natureza (agressões, chutes, espancamento, mutilações, golpes, entre outras), deixar o animal sem água ou comida, abandonar o animal em qualquer circunstância, deixar o animal em espaço restrito ou preso em correntes por horas prolongadas, sem que ele possa se movimentar, não levar o animal adoecido ao veterinário, entre outras coisas.

De fato, todas essas são formas de maus tratos. No entanto, recentemente, as leis que amparam os animais foram alteradas para melhor, e com punições mais severas. Atualmente, houve algumas modificações de grande relevância, afim de, inibir os maus tratos aos animais. O presidente Jair Bolsonaro sancionou a Lei 1.095/2019, que aumenta a punição para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais. Conforme a nova legislação, a pena agora vai de dois a cinco anos de prisão, além de multa e a proibição de guarda de novos bichos. O novo texto modifica o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais 9.605/98, que previa a pena prevista de três meses a um ano de reclusão, além de multa.

E no dia 20/10/2021, o presidente Jair Bolsonaro, também sancionou o projeto de lei 6.610, que proíbe o sacrifício de cães e gatos pelos órgãos de controle de zoonoses e canis públicos. A ideia do projeto é proteger os animais e incentivar a adoção.

Vale lembrar que a partir do momento que se tem a noção de que os animais são seres sencientes, alguns estados brasileiros já vinham inovando com leis de proteção dos direitos dos animais, como é o caso de Santa Catarina que criou a Lei nº 17.526/2018 que em seu artigo 34-A. passa a vigorar com a seguinte redação: Para os fins desta Lei, cães e gatos ficam reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito, que sentem dor e angústia, o que constitui o reconhecimento da sua especificidade e das suas características face a outros seres vivos. Já Lei Nº 11140/2018 do Estado da Paraíba em seu artigo 5º cita que: Todo animal tem o direito: I - de ter as suas existências física e psíquica respeitadas; II - de receber tratamento digno e essencial à sadia qualidade de vida; III - a um abrigo capaz de protegê-lo da chuva, do frio, do vento e do sol, com espaço suficiente para se deitar e se virar; IV - de receber cuidados veterinários em caso de doença, ferimento ou danos psíquicos experimentados; V - a um limite razoável de tempo e intensidade de trabalho, a uma alimentação adequada e a um repouso reparador. Essa é uma Lei a que podemos dizer das mias inovadora no mundo a catalogar quais os direitos fundamentais dos animais. Lembrando que, essa lei, do Estado da Paraíba, vale para toda federação brasileira. Enquanto os outros Estados não tem leis próprias do direito dos animais.

Logo, os animais ao serem representados, podem ir a juízo defender seus direitos. No entanto, se os animais têm direitos fundamentais previsto em leis, isso significa que esses direitos poderão ser levados a juízo para serem defendidos. Desta forma, os animais são considerados sujeitos de direitos.

3.3 Bem-estar animal uma tarefa de todos

O bem-estar animal está atrelado com o bem-estar humano e da sustentabilidade. Referir-se às condições de qualidade de vida às quais é submetido no ambiente ao qual ele está inserido. É um direito fundamental de cada animal. Refere-se ao respeito em que o homem deve ter com os animais em seu convívio e finalidade, mantendo o bem-estar físico e mental do animal.

Nas palavras de Fodor (2016, p. 25), “quando se fala de direito e dever fundamental de proteção ao meio ambiente, se faz referência com o direito fundamental de cada pessoa, de viver em um meio ambiente equilibrado e do dever, igualmente fundamental, de agir para que esse ambiente se mantenha saudável”.

E para que esse ambiente se mantenha saudável, é necessário que todos que estão inseridos nele estejam em condições adequadas e sadias, de acordo com cada espécie. Já se sabe que os animais são seres sencientes — são capazes de entender o que os rodeia e de sentir diferentes sensações e sentimentos. Desse modo, todo animal é capaz de sentir dores, alegrias e tristezas. Logo, o que se percebe é que as pessoas estão tendo essa crescente conscientização de exigir que os animais tenham os mesmos direitos que elas. Na questão de conforto, saúde, e um meio ambiente equilibrado.

Em sua publicação, Pinto (2022, p.2) fala que:

O bem-estar animal é, de maneira simples e objetiva, o estado em que os animais se encontram quando são fornecidas todas as condições para que eles vivam em sua zona de conforto. Independentemente da finalidade para a qual o animal é criado, as condições são ajustadas e controladas de tal modo que, dentro das suas necessidades específicas, eles sejam capazes de produzir mais e melhor, com qualidade de vida. Entretanto, todas essas conjunções são construídas com base nas mesmas premissas. E foi a FAWC (*Farm Animal Welfare Committee*), grupo destinado a estudar e difundir os princípios do bem-estar animal, que instituiu as suas 5 liberdades. De acordo com a teoria, os animais devem estar: a) livres de medo e estresse; b) livres de sede e fome; c) livres de qualquer desconforto; d) livres de dor, injúrias e doenças; e) livres para expressarem seu comportamento natural.

A Declaração Universal dos Direitos dos animais reafirma em seus artigos, além de outras questões como direito dos animais, relata o bem-estar animal em seus artigos. No artigo 4.º item um - Todo o animal pertencente a uma espécie selvagem tem o direito de viver livre no seu próprio ambiente natural, terrestre, aéreo ou aquático e tem o direito de se reproduzir. No artigo 5.º item um - todo o animal pertencente a uma espécie que viva tradicionalmente no meio ambiente do homem tem o direito de viver e de crescer ao ritmo e nas condições de vida e de liberdade que são próprias da sua espécie. Já no artigo 6.º item um - Todo o animal que o homem escolheu para seu companheiro tem direito a uma duração de vida conforme a sua longevidade natural. E no item dois fala que: abandono de um animal é um ato cruel e degradante.

O bem – estar animal é um dever de todos, uma vez que eles dependem do homem para ter uma vida digna e saudável em todos os ambientes pertencentes a eles ou ao qual estão sendo inseridos.

4 CONCLUSÃO

Essa pesquisa bibliográfica teve como objetivo principal analisar a condição jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro demonstrando as evoluções das leis brasileiras desde 1886 até os dias de hoje. Nessa evolução histórica das leis dos direitos dos animais, observou-se que houve algumas mudanças, no entanto, lentas no decorrer dos anos. Pois os animais ainda eram tidos como coisas, e não como seres sencientes, que tem capacidade de sentir. E por décadas sofreram por maus tratos, abandono, abusos, em experimentos científicos e submetidos a trabalhos em prol financeiros para humanos.

Mas com a evolução da sociedade em compreender e se conscientizar que os animais merecem respeito e devem estar em um meio ambiente equilibrado e saudável, assim como, os humanos. Algumas leis foram criadas em favor da causa animal, como a lei 1.095/2019, que aumenta a punição para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais, que altera as penalidades no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais 9.605/98. Apesar de existir penalidades mais severas, o que se vê ainda, é uma falta de fiscalização mais intensiva e preventiva em todos os estados brasileiros, pois ainda há muitos maus tratos e abandono de animais nas grandes cidades.

Foi possível demonstrar na pesquisa também, como é importante o trabalho das ONGs e protetores nas causas animais, que são pessoas que lutam pelos direitos e bem-estar dos animais, resgatando, cuidando e fazendo doações dos mesmos para famílias responsáveis. Trabalhando de maneira a conscientizar também a sociedade na questão do ambiente ao qual o animal está inserido.

Diante da pesquisa, percebeu-se que houve um pequeno avanço nas leis a favor dos animais, porém, o Brasil ainda está longe de atingir os objetivos de outros países na questão dos direitos dos animais. Pois para se ter sucesso nessa questão, será necessário além de fiscalização, por em pratica as leis vigentes e trabalhar a questão da conscientização dos direitos dos animais nas escolas, empresas e nas mídias em geral. Talvez, dessa forma, haja um grande progresso na questão dos direitos dos animais e deveres dos seres humanos no meio ambiente.

5 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Bruna. **Nove em cada 10 agressores domésticos também têm animais como alvo.** Disponível em: <<https://anda.jor.br/2021/12/01/nove-em-cada-10-agressores-domesticos-tambem-tem-animais-como-alvo/>>. Acesso em: 28/11/2021.

BARBOSA. **Direito dos Animais: Regulamentação no Brasil.** Disponível em: <[https://www.- Jus.com.br](https://www.-Jus.com.br) >. Acesso em: 23/11/2021.

CASAGRANDE, Carolina. **Animais domésticos enquanto sujeito de direito no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<http://www.repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1193/1/CAROLINE%20CUNHA%20.pdf> >. Acesso em: 07/10/2021.

FODOR, Amanda. **A defesa dos direitos e dignidade dos animais não humanos Como parte integrante do ordenamento Jurídico brasileiro.** Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/6248/>>. Acesso em: 04/10/2021.

GUIMARAES, Thais. **Animais de estimação: coisas ou integrantes da família?** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/305759/animais-de-estimacao--coisas-ou-integrantes-da-familia>> Acesso em: 28/11/2021.

PINTO, Júlio. **Descubra Por Que O Bem-Estar Animal É Importante Para O Seu Negócio** Disponível em: <<https://nutricaoesaudeanimal.com.br/importancia-do-bem-estar-animal/>> Acesso em: 15/03/2022.

PORFÍRIO, Francisco. **Organização não governamental (ONG);** Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/organizacao-nao-governamental-ong.htm>>. Acesso em 15/03/ 2022.

SILVA, Gabriele. **O que são os direitos dos animais.** Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/carreira/>>. Acesso em: 07/11/2021.

SOUZA, Murilo. **Ativistas e criadores divergem sobre projeto que transforma animais em sujeitos de direito.** Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/817294-ativistas-e-criadores-divergem-sobre-projeto-que-transforma-animais-em-sujeitos-de-direito%E2%80%A8/>> Acesso em: 15/03/2022.

TESSI, et al. **Direito animal.** Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2020/09/cartilha-gt-direito-dos-animais-oab.pdf>> Acesso em 28/11/2021.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Animais.** Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Animais > Acesso em 19/03/2022.

A BASE DE CÁLCULO DO ITBI NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUIZ MÁRIO ARAÚJO CAMACHO CARPANEZ:

Advogado Público Municipal. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a base de cálculo do ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis). Para tanto, foram utilizadas, como base investigativa e argumentativa, a legislação nacional correlata, a jurisprudência e a doutrina.

Palavras-chave: ITBI. Base de Cálculo. Valor Venal. STJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Competência Normativa Tributária; 3. O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI; 3.1. Fato Gerador; 3.2. Base de Cálculo; 3.3. Lançamento; 3.4. Arbitramento de Base de Cálculo; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No dia 11 de novembro de 2021, o Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar a controvérsia surgida sobre a base de cálculo do ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis) para fins de *“definir: a) se a base de cálculo do ITBI está vinculada à do IPTU; b) se é legítima a adoção de valor venal de referência previamente fixado pelo fisco municipal como parâmetro para a fixação da base de cálculo do ITBI”*.

O caso piloto, Tema nº1.113, foi o representativo da controvérsia analisado no Recurso Especial nº1.937.821-SP que, em 24 de fevereiro de 2022, foi julgado pela Corte Cidadã.

Este artigo tem por finalidade analisar a referida decisão à luz da legislação, da jurisprudência e da doutrina.

2. COMPETÊNCIA NORMATIVA TRIBUTÁRIA

Por expressa previsão constitucional, compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e instituir e arrecadar os tributos de sua competência legal (artigo 30, incisos I e III).

Entre os tributos que os municípios podem instituir, lançar e cobrar, está o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (artigo 156, inciso II).

Contudo, a própria Constituição determina que a União edite normas gerais sobre os impostos nela previstos com o fim de uniformizar certos assuntos considerados relevantes, como, por exemplo a base de cálculo:

Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (BRASIL, 1988)

O instrumento normativo vigente é o Código Tributário Nacional (Lei Nacional nº5.172, de 25 de outubro de 1966), conforme decisão do Supremo Tribunal Federal:

O artigo 146, III, a, da CF/1988 dispõe que competete à lei complementar definir normas gerais acerca da definição de tributos e dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar, regulamentou o IPI, definindo que a base de cálculo do imposto é o valor da operação de que decorre a saída da mercadoria. (RE 602917, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-254 DIVULG 20-10-2020 PUBLIC 21-10-2020)

Assim, todos os Municípios brasileiros, além do Distrito Federal, podem legislar sobre o referido imposto imobiliário, o que possibilita certa margem de criação legislativa, dentro da moldura legal estabelecida pela norma geral editada pela União, isto é, das normas gerais estabelecidas pelo Código Tributário Nacional.

3. O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI

3.1. Fato Gerador

A Constituição Federal de 1988, no artigo 156, inciso II, e o Código Tributário Nacional, no artigo 35, estabelecem que o ITBI é um imposto incidente sobre o patrimônio e tem como principal fato gerador a transmissão onerosa, entre vivos (*"inter vivos"*), de bens imóveis:

*Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II - **transmissão** "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;* (BRASIL, 1988)

*Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a **transmissão** de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador: I - a **transmissão**, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil; II - a **transmissão**, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia; III - a cessão de direitos relativos às **transmissões** referidas nos incisos I e II.* (BRASIL, 1966)

Como o Código Tributário Nacional foi editado antes da atual Constituição, contudo foi por ela recepcionado nas partes compatíveis, a competência "Estadual" estabelecida no artigo 35 do CTN deve ser lida à luz da nova ordem constitucional, ou seja, competência municipal ou distrital.

O fato gerador descrito na norma como "*transmissão 'inter vivos', a qualquer título, por ato oneroso de bens imóveis, por natureza ou acessão física*" é a transação imobiliária entre pessoas vivas cuja legislação civil reconhece como contrato de compra e venda de bens imóveis.

O contrato de compra e venda, por ser instituto civil, deve ter sua definição, conteúdo, alcance, conceitos e formas determinados pela respectiva legislação civil, isto é, pelo Código Civil, em razão da expressa disposição do CTN relativa à integração e interpretação da legislação tributária:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. (BRASIL, 1966)

Contudo, como se observa, os institutos e conceitos civis não alcançam os efeitos tributários, porquanto esses possuem consequências jurídicas próprias, ou seja, há autonomia do direito civil e do direito tributário:

Hoje, entende-se cabem ao intérprete verificar se o legislador levou em conta, ou não, a estrutura de Direito Privado, na definição da hipótese tributária. O legislador é livre para se vincular, ou não, às formas daquele. O fato de o legislador utilizar uma expressão que

*também surge no Direito Privado não implica que aquela expressão exija que se considere o instituto do último que com aquela se designa. Uma mesma expressão pode ter significado diverso, conforme o contexto em que se insira. Em princípio, as expressões empregadas na lei tributária devem ser interpretadas segundo o contexto das leis em que se encontram. Claro que é possível que o legislador tributário se valha do Direito Privado e, em tal caso, deve-se respeitar a autonomia privada.*⁵¹

O Código Civil dispõe que o contrato de compra e venda é aquele em que “um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro” (artigo 481).

Assim, o referido contrato é o acordo entre as partes em que uma se obriga a transferir o domínio da coisa e a outra parte a pagar o preço.

A transmissão dos bens imóveis, contudo, somente ocorrem com o efetivo registro da transferência dominial no Cartório de Imóveis competente, conforme artigo 1.245 do Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. (BRASIL, 2002)

Nesse sentido é a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº1124 da Repercussão Geral:

O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro. (ARE 1294969 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-031 DIVULG 18-02-2021 PUBLIC 19-02-2021)

3.2. Base de Cálculo

A base de cálculo representa, na maioria dos casos, a grandeza quantificável da hipótese de incidência tributária, ou seja, do fato gerador:

⁵¹ SCHOUERI, Luis. E. DIREITO TRIBUTÁRIO. Editora Saraiva, 2021. 9786555592696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592696/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

O objeto da obrigação principal é o tributo. Seu cálculo faz-se a partir de dois elementos numéricos: a base de cálculo e a alíquota. A primeira, via de regra, pode ser encontrada como um desdobramento da hipótese de incidência; é a própria quantificação, em cada caso, do fato jurídico tributário ou, ainda, é o fato jurídico tributário, visto do ponto de vista numérico. Daí por que se chega a afirmar que a base de cálculo surge como aspecto quantitativo da hipótese de incidência. Uma vez identificada a base de cálculo, aplica-se a alíquota, que geralmente é expressa na forma de um percentual, chegando-se ao montante do tributo devido.⁵²

No caso específico dos impostos imobiliários, já que os fatos geradores que autorizam a tributação têm relação com o imóvel, a base de cálculo tem que estar, de algum modo, ligada a uma circunstância que quantifique o valor imobiliário.

Nessa linha de pensamento, o Código Tributário Nacional elegeu o “*valor venal*” como base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI):

Art. 33. A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel. (BRASIL, 1966)

Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. (BRASIL, 1966)

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº1.937.821-SP, representativo da controvérsia do Tema nº1.113, ao apreciar o aspecto quantitativo tributário do ITBI, afirmou que a apuração da base de cálculo do IPTU ocorre de maneira diferente da do ITBI:

A jurisprudência pacífica desta Corte Superior é no sentido de que, embora o Código Tributário Nacional estabeleça como base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) o “valor venal”, a apuração desse elemento quantitativo faz-se de formas diversas, notadamente em razão da distinção existente entre os fatos geradores e a modalidade de lançamento desses impostos. (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022)

⁵² SCHOUERI, Luis E. DIREITO TRIBUTÁRIO. Editora Saraiva, 2021. 9786555592696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592696/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

E isso ocorre porque o conceito de valor venal do IPTU e do ITBI traduzem grandezas diferentes quando justapostas aos respectivos fatos geradores.

No IPTU a grandeza quantificável é a propriedade, a posse ou o domínio útil, já que são esses os fatos geradores (artigo 32 do Código Tributário Nacional).

A base de cálculo, assim, do IPTU é encontrada nos valores presumidos e pré-fixados pelas Plantas Genéricas de Valores dos Municípios:

No IPTU, tributa-se a propriedade, lançando-se de ofício o imposto tendo por base de cálculo a Planta Genérica de Valores aprovada pelo Poder Legislativo local, que considera aspectos mais amplos e objetivos como, por exemplo, a localização e a metragem do imóvel. (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022)

Já no ITBI, como o fato gerador é a transmissão ou a cessão de direitos imobiliários (artigo 35 do Código Tributário Nacional), o aspecto material do tributo é o valor do negócio jurídico entabulado pelas partes:

Os arts. 35 e 38 do CTN dispõem, respectivamente, que o fato gerador do ITBI é a transmissão da propriedade ou de direitos reais imobiliários ou a cessão de direitos relativos a tais transmissões e que a base de cálculo do tributo é o “valor venal dos bens ou direitos transmitidos”, que corresponde ao valor considerado para as negociações de imóveis em condições normais de mercado. (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022)

Esse negócio jurídico, como visto acima, na maioria dos casos, é o contrato de compra e venda de bens imóveis que se torna perfeito com o acordo do objeto e do preço:

Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço. (BRASIL, 2002)

Observa-se, assim, que a fixação do preço do negócio é condição essencial, em regra, do negócio.

Portanto, o aspecto tributário “base de cálculo” está intimamente ligado ao aspecto “fato gerador” que, no ITBI, apesar de possuir nomenclatura igual à do IPTU, ou seja, “valor venal”, encontra a medida de sua grandeza em realidade fática distinta, isto é, no negócio jurídico entre as partes e não em valores pré-fixados ou presumidos.

3.3. Lançamento

O lançamento é o ato administrativo fiscal que constitui o crédito tributário, após o devido procedimento tributário, e apura a ocorrência do fato gerador, a matéria tributável, o montante do tributo devido, o sujeito passivo, eventual penalidade e demais requisitos legais (artigo 142 do CTN):

*Pode-se conceituar o instituto da seguinte forma: é o ato administrativo unilateral, privativo do Fisco, plenamente vinculado, declaratório da ocorrência do fato gerador e constitutivo do crédito tributário.*⁵³

O CTN estabelece três modalidades de lançamento: (1) de ofício, (2) por declaração e (3) por homologação.

Na primeira modalidade, de ofício (artigo 149 do CTN), a própria administração tributária possui as informações suficientes para proceder ao devido lançamento do crédito tributário, sendo dispensada qualquer ação do sujeito passivo (ou seja, do devedor). É o que ocorre, por exemplo, com o lançamento do IPTU ou IPVA em que o Fisco, a partir de informações cadastrais e tabela de valores, apura o tributo unilateralmente e o cobra do devedor:

*Denomina-se lançamento direto ou de ofício aquele efetuado e revisto pela autoridade administrativa, sem participação do contribuinte (art. 149 do CTN), cabendo também ao Fisco calcular o valor devido. Exemplos: IPTU, IPVA, contribuição de melhoria e taxas.*⁵⁴

Na segunda modalidade, por declaração (artigo 147 do CTN), o sujeito passivo ou um terceiro presta informações sobre matéria relevante de fato ao Fisco que procede ao lançamento do tributo. Nessa modalidade há uma ação tanto do sujeito passivo quanto da Administração que, em atuação conjunta, possibilita o lançamento. É o caso, por exemplo, do ITCMD em que o sujeito presta informações sobre a doação ou a herança e possibilita ao Fisco apurar o imposto devido.

Lançamento misto ou por declaração, nos termos do art. 147 do CTN, é aquele em que o sujeito passivo ou o terceiro presta informações à autoridade administrativa sobre matéria de fato, indispensáveis à sua

⁵³ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. Editora Saraiva, 2021. 9786555597226. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597226/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

⁵⁴ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. Editora Saraiva, 2021. 9786555597226. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597226/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

efetivação, cabendo ao Fisco calcular o valor devido. Exemplos de tributos lançados por declaração: Imposto de Exportação, ITCMD e ITBI.⁵⁵

Na terceira e última modalidade, por homologação (artigo 150 do CTN), o sujeito passivo pratica todos os atos necessários à tributação e paga antecipadamente os valores devidos sem qualquer atuação prévia ou concomitante do Fisco. A Administração, assim, só atua posteriormente na verificação da conformidade do lançamento com o fato gerador e os valores devidos, homologando o lançamento. É o caso, por exemplo, do ICMS ou do ISSQN em que o sujeito realiza todos os atos de apuração do imposto competindo ao Fisco, posteriormente, analisar e homologar o lançamento:

O tributo é lançado por homologação, também conhecido como autolançamento, quando, conforme disposto no art. 150 do CTN, a legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. São exemplos de tributos lançados por homologação: ICMS, ISS, IPI e Cofins.⁵⁶

Nesse ponto, a decisão do STJ, no Recurso Especial nº1.937.821-SP, representativo da controvérsia do Tema nº1.113, afirma que:

O ITBI comporta duas modalidades de lançamento originário: por declaração, se a norma local exigir prévio exame das informações do contribuinte pela Administração para a constituição do crédito tributário, ou por homologação, se a legislação municipal disciplinar que caberá ao contribuinte apurar o valor do imposto e efetuar o seu pagamento antecipado sem prévio exame do ente tributante. (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022)

A justificativa da Corte é que somente com as informações prestadas pelas partes que efetuaram a transação imobiliária é que se pode saber sobre as circunstâncias específicas do valor de mercado do bem e, logo, do preço que servirá de base de cálculo para a tributação:

⁵⁵ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. Editora Saraiva, 2021. 9786555597226. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597226/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

⁵⁶ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário. Editora Saraiva, 2021. 9786555597226. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597226/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

Os lançamentos por declaração ou por homologação se justificam pelas várias circunstâncias que podem interferir no específico valor de mercado de cada imóvel transacionado, circunstâncias cujo conhecimento integral somente os negociantes têm ou deveriam ter para melhor avaliar o real valor do bem quando da realização do negócio, sendo essa a principal razão da impossibilidade prática da realização do lançamento originário de ofício, ainda que autorizado pelo legislador local, pois o fisco não tem como possuir, previamente, o conhecimento de todas as variáveis determinantes para a composição do valor do imóvel transmitido. (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022)

Resta prejudicada, portanto, a adoção do lançamento de ofício com base em valores presumidos ou pré-fixados:

A prévia adoção de um valor de referência pela Administração configura indevido lançamento de ofício do ITBI por mera estimativa e subverte o procedimento instituído no art. 148 do CTN, pois representa arbitramento da base de cálculo sem prévio juízo quanto à fidedignidade da declaração do sujeito passivo. (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022)

Assim, é impossível a Administração saber previamente sobre as questões relevantes do negócio para fins de apurar o tributo devido. Ou seja, o lançamento de ofício, que leva em consideração parâmetros previamente fixados, como a Planta Genérica de Valores, é impróprio para apuração do tributo, uma vez que não é apto a refletir o preço da transação realizada.

Portanto, a base de cálculo do ITBI é o valor de mercado do bem imóvel determinado pelo preço acordado na compra e venda pelas partes.

3.4. Arbitramento da Base de Cálculo

O artigo 148 do Código Tributário Nacional prevê um método de lançamento de ofício denominado de arbitramento:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrar aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os

documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial. (BRASIL, 1966)

A utilização desse método, como prescreve a norma, ocorre quando há omissão do sujeito passivo ou as suas declarações ou esclarecimentos “*não mereçam fé*”, ou seja, não possibilita a devida apuração do tributo ou há indícios de irregularidade:

*Há casos em que a autoridade, embora verificando que o fato gerador ocorreu, não dispõe de elementos suficientes para a apuração da base de cálculo com exatidão em face da ausência ou inidoneidade da documentação respectiva, tendo de recorrer ao arbitramento ou aferição indireta. Denomina-se lançamento por arbitramento, pois, o realizado mediante apuração da base de cálculo mediante elementos indiciários ou presunções legais.*⁵⁷

É mecanismo excepcional de lançamento e deve ser utilizado quando a base de cálculo real não puder ser conhecida:

*Note-se que o lançamento por arbitramento ou aferição indireta é excepcional e subsidiário. Só se justifica quando da impossibilidade de apuração da base de cálculo real.*⁵⁸

A decisão do STJ, no Recurso Especial nº1.937.821-SP, representativo da controvérsia do Tema nº1.113, confirma essa posição:

Em face do princípio da boa-fé objetiva, o valor da transação declarado pelo contribuinte presume-se condizente com o valor médio de mercado do bem imóvel transacionado, presunção que somente pode ser afastada pelo fisco se esse valor se mostrar, de pronto, incompatível com a realidade, estando, nessa hipótese, justificada a instauração do procedimento próprio para o arbitramento da base de cálculo, em que deve ser assegurado ao contribuinte o contraditório necessário para apresentação das peculiaridades que amparariam o quantum informado (art. 148 do

57 PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. Editora Saraiva, 2021. 9786553623255. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623255/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

58 PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. Editora Saraiva, 2021. 9786553623255. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623255/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

CTN). (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022)

Assim, cabe à Administração Tributária infirmar a presunção de veracidade das declarações do contribuinte para então poder proceder ao arbitramento.

Conforme foi argumentado, no Recurso Especial objeto desta análise, o ponto de partida para infirmar as declarações do contribuinte pode ser o “*valor venal de referência*” previamente fixado pela Administração:

Esse denominado valor venal de referência, ou equivalente, quando muito, poderá justificar a ação fiscal para apurar a veracidade da declaração prestada, mas, em hipótese alguma, pode servir para antecipar tal juízo, porquanto, além de não abranger todas as áleas definidoras do valor de mercado daquele específico imóvel, acaba por subtrair a garantia do contraditório assegurada ao contribuinte, cujo exercício pressupõe a prévia instauração de regular processo administrativo. (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022)

Assim, quando na comparação do valor declarado com o “*valor venal de referência*” ficar demonstrada que as informações do contribuinte “*não mereçam fé*”, por haver divergência substancial de bases, pode o Fisco instaurar o devido processo administrativo para fins de apurar o valor da base de cálculo do ITBI, mas sempre com obediência aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório. Ou seja, o valor referencial pode ser utilizado para deflagrar a ação fiscal, mas não para, por si só, justificar o lançamento de ofício.

4. CONCLUSÃO

Este artigo buscou lançar luzes sobre a base de cálculo do ITBI, imposto intrinsecamente relacionado com o mercado imobiliário, com foco na decisão do Recurso Especial nº1.937.821-SP, representativo da controvérsia do Tema nº1.113, do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, após explicações sobre a legislação, a jurisprudência e a doutrina, chega-se à devida compreensão da tese fixada pela Corte: “*a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação; b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN); c) o Município não pode arbitrar*

previamente a base de cálculo do ITBI com respaldo em valor de referência por ele estabelecido unilateralmente”.

5. BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm >. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial: REsp 1937821/SP. Relator: Ministro Gurgel de Faria. DJ: 03/03/2022. STJ, 2022. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1937821&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO >. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário: RE 602917. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 20/10/2020. STF, 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3749426> >. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo em Recurso Extraordinário: ARE 1294969 RG. Relator: Ministro Presidente. DJ: 19/02/2021. STF, 2021. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6031137> >. Acesso em: 27 mar. 2022.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Tributário*. Editora Saraiva, 2021. 9786555597226. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597226/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. Editora Saraiva, 2021. 9786553623255. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623255/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

SCHOUERI, Luis. E. *DIREITO TRIBUTÁRIO*. Editora Saraiva, 2021. 9786555592696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592696/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

O USO DO TELETRABALHO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: INOVAÇÃO E TECNOLOGIA

GABRIELLA FERREIRA BATISTA:

Bacharelanda do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi – UNIRG.⁵⁹

PAULO IZIDIO DA SILVA REZENDE⁶⁰

(orientador)

RESUMO: O teletrabalho é um tema bastante atual e relevante em nosso meio, tornando-se ainda mais evidente durante a pandemia da COVID-19. Com o advento da Lei nº 13.647/17, mais conhecida como Reforma Trabalhista, essa modalidade de trabalho foi regularizada e com isso pode-se entender melhor como funciona o teletrabalho na legislação brasileira, mais especificadamente na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas). O estudo mostrará como acontece na prática o trabalho à distância, incluindo as vantagens e desvantagens e mostrará a conceituação e caracterização sob o olhar de doutrinadores, legisladores e através de jurisprudências. Além disso, o objetivo é mostrar como o teletrabalho se tornou de suma importância durante a pandemia da COVID-19.

Palavras-chave: Teletrabalho. Reforma Trabalhista. Pandemia. COVID-19.

ABSTRACT: The teleworking is a very current and relevant topic in our environment, becoming even more evident during the COVID-19 pandemic. With the advent of Law nº 13.647/17, better known as Labor Reform, this type of work was regularized and with this it is possible to better understand how telework works in Brazilian legislation, more specifically in the CLT (Consolidation of Labor Laws). The distance study takes place in the practice of the doctrine, including as advantages of work and exhibition of opinion and characterization under the doctrine, legislation and jurisprudence. In addition, the objective is to show how teleworking has become of paramount importance during the COVID-19 pandemic.

Keywords: Telework. Labor Reform. Pandemic. COVID-19.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO E SURGIMENTO. 2.1 Onde e quando surgiu a COVID-19, ocasionando a pandemia. 2.2 Conceito e surgimento do Teletrabalho na legislação brasileira. 3 CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO. 3.1 Como a legislação específica. 3.2 Como funciona no teletrabalho. 4 VANTAGENS E DESVANTAGENS. 4.1

⁵⁹ E-mail: gabriellafbatista@unirg.edu.br.

⁶⁰ Professor Especialista do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. E-mail: paulo_izidio@hotmail.com.

Vantagem de trabalhar no conforto de casa, entre outros. 4.2 Desvantagem por não separar ambiente familiar e trabalho, entre outros. 5 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

A lei 13.467 inovou no ordenamento *justralhista* brasileiro passando a vigorar no dia 11 de novembro de 2017, introduzindo na legislação brasileira, dentre outras medidas, a normatização do regime jurídico do teletrabalho. No mundo atual as tecnologias vêm cada vez mais ganhando espaço e dominando as relações em diversos sentidos. No meio jurídico não é diferente, a tecnologia tem sido grande aliada para que haja maior efetividade na prestação de serviços.

Graças às inovações e tecnologias houveram mudanças na área trabalhista no que se refere às relações de trabalho. O teletrabalho foi regularizado através dos arts. 75-A a 75-F e trata-se de uma modalidade de prestação de serviço realizada fora das dependências do empregador, onde são utilizados os meios tecnológicos de informação e de comunicação.

É o novo conceito de trabalho que permite mais flexibilidade ao trabalhador e no cenário pandêmico causado pelo coronavírus, tornou-se essencial e indispensável. Considerando o cenário de pandemia, foi graças a essa modalidade que o trabalho prestado tornou-se mais seguro para saúde de todos e evitou o contágio do vírus da COVID-19, tendo em vista que o trabalho é realizado à distância através de meios de comunicação evitando a exposição do colaborador a contaminação do vírus. Essa modalidade foi tão bem aceita no mercado de trabalho que muitas empresas estimam que se tornará definitivo mesmo após a pandemia

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) conceitua o teletrabalho da seguinte forma: "o teletrabalho é a forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório e/ou centro de produção, que permita a separação física e que se utilize uma nova tecnologia que facilite a comunicação". Ou seja, com a separação física e a facilidade de comunicação através da tecnologia, o teletrabalho se encaixou perfeitamente ao cenário de pandemia em que o país vive.

2 CONCEITO E SURGIMENTO DA COVID-19 E DO TELETRABALHO

2.1 Onde e quando surgiu a covid-19, ocasionando a pandemia

A COVID-19 surgiu na China, mais especificadamente na cidade de Wuhan e teve início no findar do ano de 2019. As primeiras e mais utilizadas medidas de combate ao vírus, que se espalhou de forma silenciosa, foram a testagem em massa e o isolamento social, que tinham como objetivo conter a propagação do vírus tendo em vista seu fácil e rápido contágio. Apesar do empenho para que fosse contida a situação, o vírus logo

chegou nos países vizinhos, isso porque no mundo globalizado em que vivemos onde muitas pessoas se deslocam de um país para outro todos os dias tornou-se impossível impedir que o vírus circulasse e atingisse o mundo todo, conseqüentemente, nos vimos diante de uma pandemia.

Em pouco tempo o coronavírus chegou na Europa, América do Norte, África, América do Sul, aumentando cada dia mais os números de casos dos infectados pela doença. Como citado anteriormente, uma das mais utilizadas medidas de segurança foi o isolamento social, porém essa medida trazia um grande adversário, uma luta social complexa contra a crise econômica que atingiu países como o Brasil, em pleno desenvolvimento.

No Brasil, o primeiro caso de paciente testado positivo para a COVID-19 foi declarado no dia 26 de Fevereiro, em um homem de 61 anos de idade, o mesmo vinha da Itália e ficou hospitalizado em São Paulo. De acordo com o repórter Jonas Valente da Agência Brasil, os números de casos positivos no país chegaram a 31,16 milhões.

2.1 Conceito e surgimento do teletrabalho na legislação brasileira

O teletrabalhador, do ponto de vista dos doutrinadores Miessa e Correia, é definido da seguinte forma:

Será considerado teletrabalhador o empregado que presta a maior parte de seus serviços em sua residência ou em outro local diverso do estabelecimento de seu empregador e que possa se comunicar com seu empregador por meio de tecnologias de informação e de comunicação, como e-mails, WhatsApp, Facebook, SMS, telefone, entre outras (MIESSA e CORREIA, 2018, p.236).

A OIT - Organização Internacional do Trabalho, também o conceitua como sendo:

“O teletrabalho é a forma de trabalho realizada a partir de um lugar distante da empresa e/ou estabelecimento, que permite a separação física entre o local de produção ou de execução da prestação de trabalho e o local onde funciona a empresa, mediante recurso de tecnologias que facilitam a informação e a comunicação” (LIMA FILHO, 2021).

O Teletrabalho surgiu na legislação brasileira em 2017, na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) com o advento da Lei 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista. Essa lei trouxe um respaldo jurídico ao Teletrabalho, encontra-se no Capítulo II-A, do Título II, com os arts. 75-A a 75-F. O artigo 75-B conceitua essa modalidade de serviço da seguinte forma:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (BRASIL, 2017).

O art. 75-C vai dispor acerca da forma em que o teletrabalho será previsto, qual seja por meio expresso no contrato de trabalho, podendo ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho por meio de acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual, desde que respeitado o prazo mínimo de quinze dias.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho ou trabalho remoto deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual (BRASIL, 2017).

A CLT regularizou no art. 75-D a aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos tecnológicos necessários para realização do trabalho à distância. O parágrafo único dispõe que o custeio com os equipamentos não integra a remuneração do empregado, ou seja, dessa forma percebe-se que CLT segue uma linha geral de que o custeio com encargos necessários para a prestação de serviços cabe ao empregador.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado (BRASIL, 2017).

O art. 75-E versa acerca do meio ambiente em que o trabalhador está submetido. Este tema é abordado de forma bem genérica na CLT no que se refere a responsabilidade do empregador em relação a acidentes de trabalho ou doença, trazendo a ele uma certa isenção de responsabilidade, tendo em vista que “o empregado deverá assinar um termo

de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”, conforme dispõe o parágrafo único do referido artigo.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador (BRASIL, 2017).

Para que haja alteração do regime presencial para o teletrabalho, o art. 75-F garante prioridade de vagas a serem destinadas aos empregados com requisitos específicos citados no artigo, conforme consta a seguir:

Art. 75-F. Os empregadores deverão conferir prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto (BRASIL, 2017).

Percebe-se que, a reforma trabalhista de 2017 trouxe muitas inovações ao regulamentar o teletrabalho, nesta oportunidade o legislador aprecia explicitamente a utilização dos meios tecnológicos e de comunicação. É sabido que com o advento de novas tecnologias houve um grande avanço nas áreas econômicas e sociais, no meio trabalhista não foi diferente, isso fica claro com a regularização do teletrabalho, por ser tratar de um labor prestado fora das dependências do empregador, sendo possibilitado a realização de forma telemática primordialmente através de ferramentas tecnológicas de informação.

Por ser uma modalidade que possibilita que o trabalho seja prestado à distância, logo se entende o motivo do seu grande crescimento durante a pandemia, tendo em vista que o distanciamento social se tornou medida de segurança fundamental e imprescindível para controlar a propagação do coronavírus. O serviço prestado fora das dependências do empregador garante o distanciamento e maior segurança à saúde pública, por não ser necessário expor o empregador a local onde a contaminação se torna fácil e com isso houve um eficaz combate a COVID-19.

A lei nº 13.979, que entrou em vigor em 06 de fevereiro de 2020, trouxe em seu texto recomendações necessárias para o enfrentamento de emergência da saúde pública decorrente da pandemia, contendo como uma das medidas principais o isolamento social. Na seara trabalhista, houveram medidas provisórias que versaram diretamente sobre o teletrabalho, considerando-o como medida indispensável para enfrentar o estado de

calamidade pública causado pela COVID-19. A MP 927/2-0 em seu art. 3º foi clara ao dispor:

Art. 3º. Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas: I. O teletrabalho; [...] (BRASIL, 2020).

O Capítulo II da MP 927/2-0 versou especificadamente sobre o teletrabalho, trazendo algumas normas para enfrentar o momento de calamidade pública, normas essas que se diferenciam em algumas partes quando comparadas com as regras do teletrabalho adotadas pela CLT, como por exemplo, o prazo para alteração do regime presencial para o regime à distância. Confira a seguir as normas da Medida Provisória:

Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

§ 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

§ 2º A alteração de que trata o **caput** será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico.

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

§ 5º O tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo.

Art. 5º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes, nos termos do disposto neste Capítulo (BRASIL, 2020).

Pode-se observar ao analisar essas normas, que foi preciso adaptar o modelo de teletrabalho existente na CLT para que houvesse um encaixe perfeito para o momento de pandemia, tendo em vista ser um tempo em que as coisas precisaram ser resolvidas com uma certa urgência. As regras da MP eram compatíveis com as da CLT, porém foram diminuídas as formalidades.

3 CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO

A imposição do teletrabalho em virtude da pandemia foi, para grande parte das empresas, algo não planejado. Com isso, houveram grandes complicações em alguns aspectos na relação de emprego e uma dessas complicações foi em relação ao controle da jornada de trabalho, já que nessa modalidade existe uma maior flexibilização para empregador e empregado, tornando-se difícil controlar a jornada de trabalho e, conseqüentemente, identificar possíveis abusos ou excessos que possam ser cometidos por ambas as partes.

3.1 Na legislação

A CLT em seu art. 58 é clara ao estabelecer a regra sobre a duração normal do trabalho, conforme se pode conferir:

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite (BRASIL, 1943).

Porém, mais à frente o art. 62 traz uma exceção à regra geral, que dispõe assim:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...]

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa (BRASIL, 1943).

Essa definição traz em seu texto o entendimento de que não haverá controle sobre a jornada de trabalho no regime de teletrabalho, logo não haverá responsabilidade por parte do empregador que se refere à horas extras, adicional noturno, entre outros direitos trabalhistas. Porém esse entendimento já vem sofrendo alterações, pois graças as inovações e tecnologias, existem meios e aplicativos capazes de controlar o período em que o empregado exerceu suas atividades.

Doutrinadores expressam seu entendimento de forma contrária a legislação, a exemplo de Muniz e Rocha que entendem assim:

É perfeitamente viável aplicar ao teletrabalhador as normas sobre jornada de trabalho, quando estiver em conexão permanente com a empresa que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho. Afinal, essa é a regra, ao passo que o inciso I do artigo 62 da CLT é a exceção. Não há incompatibilidade entre o teletrabalho e a jornada extraordinária (MUNIZ e ROCHA, 2013, p.111)

Importante também o entendimento de Vólia Bomfim Cassar, no mesmo sentido dizendo:

Há forte presunção de que teletrabalhador não é fiscalizado e, por isso, está incluído na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Se, todavia, o empregado de fato for monitorado por webcâmera, intranet, intercomunicador, telefone, número mínimo de tarefas diárias etc., terá direito ao Capítulo "Da Duração do Trabalho", pois seu trabalho é controlado. Aliás, o parágrafo único do art. 6º da CLT é claro no sentido de que 'Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio'. (CASSAR, 2012, p. 712).

Sobre esse assunto já houve entendimento jurisprudencial firmado pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e Tribunal Superior do Trabalho (TST), onde os tribunais se mostram favoráveis ante a possibilidade de reconhecer o controle da jornada de trabalho e evitar que haja excessos, garantindo direito à horas extras e outros direitos normativos:

CONTROLE DE JORNADA. POSSIBILIDADE. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O mero exercício de atividade externa não induz, por si só, o enquadramento da hipótese na regra do art. 62, I, da CLT. Aliás, o entendimento uniformizado por esta Corte é de que, além de ser admissível o controle indireto da jornada de trabalho, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se exclua a hipótese do dispositivo legal em questão. Logo, não é a ausência de fiscalização direta que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, e sim a impossibilidade de controle, hipótese não configurada no caso em análise, tendo em vista que a leitura do acórdão recorrido revela que a jornada de trabalho autoral era passível de fiscalização indireta, por meio dos Relatórios Semanais de Promotores de Vendas. Assim, constatada a possibilidade de controle, são devidas as horas extras pleiteadas. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR: 8872120145120038, relator: Delaíde Miranda Arantes, data de julgamento: 26/6/19, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/6/19) (BRASIL, 2019).

3.2 No teletrabalho

Com a pandemia da COVID-19, tornou-se necessária a imposição do teletrabalho tendo em vista que nessa modalidade há uma desnecessidade da presença física, pelo fato das atividades serem exercidas à distância com o uso de aparelhos tecnológicos que permitem a comunicação imediata. Essa medida foi um meio adotado para salvar as empresas e os trabalhadores e evitar grandes prejuízos para ambas as partes. O uso do teletrabalho foi regularizado também pela medida provisória nº 936 de 2020, que trata de um Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública, posteriormente transformada em Lei n. 14.020.

Uma das medidas que a lei trouxe foi a possibilidade de redução da jornada de trabalho e salário em seu art. 7º, que dispõe:

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos:

I - preservação do valor do salário-hora de trabalho;

II - pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos; e

III - redução da jornada de trabalho e de salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais: a) vinte e cinco por cento; b) cinquenta por cento; ou c) setenta por cento (BRASIL, 2020).

Outra medida foi em relação a suspensão, pelo prazo máximo de sessenta dias, do contrato de trabalho previsto no art. 8º. Como forma de evitar a suspensão do contrato, o § 4º trouxe a opção de ser adotado o regime de teletrabalho:

Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, pelo prazo máximo de 60 (sessenta) dias, fracionável em 2 (dois) períodos de até 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por prazo determinado em ato do Poder Executivo. [...]

§ 4º Se, durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho, o empregado mantiver as atividades de trabalho, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, ficará descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho, e o empregador estará sujeito: I - ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais e trabalhistas referentes a todo o período; II - às penalidades previstas na legislação em vigor; e III - às sanções previstas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (BRASIL, 2020).

Por se tratar de um tema difícil de ser regulamentado, as empresas e os empregados passaram a acordar acerca da jornada no teletrabalho através de convenções coletivas de trabalho. Pode-se observar que esses acordos ocorreram de forma bem-sucedida no meio bancário, como por exemplo, o acordo coletivo ocorrido no BANRISUL, Banco do Rio Grande S/A, onde os mesmos acordaram da seguinte forma:

CLÁUSULA 3ª – DO CONTROLE DE JORNADA O BANCO controlará a jornada dos seus empregados em regime de teletrabalho, por meio de marcação em sistema de ponto eletrônico já validado em Acordo

Coletivo de Trabalho específico, com observância dos intervalos legais e períodos de descanso.

Parágrafo primeiro – O disposto no caput se aplica ao empregado em teletrabalho, inclusive quando estiver prestando serviços nas dependências do BANCO.

Parágrafo segundo –Haverá bloqueio do sistema após o cumprimento da jornada legal pelo empregado, de forma que ele não terá acesso às ferramentas de trabalho, ficando impedido de continuar trabalhando. Excepcionalmente em caso de necessidade de serviço em jornada extraordinária, obedecendo as normas do BANCO de horas previstas no Acordo Coletivo do Banrisul Aditivo à Convenção Coletiva de Trabalho, poderá ser previamente em comum acordo autorizada pelo gestor.

Parágrafo terceiro–Para os empregados considerados isentos de controle de jornada pelo BANCO, que estiverem em regime de teletrabalho, a possibilidade de fiscalização direta ou indireta da jornada, por qualquer meio, não afasta a aplicação das exceções previstas no artigo 62 da CLT. 68 (BRASIL, 2020).

Medidas como essas começaram a se espalhar e diversos setores adotaram esses acordos por meio de convenção coletiva para regularizar esse tema considerado complexo na relação de trabalho.

A mais recente regulamentação acerca deste assunto foi, no dia 25 de Março de 2022, a edição pelo Governo da Medida Provisória 1108/22. Essa Medida tem como objetivo disciplinar as relações de trabalho após a pandemia causada pela COVID-19 e trouxe algumas alterações referente as regras da CLT em relação ao trabalho à distância, sendo as mais importantes alterações relacionadas a equiparação do teletrabalho com o trabalho remoto e a alteração das regras acerca da jornada trabalho para os empregados que estiverem em regime de teletrabalho ou trabalho remoto. Confira como ficou a nova redação do art. 75-B:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo (BRASIL, 2022).

Esse regramento deixa a relação de trabalho neste formato mais segura, pois antes a norma tinha um formato mais subjetivo quando definia o teletrabalho como

atividade realizada preponderantemente fora das dependências do empregador, já agora com as alterações decorrentes da Medida Provisória é definido como o simples fato da prestação de serviços ocorrer fora das dependências do empregador, de forma preponderante ou não, tendo a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, não podendo se configurar como trabalho externo.

Outra alteração importante foi em relação ao controle de jornada de trabalho dos empregados que estiverem em teletrabalho ou trabalho remoto. Com a Medida Provisória 1108/22, haverá controle sobre a jornada de trabalho dos empregados, exceto dos colaboradores que prestam serviço por tarefa ou produção. Uma alteração muito relevante, pois até pouco tempo esse era um tema complexo resolvido por acordo entre empregado e empregador.

4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

O teletrabalho já existia antes mesmo da pandemia, porém ficou mais conhecido após esse momento por ser o meio utilizado por grande parte das empresas para dar continuidade aos seus negócios. Ao contrário do que muitos pensam, o teletrabalho não possui apenas vantagens, assim como em tudo que existe, nele também há seus prós e contras. Apesar de parecer que a adaptação para essa modalidade seria muito fácil, no decorrer do tempo apareceram algumas dificuldades que mostraram sobrevir desvantagens oriundas do teletrabalho na prática.

4.1 Vantagens

Considerando que o trabalho realizado de casa traz para o colaborador mais conforto e comodidade, houve uma considerável redução do estresse e desencadeou a elevação do bem-estar. Um exemplo disso é que, por não precisar se deslocar e gastar tempo se arrumando, os trabalhadores não precisam acordar muito cedo e nem correm risco de pegar trânsito e chegar em casa mais tarde. No caso das cidades grandes, não será mais preciso mais enfrentar as dificuldades de utilizar um transporte público lotado. Na área da convivência, onde pode haver um relacionamento conturbado com patrão ou colegas de trabalho, houve a melhora por não haver mais necessidade de conviverem no mesmo ambiente.

Outra vantagem que merece destaque foi em relação aos gastos por parte do trabalhador que não recebia auxílios que ajudassem no custeio de transporte e alimentação, com essa modalidade o trabalhador consegue economizar uma quantia considerável ao fim de cada mês.

No teletrabalho também se tem mais autonomia na forma de trabalhar, já que por estar em casa o trabalhador consegue se organizar melhor em relação a qual

tarefa irá realizar na ordem que quiser e terá menos chances de ser interrompido por terceiros seja pra conversar, atender telefonemas ou atender a um pedido de trabalho fora do planejado.

A maior autonomia que o trabalhador consegue no teletrabalho é relacionado ao horário de serviço, pois algumas empresas não exigem um horário definido de expediente e nesses casos os colaboradores tem maior liberdade para definir seu expediente e conseguir fazer alguns intervalos que no ambiente de trabalho não seria possível, mas isso ocorre desde que seja cumprida todas as suas obrigações enquanto empregado.

Outra grande vantagem do teletrabalho é o ganho de tempo que o trabalhador terá. Um exemplo é disso é, se uma pessoa na modalidade presencial gasta uma hora para ir pro serviço e uma hora para voltar, no teletrabalho ela irá economizar duas horas do seu dia. Durante essas duas horas o colaborador poderia fazer muitas outras atividades ou descansar, ficando a seu critério como usar esse tempo livre.

Em suma, o teletrabalho trouxe vantagens específicas para o empregado e para o empregador, um breve resumo é:

Para o empregado:

- a) Maior disponibilidade para a família;
- b) Flexibilidade de horário;
- c) Redução do estresse e elevação do bem-estar;
- d) Maior autonomia e redução de gastos.

Para o empregador:

- a) Menos despesas com escritório;
- b) Maior produtividade.

4.2 Desvantagens

Em meio as dificuldades e desvantagens enfrentadas nessa modalidade, está a privação do contato com os colegas de trabalho. Este foi um fator muito marcante para os teletrabalhadores, pois os momentos de socialização com as pessoas nos horários de descontração ou almoço por exemplo, foram restritos por estarem distantes e não poderem se comunicar entre si como ocorre no regime presencial, momentos estes considerados importantes para felicidade no trabalho.

Outro fator muito relatado foi a dificuldade de separar a vida pessoal da vida profissional, considerando que por estar em casa acaba surgindo afazeres não profissionais que carecem da atenção do trabalhador, como por exemplo receber alguma visita, atender um telefonema de familiar ou cumprir qualquer outra tarefa distinta do profissional.

A distância entre os chefes e colegas de trabalhos causou uma demora maior na hora de solucionar determinadas questões, pelo fato de que no contato presencial é muito mais fácil e imediato tirar dúvidas ou receber ajuda em qualquer ocasião, já no teletrabalho a resposta para esses problemas é mais demorada e por vezes são deixadas de lado por receio de gerar incomodo no colega que está distante.

Outra desvantagem, já citada anteriormente, é em relação ao controle da jornada de trabalho. Essa dificuldade atingia ambas as partes, tanto empregador na hora de ter controle sobre a produtividade diária de cada trabalhador, quanto empregado na hora de receber direitos, como por exemplo, as horas extras. Essa dificuldade já vem sendo superada com o apoio de tecnologias e normas regularizadoras do teletrabalho.

Para melhor entendimento, veja a lista de algumas desvantagens do teletrabalho para o empregador e empregado.

Para o empregado:

- a) Aumento de problemas relacionados a saúde, principalmente em relação à coluna;
- b) Aumento de despesas relacionado aos custos do trabalho em casa;
- c) Privação do contato pessoal;
- d) Dificuldade em separar vida pessoal e vida profissional

Para o empregador:

- a) O controle do desempenho dos funcionários se torna mais complexo ao ser feito à distância;
- b) Possibilidade de gastos para fornecer aparelhos tecnológicos para o empregado.

Dessa forma, mesmo havendo pontos positivos e negativos, estima-se que os pontos positivos prevalecerão e o teletrabalho se tornará definitivo para muitas empresas mesmo após o fim da pandemia, tendo em vista que a produtividade não diminuiu, ao contrário do que se pensava, em muitos setores a produtividade só aumentou.

5 CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o teletrabalho é uma modalidade que traz inúmeros benefícios tanto para empregado quanto para empregador. A pandemia da COVID-19 mostrou e confirmou isso com muita clareza. O que antes era temido pelas empresas, mostrou-se eficaz e produtivo não só para o tempo de pandemia, mas também para ser adotado de forma definitiva.

O teletrabalho permite que o trabalho seja realizado fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação. Isso acontece graças as inovações e tecnologias que nos permite evoluir cada dia mais e com a pandemia, tornou-se a grande solução para evitar maiores prejuízos econômicos, permitindo que as empresas prosseguissem normalmente com suas atividades.

Além das regras da CLT, já existe Lei e Medidas Provisórias adotadas pelo Governo, com o objetivo de regularizar e suprimir as dificuldades enfrentadas ao longo do uso do teletrabalho na pandemia, tornando essa modalidade cada vez mais eficaz e produtiva. Os aprimoramentos na legislação trabalhista acerca desse tema é um desafio, mas tem dado passos positivos com o objetivo de garantir maiores avanços nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

BELLO, A. A. **Fenomenologia e ciências humanas**. Bauru: EDUSC, 2004.

BRASIL. **Lei nº 13.979**, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1108/22**, de 25 de março de 2022. Dispõe sobre disciplinar as relações de trabalho após a pandemia causada pela COVID-19 e trouxe algumas alterações referente as regras da CLT. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF.

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

BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13 De julho de 2017. Altera a Consolidação Das Leis Do Trabalho (CLT), a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Capítulo II-A do Teletrabalho.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, **Deferimento de horas extraordinárias a teletrabalhador**. Disponível em:

<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168418881/recurso-de-revistarr1527000220105210001/inteiro-teor-168418900>. Acesso em: 03 abr. 2022.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CORREIA, H.; MIESSA, E. **Manual da Reforma Trabalhista: LEI 13.467; 2017- O que mudou?**. 2ª ed. Salvador: JUSPODIVM, 2018.

LIMA FILHO, Francisco das C. O reconhecimento legal da relação de emprego do teletrabalhador. **Revista LTr**: Legislação de Trabalho, v.76, n.1, p. 34-38, jan. 2012.

MUNIZ, M. K. C. B.; ROCHA, C. J. o teletrabalho à luz do Artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. In.: **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 101-115, jan./dez. 2013.

A GUARDA COMPARTILHADA E OS EFEITOS PSICOLÓGICOS NOS ENVOLVIDOS

PAULO JOSÉ SANCHES:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis/SP⁶¹

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo do instituto da guarda compartilhada à luz do princípio do melhor interesse do menor. Para isso foram analisados aspectos acerca da desorganização familiar, decorrentes da separação e divórcio do casal com filhos menores. O enfoque principal, desse estudo, consiste em mostrar que o interesse maior na aplicação desse modelo de guarda será sempre o que mais benefícios traz ao menor, que é, dentro da relação familiar, a parte mais frágil e mais necessitada. Mostra que o referido instituto traz às crianças e adolescentes uma maior segurança em todos os aspectos do seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, podendo ser exercida conjuntamente, mediante um acordo entre os pais, mesmo não estando estes convivendo sob o mesmo teto, concluindo que a melhor forma, a menos traumática para o menor é a adoção da guarda compartilhada, que apresenta o melhor caminho a ser buscado garantindo, assim, uma formação moral, emocional e psicológica ideais.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Separação e divórcio. Melhor interesse do menor.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 GUARDA COMPARTILHADA. 3 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. 4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Um fato bastante comum nos casos de separação e divórcio do casal é que eles acabam transmitindo aos filhos, todas as suas inseguranças, raivas e medos decorrentes do término do relacionamento ou vínculo conjugal acabando, os filhos, por ser os mais atingidos devido a esse estado de fragilidade emocional dos pais (SAMPEI, 2018).

Para que fosse garantido aos filhos comuns do casal o direito de ter um contato com ambos os pais que estejam separados de fato ou de direito, pois, como é sabido por todos, as crianças não têm nenhuma responsabilidade por essa separação, foi criado o Instituto da Guarda Compartilhada (SILVEIRA, 2014).

61 E-mail: paulojosesanches@hotmail.com

Em decorrência de todos esses fatores, há tempos que o ordenamento jurídico brasileiro através da criação de leis, vem pensando na proteção, segurança e amparo da criança, buscando não apenas a tutela do menor, mas, também, a reorganização da família desestruturada em virtude da separação do casal e a deliberação de seus direitos e deveres, tendo em vista e, para garantir, o melhor interesse da criança (QUEIROZ, 2017).

Nos casos de separação e divórcio do casal os filhos acabam sendo os mais atingidos, em virtude do estado de fragilidade emocional dos pais. Em decorrência disso o nosso ordenamento jurídico tem criado leis visando não apenas a proteção do menor e a reorganização familiar, desestruturada pela separação, mas, também, garantir o melhor interesse da criança. A lei nº 11.698, de 2008, instituiu e disciplinou o Instituto da Guarda Compartilhada para que os filhos comuns do casal pudessem ter um contato com os pais, mesmo estando estes separados.

O Instituto da Guarda Compartilhada antes fundamentado nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro, alterados posteriormente pela Lei nº 11.698, de 2008, dispõe em seu Art. 1º que “a guarda será unilateral ou compartilhada”, compreendendo por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Art. 1º, § 1º, da Lei nº 11.698/2008).

Silveira (2014) diz “Por esses motivos deve haver um consenso entre esses pais, tendo em vista que quem se separou foram eles e o filho não deve pagar por essa separação que, sem dúvida, será traumática na formação da criança.”

Este trabalho tem como método a utilização da pesquisa bibliográfica feita em diversos artigos científicos e, também, no ordenamento jurídico pátrio.

2 GUARDA COMPARTILHADA

A palavra guarda, como o próprio nome sugere, significa o ato ou efeito de cuidado e vigilância. Juridicamente falando a ação de guarda refere-se a guardar o filho(a) enquanto menor, mantendo vigilância no exercício da custódia.

De modo geral, nada mais é do que o dever daquele que tem por obrigação a tutela do menor, em zelar pelos seus interesses, preservá-lo e prestar-lhe assistência.

Segundo prevê o caput do artigo 1.583 do Código Civil, “A guarda será unilateral ou compartilhada”. Ainda, em seus parágrafos, vem a explicação de seus institutos:

§ 1º - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o

exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º - Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Assim, a ideia da guarda compartilhada objetiva manter ambos os genitores dividindo as responsabilidades sobre a criança, permitindo uma convivência pacífica, mesmo após o término de uma relação. Nenhum dos genitores irá se eximir dos seus deveres, observando em toda decisão se estão sendo bem atendidos os interesses dos filhos em comum.

Para maior compreensão, observa-se a conceituação feita por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2019, p. 1415) quanto a esse instituto:

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2019, p. 1415) “Guarda compartilhada ou conjunta – modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detêm-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos.”

Já a guarda unilateral, ao contrário, acabava por impedir uma relação harmônica entre o menor e um de seus pais, estabelecendo limitações e certas proibições (ex.: horário de visita, supervisão, dentre outros).

Permitir que os pais participem ativamente da vida dos filhos, dividindo direitos e responsabilidades e criando um ambiente mais harmônico para o desenvolvimento digno e saudável da criança, foi a intenção primária do legislador ao definir a guarda compartilhada como a modalidade usual.

3 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

Quando o termo guarda compartilhada é abordado, um outro instituto jurídico que surge quase que de maneira automática na discussão é o Divórcio.

O parágrafo 1º do artigo 1.571 do Código Civil nos traz a ideia de que um casamento válido só será dissolvido através da morte de um dos cônjuges ou através do divórcio, ideia advinda da Constituição Federal de 1988, alterada pela emenda 66 de 2010, no tópico que trata da importância da família para a sociedade:

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

[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Entretanto, ainda que dissolvida a relação conjugal, o legislador se preocupou em preservar a relação entre pais e filhos. Tal pensamento se vê traduzido no artigo 1.634 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

[...]

Sabendo que em processos de divórcio e separação os filhos acabam sendo os maiores afetados emocionalmente, tanto pela fragilidade que lhes é acometida, quanto pelas influências que acabam sofrendo dos pais que também ficam abalados, preocupou-se o legislador em garantir expressamente que ambos continuam com o pleno exercício do poder familiar, podendo dirigir-lhes a criação, educação, exercer a guarda e tantos outros importantes fatores.

ALVES (2009, apud GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2019, p. 1417) nesse sentido reflete “[...] verifica-se que a guarda compartilhada pretende evitar esse indesejado distanciamento, incentivando, ao máximo, a manutenção dos laços afetivos entre os envolvidos [...]”.

Assim compreende-se melhor a ideia de que na guarda compartilhada as decisões e responsabilidades sobre o filho(a) menor são divididas entre os pais, razão porque é necessário que haja entre eles uma boa comunicação, como estabelece o parágrafo 5º do artigo 1.583 do Código Civil:

§ 5º - A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou

subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Quando há o fim da relação conjugal, como tratado neste tópico, e havendo filhos advindos de tal relacionamento, surge a necessidade de ser definida a guarda.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º - Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Assim, ao analisar o caso concreto o Juiz verificará a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada ou unilateral, seja considerando os aspectos psicológicos, financeiros, de segurança, saúde e tantos outros.

Sendo a guarda compartilhada definida podem ser convenionadas questões como horários, pensão alimentícia; sendo, inclusive, estabelecida a forma como se dará a residência da criança com os pais: se de forma alternada, em havendo possibilidade quanto à distância existente entre as casas, de forma que não prejudique a rotina e o emocional da criança, ou em outro modelo.

Quanto a questão dos alimentos, pode ser convenionado que um dos pais custeará determinadas despesas da criança e o outro arcará com as demais necessidades do filho.

Todas as questões aqui apresentadas e decisões a serem tomadas giram em torno de uma única ideia: a busca o melhor interesse do menor e sua integral proteção.

4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Ora, todos os conceitos aqui apresentados objetivam, em sua essência, a aplicação prática do Princípio do Melhor Interesse do Menor esculpido no caput do artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

GAGLIANO e FILHO (2019, p. 1216) diz “Os filhos menores – crianças e adolescentes – gozam, no seio da família, por determinação constitucional (ar. 227 da CF), de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento. Isso significa que, em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e adolescentes viventes em seu meio.”

Importante salientar, neste tópico, a especial atenção dada pelo legislador ao menor com a criação da Lei 8.069/90, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente. Logo em seu artigo 1º o principal objetivo de referido diploma é apresentado: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”.

Mas ficaria um tanto vago somente afirmar que existe uma proteção integral sem, no entanto, descrever quais as prioridades garantidas a este público. Nesta ideia, surge o artigo 4º e suas alíneas suprimindo tal necessidade:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Desta feita, o Princípio do Melhor Interesse do Menor busca garantir oportunidades que possibilitem o desenvolvimento físico, mental, moral e social da criança e do adolescente em condições dignas para tanto. A guarda compartilhada tem neste princípio o seu forte embasamento, visto que toda decisão envolvendo conflitos dessa natureza necessita ter um olhar voltado ao melhor interesse dos menores envolvidos.

E não deveria ser diferente, já a presença constante de ambos os pais é de extrema importância para um desenvolvimento intelectual e emocional saudável, garantido, assim, um futuro sem traumas, conflitos ou ausências.

Importante se observar, portanto, que o compartilhamento da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar, desmistificando a ideia de que tal instituto teria o menor apenas como um objeto de disputa, e dando-lhe a real conotação de sujeito de direitos integralmente protegidos e preservados. Como afirmam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2019, p. 1418) “(...) não temos dúvida de que a guarda compartilhada é o melhor modelo de custódia filial, na perspectiva do princípio maior da dignidade da pessoa humana.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi abordado o instituto da guarda compartilhada como o meio mais eficaz para minorar os efeitos psicológicos provocados pela separação do casal nos envolvidos e, em especial, nos filhos menores.

Com a ruptura conjugal é inegável que quem mais sofre é a criança havendo a necessidade de se ter muito cuidado para não ocasionar uma lesão afetiva que poderia prejudicar todo o seu desenvolvimento psíquico e emocional.

O direito brasileiro procurou estabelecer a divisão das responsabilidades que ambos os genitores possuem depois da separação, garantindo que a criança ou adolescente não fique desamparado por qualquer um deles, de modo que fique assegurados todos os seus direitos, bem como a manutenção de todos os vínculos afetivos.

A guarda compartilhada faz com que a criança, diante da separação ou divórcio dos pais possa conviver com eles, mesmo estes morando em casas diferentes.

Outro aspecto positivo desse instituto é que os pais, em conjunto, podem decidir sobre todos os atos costumeiros da vida do filho, como saúde, educação e lazer, destacando-se, principalmente, a priorização da convivência harmoniosa de ambos, deixando de lado todas as discussões ou desafetos que vieram com a separação para que esse filho tenha um crescimento sadio e afetivo não trazendo nenhuma dificuldade para a fase adulta da vida.

Portanto, a valorização da modalidade de guarda compartilhada em casos de pais separados, faz com que os laços de afetividade sejam fortalecidos entre todos os envolvidos, bem como a responsabilidade dos genitores para com os filhos menores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - **Código Civil**, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 8, 16 jun. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

QUEIROZ, Gabriele Campos F. **O instituto da guarda compartilhada como instrumento na busca da inibição ou redução dos efeitos da alienação parental**. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/1491>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SAMPEI, Kamila Kayumi da Silva. **Aplicabilidade da guarda compartilhada nos dias atuais**. Disponível em: <<https://kamilasampeijusbrasil.com.br/artigos/530398736/aplicabilidade-da-guarda-compartilhada-nos-dias-atuais>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SILVEIRA, Sandra de Fátima Josete Camargosil. **Os reflexos da guarda compartilhada na formação da criança**. 2014. 16p. Monografia (Pós-graduanda em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional) – Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2014.

DIREITOS FUNDAMENTAIS – LAQUEADURA: DIREITO PREVISTO X PRÁTICA

CLEIDE DAYANE MARTINS VIEIRA LEITE BORGES:

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG. ⁶²

MAYDÊ BORGES BEANI CARDOSO⁶³

(orientadora)

RESUMO: A esterilização voluntária e as formas de regulamentar a fertilidade foram reguladas pela Lei n.º 9.263/96, objetivando preencher as lacunas legais, garantindo, desta forma, que o indivíduo pudesse exercer, de forma plena, seus direitos reprodutivos. O presente estudo investigará as limitações acerca da esterilização voluntária no que se refere ao direito livre do planejamento familiar, previsto na Constituição Brasileira de 1988. Para que o objetivo do estudo fosse alcançado, este foi baseado em pesquisa bibliográfica de livros, teses, artigos, além da legislação pertinente ao tema. Inicialmente, foram trazidos conceitos jurídicos fundamentais para que possa ser analisada a possibilidade de disposição do próprio corpo. Logo após, foram resgatados os fatores históricos do direito reprodutivo no Brasil, bem como a previsão constitucional ao direito do planejamento familiar. Em seguida, foi analisada a Lei n.º 9.263/96, e a importância de delimitar a atuação do Estado no Direito de Família, de modo que a ingerência executada seja pautada no respeito à dignidade da pessoa humana. Ato contínuo, foram estudadas as modalidades de esterilização voluntária, as restrições impostas pela legislação para a realização do procedimento. Ao final foi analisada a prática da esterilização feminina através da laqueadura no Estado do Tocantins.

Palavras-chave: Esterilização voluntária. Planejamento familiar. Inconstitucionalidade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: Voluntary sterilization and ways of regulating fertility were regulated by Law No. 9,263/96, aiming to fill the legal gaps, thus guaranteeing that the individual could fully exercise their reproductive rights. The present study will investigate the limitations on voluntary sterilization with regard to the free right of family planning, provided for in the Brazilian Constitution of 1988. In order to achieve the objective of the study, it was based on bibliographic research of books, theses, articles, in addition to the legislation relevant to the topic. Initially, fundamental legal concepts were brought up so that the possibility of disposal of the body itself can be analyzed. Soon after, the historical factors of reproductive law in Brazil were rescued, as well as the constitutional provision to the right of family planning. Next, Law No. 9,263/96 was analyzed, and the importance of delimiting the

⁶² E-mail: cleidedmvlborges

⁶³ Professora do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: mayde@unirg.edu.br

State's role in Family Law, so that the interference carried out is based on respect for the dignity of the human person. Subsequently, the modalities of voluntary sterilization and the restrictions imposed by legislation for carrying out the procedure were studied. At the end, the practice of female sterilization through tubal ligation in the State of Tocantins was analyzed.

Keywords: Voluntary sterilization. Family planning. Unconstitutionality. Dignity of human person

Sumário: Introdução. 1. Direitos reprodutivos e planejamento familiar. 1.1 Conceito de direitos reprodutivos e planejamento familiar. 1.2 Contexto histórico dos direitos reprodutivos no Brasil. 1.3 Análise da esterilização voluntária feminina à luz da Lei nº. 9.236/1996 e ADI's 5.097 e 5.911. 1.4 O papel do Estado no planejamento familiar. 1.4.1 Deveres negativos e positivos do Estado. 1.4.2 Princípio da intervenção mínima do Estado no direito de família. 2. Esterilização voluntária: a possibilidade de disposição relativa do corpo. 2.1 Modalidades de esterilização voluntária. 2.1.2 Laqueadura. 2.1.2.1 Esterilização voluntária como meio de planejamento familiar. 2.1.2.2 Requisitos para a realização do procedimento cirúrgico. 3. A inconstitucionalidade da previsão normativa – violação ao art. 226, § 7º da Constituição Federal. 4. Prática da laqueadura no Estado do Tocantins. Considerações Finais; Referências

1 INTRODUÇÃO

O art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988, reconheceu o direito ao livre planejamento familiar, de forma que cada indivíduo pudesse escolher se procriaria ou não, o momento de ter filhos, e o intervalo de tempo entre os partos, oferecendo ainda, a opção de escolher os métodos contraceptivos utilizados como forma de controle de fecundidade.

Objetivando regulamentar o art. 226 da Constituição Federal, no ano de 1996 foi promulgada a Lei nº 9.263/96, conhecida como Lei do Planejamento Familiar, que dispõe que cabe ao Estado o fornecimento dos métodos contraceptivos e conceptivos, através de medidas educativas e preventivas, garantido, dessa forma, o acesso à informações acerca dos métodos, proporcionando, dessa forma, que os indivíduos possam planejar livremente sua estrutura familiar, além da regulação do direito sobre o assunto.

Nesse diapasão, a Lei de Planejamento Familiar permitiu a realização do procedimento cirúrgico de esterilização voluntária, logo que, anterior à lei, a realização desse procedimento era tipificado pelo Código Penal como criminoso, enquadrando-se na lesão corporal grave.

Ressalta-se que o direito à esterilização voluntária não foi permitido para uso indiscriminado. Para sua realização, devem ser observados alguns requisitos, como: possuir

idade superior a 25 (vinte e cinco) anos, possuir, ao menos, dois filhos vivos, autorização do expresso consentimento do cônjuge, e, no caso de pessoas incapazes ou não casadas, autorização judicial. Entretanto, há uma discussão acerca do expresso consentimento do cônjuge, pois esse requisito fere direitos constitucionais, como o livre planejamento familiar e o direito de disposição do próprio corpo.

Dessa forma, o presente estudo é relevante, pela necessidade de pacificação do tema acerca da inconstitucionalidade do requisito citado, bem como compreender acerca desses os procedimentos cirúrgicos realizados no Estado do Tocantins.

Objetiva-se, com o trabalho, investigar as limitações acerca da esterilização voluntária no que se refere ao direito livre do planejamento familiar, previsto na Constituição Brasileira de 1988. Para que o objetivo do estudo fosse alcançado, este foi baseado em pesquisa bibliográfica de livros, teses, artigos, além da legislação pertinente ao tema. Inicialmente, foram trazidos conceitos jurídicos fundamentais para que possa ser analisada a possibilidade de disposição do próprio corpo.

2 DIREITOS REPRODUTIVOS E PLANEJAMENTO FAMILIAR

Os direitos reprodutivos estão consagrados no texto constitucional e em diversos documentos internacionais, como, por exemplo, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento da ONU (1994). Segundo Rios (2006, p. 71-100), o estabelecimento do direito reprodutivo e seu reconhecimento como direito fundamental foi, de forma lenta, sendo inserido na comunidade internacional, de forma que abrangesse, não apenas o direito de escolher a quantidade de filhos e o momento de tê-los, mas também a liberdade da mulher sobre seu próprio corpo.

Desta forma, cumpre, inicialmente, conceituar o que são os direitos reprodutivos e o planejamento familiar, que está previsto no art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988.

2.1 CONCEITO DE DIREITOS REPRODUTIVOS E PLANEJAMENTO FAMILIAR

De acordo com Ventura (2009, p. 19) e Chagas (2005, p. 58), os direitos reprodutivos se compõe pelos princípios e pelas normas que garantem aos indivíduos a liberdade e responsabilidade acerca da sexualidade e da reprodução humana, tendo o direito de decisão sobre a quantidade de filhos que terá, o tempo de intervalo entre os nascimentos, e também o acesso às formas para exercer de forma livre, a sua autonomia reprodutiva, sem que sofra discriminação, coerção ou violência de qualquer natureza, se optar decidir pela não procriação.

Ainda segundo a autora, as fontes principais do direito reprodutivo são leis nacionais e internacionais que criam políticas públicas sobre os mais variados temas, e leis específicas produzidas pelo Poder Legislativo, acompanhadas de todas as

regulamentações administrativas, jurisprudenciais, bem como os acordos internacionais que tratem sobre o tema (VENTURA, 2009, p. 19).

Segundo Corrêa e Petchesky (1996, p. 151):

O termo “direitos reprodutivos” é de origem recente, provavelmente norte - americana, mas suas raízes com relação às ideias de integridade corporal e autodeterminação sexual tem uma genealogia bem mais antiga e culturalmente mais ampla. A ideia de que as mulheres devem ser particularmente capazes de decidir se, quando e como querem ter seus filhos” teve origem nos movimentos feministas de controle de natalidade que se desenvolveram principalmente entre os socialistas ingleses por volta de 1830, e se espalhou por várias partes do mundo ao longo do último século. [...] Tanto a versão negativa quanto a versão afirmativa das primeiras formulações relativas aos direitos reprodutivos estavam baseadas nos princípios da igualdade, autonomia pessoal e integridade corporal. Ambas partiam de uma mesma premissa: para que as mulheres atingissem uma posição igual a dos homens na sociedade, deveriam ser respeitadas como agentes morais ativos, com projetos e objetivos próprios; elas mesmas deveriam determinar os usos – sexuais, reprodutivos ou outros – de seus corpos (e mentes). (CORRÊA; PETCHESKY, 1996, p. 151)

Desta maneira, no Brasil, o direito reprodutivo está inserido nos direitos humanos e deve ser respeitado e assegurado através de meios jurídicos (BRAUNER, 2003, p.13). Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, passou a reconhecer o direito de planejamento familiar como forma de assegurar e proteger o direito reprodutivo, em seu art. 226, § 7º:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988)

Em complemento à Constituição de 1988, foi promulgada a Lei n.º 9.236/96 de Planejamento Familiar, reconhecendo e assegurando aos cidadãos o direito de se organizarem e planejarem de maneira livre a limitação ou aumento da prole, não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites nesse processo decisório, logo que essas decisões fazem parte da autonomia privada do indivíduo.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097 do Supremo Tribunal Federal, que tem como relator Celso de Mello, traz o conceito de planejamento familiar, corroborando com a Constituição Federal:

Inicialmente cumpre salientar que apesar do texto constitucional adotar o termo “planejamento familiar”, fala-se atualmente em planejamento “reprodutivo”, uma vez que pode ser exercido fora do contexto da família, ou seja, a decisão poderá ser tomada pelo indivíduo no sentido de não ter filhos e de não constituir uma família. Ademais, o termo é mais amplo e pode abranger agrupamentos de pessoas que não necessariamente sejam definidas como família. O planejamento reprodutivo pode ser definido como conjunto de ações de regulação da fecundidade, que possibilite o livre exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Ele é orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso ao igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para que a mulher, o homem ou o casal exerçam de forma livre o seu direito de escolher se terão ou não filhos, e quantos filhos terão. (BRASIL, 2019)

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL

O estabelecimento da adoção do conceito de direitos reprodutivos no Brasil não pode ser desassociado do contexto histórico do país devido a desigualdade de gêneros. Houveram inúmeras de enaltecer a figura masculina em detrimento da inferioridade feminina, principalmente através da Igreja Católica, da Medicina e do Estado (FÁVERO, 2012, p. 76).

Araújo (2004) demonstra que, na época do Brasil Colônia, a Igreja Católica tinha grande poder sobre a sexualidade feminina, de forma que o homem pudesse exercer sua autoridade sobre a mulher, de forma indiscriminada:

A todo-poderosa Igreja exercia forte pressão sobre o adestramento da sexualidade feminina. O fundamento escolhido para justificar a repressão da mulher era simples: o homem era superior e, portanto, cabia a ele exercer a autoridade. [...] Nunca se perdia a oportunidade de lembrar às mulheres o terrível mito do Éden, reafirmado e sempre presente na história humana. Não era de admirar, por exemplo, que o primeiro contato de Eva com as forças do mal, personificadas na serpente, inoculasse na própria natureza do feminino algo como um estigma atávico que predisponha fatalmente à transgressão, e esta, em sua medida extrema, revelava-se na prática das feiticeiras,

detentoras de saberes e poderes ensinados e conferidos por Satanás (ARAÚJO, 2004, p. 45-46).

As desigualdades existentes nas relações entre homens e mulheres está enraizada na história do Brasil, e tem sua maior influência por Portugal, tendo essa situação se arrastado desde o Brasil Colônia até o Brasil República.

O modelo patriarcal influenciou de forma direta o avanço dos direitos civis femininos:

Em 1916, portanto em pleno século XX, foi criado o Código Civil Brasileiro, patriarcal e paternalista, no qual constava que a mulher casada só poderia trabalhar com a autorização do marido; em 1934, em meio ao governo provisório de Getúlio Vargas, uma nova constituição assegurou o voto da mulher; em 1941, o trabalho feminino foi regulamentado pela Consolidação das Leis Trabalhistas; durante a ditadura Vargas, os movimentos feministas foram reprimidos, sendo retomados no início da Segunda Guerra Mundial; em 1945, no pós-Segunda Guerra Mundial, o Estado do Bem-Estar Social defendia o pleno direito ao emprego masculino e propunha que o lar fosse cuidado pela mulher, sendo que, compatível a isso, a mulher não dispunha das mesmas garantias e dependia do marido ou do pai. Em 1962, o Código Civil Brasileiro sofre alterações e a mulher casada pode trabalhar sem a autorização do marido; em 1988, a Constituição Federal representa um marco jurídico-político da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País; em 2002, já em pleno século XXI, o Novo Código Civil Brasileiro (que então substituiu o de 1916) estabelece que a família não seria mais regida pelo pátrio poder, ou seja, pelo poder do pai, como na época feudal, mas pelo pater familiae, que pressupõe igualdade de poder entre os membros do casal (FÁVERO, 2012, p 88).

O contexto histórico dos direitos reprodutivos no Brasil foi marcado pela subjugação feminina, tendo destaque que durante a primeira metade do século XX, a saúde da mulher era voltada estritamente à valorização da maternidade, e desta forma, até meados dos anos 1970, o atendimento à mulher focou na esfera do ciclo grávido-puerperal (YAMAMOTO, 2017, p. 22).

Nos anos 1980 foi criado o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), que concebia o corpo da mulher como um todo, contemplando a reprodução, prevenção de câncer, atenção ginecológica, planejamento familiar, diagnóstico e

tratamento de doenças sexualmente transmissíveis, doenças ocupacionais, mentais, etc (ALVES, 2006, p.28).

A criação do PAISM foi um marco histórico, possuindo abrangência federal e implementando ideias através da Política Nacional de Saúde Integral da Mulher. O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) tornou-se um órgão colegiado consultivo da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, contando com representantes da sociedade civil e governamentais, buscando ampliar as políticas públicas para as mulheres (VENTURA, 2009, p. 30).

O direito ao planejamento familiar é uma conquista recente, que resultou de uma imensa discussão nas inúmeras fases da Assembleia Nacional Constituinte, resultando no art. 226, § 7º da Constituição Federal, que estabelece as diretrizes que devem ser obedecidas pelo legislador, não devendo vincular direito e acesso aos serviços do planejamento familiar às políticas de controle, proporcionando, desta forma, a liberdade do casal sobre sua prole e a responsabilização do Estado para a promoção dos recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (COSTA, 2009, p. 5).

O texto constitucional passa a atribuir, portanto, ao indivíduo, o direito de escolha acerca do planejamento da sua vida reprodutiva, podendo regular o nascimento, os métodos contraceptivos, a esterilização e os meios de agir da forma que melhor entender sobre suas funções reprodutoras (BRAUNER, 2003, p. 15).

Ainda segundo o autor, a Lei n.º 9.236/1996, conhecida como Lei de Planejamento Familiar, que regula o Art. 226 da Constituição Federal de 1988 foi sancionada no ano de 1996, e regula a esterilização voluntária. E espera-se que homens e mulheres que decidirem passar por este procedimento, recebam informações acerca dos métodos adequados, preservando, portanto, seu direito de opção.

2.3 **ANÁLISE** DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA FEMININA À LUZ DA LEI N.º 9.236/1996 e ADI's nº 5097 e 5911

O Projeto de Lei que originou a Lei n.º 9.263/96 foi apresentado ao Congresso em 06 de março de 1991, pelo Deputado Federal Jorge Martins (CÂMARA, 1991). Sua proposição tinha o objetivo de coibir a esterilização indiscriminada praticada pela população:

O Projeto de Lei ora apresentado contempla a questão da regulação da fertilidade, situada no âmbito da saúde reprodutiva. O tema regulação de fertilidade é assunto focalizado na Constituição Brasileira, no parágrafo 7º do artigo 226, do Capítulo da Família, de Criança, do Adolescente e do Idoso, bem como vem sendo objeto de polêmica nos espaços do Governo, do Congresso e da Sociedade, no

País, desde meados dos anos 60. A proposta aqui defendida procura preencher esse vazio legal e percebe a regulação da fertilidade como um direito das pessoas, direito este que envolve a constituição da prole, sua limitação ou aumento. Inserida nessa proposta, encontram-se dispositivos que buscam normatizar a esterilização cirúrgica. Tema controverso que envolve, ao mesmo tempo, a questão do direito ao uso dos meios de limitação dos nascimentos, mas que também se relaciona com os abusos que vêm sendo cometidos nessa área. Nesse último aspecto, está se referindo ao grande número de esterilizações cirúrgicas realizadas no País, que alcançam taxas das mais elevadas do mundo. Ao se estabelecer regras para a realização da esterilização cirúrgica está se buscando coibir abusos, que vem sendo amplamente denunciados. Abusos que se cometem principalmente contra populações pobres. No contexto da população pobre registra-se a grande violência praticada contra a mulher negra, sem poder de deixar de salientar abusos contra as mulheres camponesas. As cautelas presentes nesse Projeto de Lei, na parte que se refere à limitação da prole, deve-se ao fato dessa área vir sendo objeto de ações de instituições estrangeiras e internacionais e de entidades privadas de planejamento familiar – controle da natalidade que atuam no País, geralmente preocupadas com a alegada e não comprovada “explosão demográfica”. Face a tudo isto, o projeto situa a questão da limitação dos nascimentos no contexto da saúde referentes aos direitos reprodutivos e da atenção integral à saúde das pessoas. Inserindo-o, assim como as demais questões da saúde reprodutiva, no âmbito do Sistema único de Saúde, bem como do seu controle e fiscalização (DIÁRIO..., 1991, p. 2386).

O Projeto de Lei tramitou pelo Senado sob o n.º 114/1994 e foi promulgado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso em 12 de janeiro de 1996 (SENADO, 1994).

Em 1997, o Ministério da Saúde editou a Portaria n.º 144, que inseriu a laqueadura tubária e a vasectomia no rol dos procedimentos que o SUS deve realizar para dar cumprimento à Lei de Planejamento Familiar (ANDRADE, 2017, p. 156).

Desta forma, a Lei n.º 9.263/96 traz o conceito de planejamento familiar como sendo “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, bem como, declara que é um direito do cidadão, proibindo a utilização dessas ações para controle demográfico.

A Lei prevê o papel do Sistema Único de Saúde na garantia da assistência à concepção e contracepção, garantido liberdade de opção quanto a escolha da técnica utilizada, e dentre as técnicas, está incluída a esterilização cirúrgica, desde que respeitada os requisitos mínimos para a realização da esterilização:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

(...)

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. (BRASIL, 1996)

O §5º é ponto de grande discussão, e existe duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em tramitação: ADI n.º 5097 e ADI 5911. A ADI n.º 5097 foi proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, e seu pedido inicial consiste na declaração da inconstitucionalidade do parágrafo 5º, do Art. 10º da Lei de Planejamento familiar, sustentado, no mérito, que esse parágrafo viola o princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à liberdade, à autonomia e ao planejamento reprodutivo.

Em 2018, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou a ADI n.º 5911, requerendo a redução da exigência da idade de 25 anos ou a existência de dois filhos vivos para a realização da esterilização, bem como a declaração de inconstitucionalidade de todo o texto do parágrafo 5º do art. 10º da Lei n.º 9.263/96, que se refere ao consentimento do cônjuge/companheiro para a esterilização voluntária.

2.4 O PAPEL DO ESTADO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Lei n.º 9.236/96 dispõe, em seu art. 4º que “o planejamento familiar se orienta por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

O art. 5º regulamenta o dever do Estado:

É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema

educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar (BRASIL, 1996).

Rodrigues (2013, p.1) reforça que é dever do Estado a promoção de políticas públicas:

[...] de reprodução humana que estejam alinhadas com o conjunto de direitos fundamentais titularizados pelos indivíduos. O princípio da dignidade humana, vetor por que passa a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, e que coloca o ser humano como eixo epistemológico do ordenamento jurídico, impõe a tutela do Estado de maneira promocional, restando vedada sua intervenção – e dos demais particulares - no espaço familiar, verdadeira reserva de intimidade e liberdade dos indivíduos na busca pelo desenvolvimento de sua personalidade.

Ramos (2013, p.12) evidencia que o planejamento familiar compreende à saúde reprodutiva e sexual. Nesse contexto, o art. 227, § 7º da CF, prevê que o planejamento familiar é decisão do casal, e cabe ao Estado proporcionar o acesso aos recursos necessários educacionais e científicos para que a população possa exercer esse direito. Dessa forma, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pelo poder público para a promoção da saúde, então, conseqüentemente, o SUS é responsável pela assistência ao planejamento familiar. Os artigos 3º, 5, 7º, 8º, 11 e 14, da Lei 9.236/96, preveem a participação do SUS, restando demonstrado, portanto, o papel do Estado na promoção do direito em tela.

Pode-se retirar, então, que é de competência do Estado uma soma de deveres, sendo eles positivos ou negativos:

O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos. A dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz-se na garantia da liberdade individual, salientando-se sobretudo as capacidades cognitivas e a capacidade para a autodeterminação (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 858)

2.4.1 Deveres negativos e positivos do Estado

De acordo do Canotilho e Moreira (2007, p. 858), na dimensão negativa, o planejamento familiar “traduz-se na garantia da liberdade individual salientando-se,

sobretudo, as capacidades cognitivas e a capacidade para autodeterminação”, ou seja, não é papel do Estado definir se o indivíduo terá filhos ou limitar o número da prole, garantindo a todos os cidadãos, desta forma, o livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais.

Segundo Costa (2009, p. 5), as criações de políticas públicas de controle demográfico são proibidas, conforme art. 2º, da Lei n.º 9.263/96. Além disso, a Constituição Federal proíbe que instituições, sejam elas públicas ou privadas, estabeleçam, de maneira coercitiva, a esterilização, impedindo, assim, o planejamento familiar livre, esclarecendo que não se pode vincular o direito e o acesso aos serviços de planejamento familiar nas políticas de controle demográfico.

Em se tratando dos direitos sexuais, Jardim (2012, p. 3) ensina que “[...] o Estado não deve regular a sexualidade e as práticas sexuais, tendo o dever de coibir práticas discriminatórias que restrinjam o direito à livre orientação sexual”.

No que se refere aos deveres positivos, Canotilho e Moreira (2007, p. 858), entendem que é requerido do Estado uma ação, onde o planejamento familiar na “dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais, informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas.

Desta forma, é de responsabilidade do estado a “promoção do acesso a informação e aos meios para viabilizar as escolas com relação à reprodução (JARDIM, 2012, p. 3). Logo que, conforme o art. 3º da Lei n.º 9.263/96:

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

- I - a assistência à concepção e contracepção;
- II - o atendimento pré-natal;
- III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;
- IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.

Assim, além de promover políticas públicas e tudo o que for necessário para a manutenção da saúde sexual e reprodutiva, o Estado deve divulgar informações, realizar a promoção dos métodos contraceptivos, proporcionando aos cidadãos o controle de sua fecundidade, garantindo a dignidade para que as realizações das escolhas sejam livres de vícios e conscientes.

2.4.2 Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família

Os direitos positivos e negativos fluem do princípio da intervenção mínima do estado e delimita esse princípio a valorização da autonomia privada. O conceito de família evolui na medida da evolução humana na sociedade, “não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante [...]. É realidade vida, adaptada aos valores vigentes” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 41).

Ainda segundo os autores, o Estado interferia nas relações familiares, alterando as normas jurídicas que instituíam a forma na qual os membros deveriam se portar, sob a alegação de supremacia do interesse público (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 58).

Sabendo que o direito pode ser alterado e adaptado às novas realidades e momentos históricos, têm-se valorizado a autonomia privada dentro das relações familiares, legitimando e justificando a atuação e a ingerência do estado, visando a proteção dos indivíduos, principalmente os indivíduos vulneráveis, assegurando, a partir daí as mínimas garantias (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 58).

De acordo com Pereira (2006, p. 157), “a intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive, ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.

Farias e Rosenvald (2013, p. 158) ensinam que “a atuação estatal no âmbito das famílias tem de estar pautada no respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias a liberdade de autodeterminação humana”.

Extraí-se, portanto, que a autonomia privada é a regra, pois a vida privada e seus direitos dizem respeito apenas ao indivíduo. Entretanto, é dever do Estado, assegurar os direitos e as garantias mínimas.

Resta claro que o Estado tem o dever de se abster acerca da procriação do indivíduo, do momento em que a procriação vai acontecer, ou delimitar no número da prole,

garantindo, assim, o livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais, estando intimamente ligado ao princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares.

Bauner (2003, p. 51/52), ensina que os direitos reprodutivos e sexuais proporcionam aos indivíduos o direito de:

[...] organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento dos filhos desejados.

Dessa forma, as famílias se regulam pela autonomia privada, “o que significa que os componentes dos núcleos familiares podem tocar, livremente, os seus projetos de vida familiar, sendo ilegítima a intervenção do poder estatal quando a relação familiar é travada entre pessoas livres e iguais” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 58)

Desta forma, conclui-se que uma das garantias mínimas é o planejamento familiar, devendo o estado, então, promover informações, saúde física e mental, saúde reprodutiva e sexual, educação e planejamento familiar, para que os sujeitos possam fazer escolhas de forma livre e consciente, podendo escolher os métodos de concepção e contracepção, incluindo a esterilização, garantindo o direito de disposição do próprio corpo, sem que haja coação e ingerência estatal, ou mesmo das instituições de cunho privado.

3 ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA: A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO RELATIVA DO CORPO

Segundo Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 188):

A esterilização voluntária é uma forma de exercer o direito sobre o corpo. A ordem jurídica reconhece como legítimo o interesse de a pessoa tratar separadamente, em seu corpo, duas dimensões da função sexual: a reprodução da espécie e o prazer; especificamente, o interesse de tratar separadamente essas dimensões com o objetivo de neutralizar a primeira e otimizar a outra. Quem deseja usufruir o prazer sexual sem correr o risco de procriar pode submeter-se a procedimentos cirúrgicos de esterilização.

A esterilização é a concretização do exercício do direito de reprodução e planejamento familiar, pois é uma decisão de não procriação e, conseqüentemente, não aumentar a prole.

Bottega (2007, p. 60) explana que a esterilização voluntária, em relação ao exercício negativo da procriação, justifica-se na autonomia privada e no direito individual de disposição do próprio corpo, cabendo ao sujeito a decisão sobre o que acontece com ele através da autorregulação física. Teixeira (2010, p. 52), corrobora que “o corpo pertence à própria pessoa e é ela quem deve lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, dentro do que a realiza”.

De maneira resumida, o ordenamento jurídico admite a disposição do corpo através da esterilização voluntária, entretanto, condiciona esse direito há alguns requisitos impostos por lei, o que impossibilita, portanto, a concretização plena da autonomia privada, bem como a dignidade e liberdade individual.

3.1 MODALIDADES DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

A lei n.º 9.263/96, em seu art. 10, § 4º, prevê que:

“Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

(...)

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.”

Torna-se, imperioso, portanto, explicar, brevemente, acerca das modalidades cirúrgicas de esterilização voluntária previstas no ordenamento jurídico.

Cumprе ressaltar que, ao realizar a esterilização voluntária, o sujeito abre mão do seu direito reprodutivo, mas continua sendo garantido o livre exercício da sexualidade, logo que a esterilização não remove a libido, bem como, não causa impotência.

Este procedimento é um método contraceptivo masculino. O Manual Global para Profissionais e Serviços de Saúde, liberado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), estabelece que o procedimento de vasectomia ocorre:

Através de uma punctura ou pequena incisão no escroto, o profissional localiza cada um dos 2 tubos por onde o esperma é transportado até o pênis (vaso deferente) e corta e bloqueia o mesmo, cortando e amarrando-o de modo a fecha-lo ou aplicando calor ou eletricidade (cautério). Funciona por meio do fechamento de cada vaso deferente, fazendo com que o sêmen não contenha

espermatozoides. O sêmen é ejaculado, mas não pode provocar uma gravidez. (2007, p. 183)

O procedimento é considerado definitivo, entretanto, o homem pode se submeter à vasovasostomia para religar o canal deferente, que é cortado na vasectomia, tornando a irreversibilidade possível.

3.1.2 Laqueadura

A laqueadura tubária é um procedimento realizado em mulheres para a esterilização, de forma que as trompas femininas podem ser cortadas, amarradas, cauterizadas ou grampeadas, impedindo, assim, que o espermatozoide encontre o óvulo.

O Manual Global para Profissionais e Serviços de Saúde, liberado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), estabelece como o procedimento deve ser feito:

Há 2 abordagens cirúrgicas que são as utilizadas com maior frequência: A minilaparotomia envolve a realização de uma pequena incisão no abdômen. As trompas de falópio são trazidas até a incisão para serem cortadas ou bloqueadas; A laparoscopia envolve a introdução de um tubo longo e fino com lentes no abdômen por meio de uma pequena incisão. Este laparoscópio permite que o médico observe e bloqueie ou corte as trompas de falópio no abdômen. [...] Funciona através do corte ou bloqueio das trompas de falópio. Os óvulos liberados pelos ovários não conseguem se deslocar pelas trompas e, por este motivo, não encontram o espermatozoide.

É um método considerado definitivo, e muito embora haja procedimento para a reversão, as chances de a mulher reaver sua capacidade reprodutiva são baixas, pois, o pleno funcionamento das trompas resta prejudicado.

3.1.2.1 Esterilização voluntária como meio de planejamento familiar

A esterilização cirúrgica, por muito tempo, foi percebida como um ato de lesão corporal, pois resulta na perda da capacidade reprodutiva, sendo considerada como crime. Mas, esse procedimento desde sempre foi utilizado, logo que “várias cirurgias eram de fato regularmente realizadas durante os partos cesarianos e, fora do parto, registradas como outros procedimentos médicos nos serviços de saúde do Estado.” (JARDIM, 2005, p. 2).

Há discussões acerca da esterilização, no sentido de que ela impossibilita o planejamento familiar, logo que a mesma impossibilita o sujeito a procriar, entretanto, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, no ano de 2015, manifestou-se na ADI 9.097, no sentido de que o planejamento familiar não se limita na decisão de ter ou não filhos

biológicos, logo que, mesmo que esterilizados, os sujeitos podem optar pela adoção, haja vista que este tipo de planejamento é legítimo, assim como a concepção biológica, encerrando, portanto, as discussões nesse sentido.

Bottega (2007, p. 47), ensina que o procedimento de esterilização não pode ser feito indiscriminadamente:

Quando tratamos da esterilização voluntária, somos logo levados a pensar que referida esterilização deveria ser livre e sem restrições, posto fazer parte dos direitos inerentes ao ser humano em razão de sua liberdade; entretanto, não se mostra assim a legislação de vários países, posto que na maioria existem alguns limites para a esterilização voluntária, ou, ainda, poderíamos chamar de requisitos a serem cumpridos para que a esterilização voluntária seja realizada. (BOTTEGA, 2007, p. 47)

Desta forma, a liberdade negativa de não procriação pode ser realizada através do procedimento cirúrgico. Entretanto, o Estado trouxe diversos requisitos para a execução da esterilização voluntária, impondo restrições à autonomia do indivíduo, afastando a liberdade sobre a disposição do próprio corpo.

3.1.2.2 Requisitos para a realização do procedimento cirúrgico

O Estado, através do art. 10, da Lei n.º 9.263/96, impôs diversos requisitos para a realização da esterilização voluntária:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos

colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

O diploma legal, no referido artigo, admite a esterilização em homens e mulheres, desde que haja capacidade civil plena, idade superior há vinte e cinco anos, ou dois filhos vivos, desde seja observado o intervalo de tempo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o procedimento cirúrgico. Além disso, outra condição é de que seja registrada, em documento formalmente escrito, a expressa manifestação de vontade, constando a ciência acerca dos riscos, efeitos colaterais, outros métodos contraceptivos e a dificuldade da reversão do procedimento.

Dentre os requisitos estabelecidos pelo art. 10 da Lei do Planejamento Familiar acerca da esterilização voluntária é, sem dúvidas, o previsto no §5º, pois condiciona a realização do procedimento ao consentimento do cônjuge. Esse consentimento expresso “viola o princípio da dignidade do ser humano e o direito à liberdade e à autonomia privada a exigência do consentimento como condição para a esterilização voluntária de pessoa maior e capaz”, conforme entendimento do Procurador Rodrigo Janot (2015, p.1), em seu parecer na ADI 5.097/DF.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO NORMATIVA – VIOLAÇÃO AO ART. 226, § 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, em seu art. 226, §7º, concebeu a todos os indivíduos o direito de planejamento familiar livre, devendo ser exercido o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, devendo o Estado a fornecer os recursos necessários para o exercício do direito.

A Lei n.º 9.263/96 foi promulgada com o objetivo de regular o artigo constitucional, penalizando e dando providências sobre o planejamento familiar, tornando legal a esterilização voluntária como método contraceptivo.

De acordo com Fabio Ulhôa Coelho (2012, p. 188):

A esterilização voluntária é uma forma de exercer o direito sobre o corpo. A ordem jurídica reconhece como legítimo o interesse de a pessoa tratar separadamente, em seu corpo, duas dimensões da função sexual: a reprodução da espécie e o prazer; especificamente, o interesse de tratar separadamente essas dimensões com o objetivo de neutralizar a primeira e otimizar a outra. Quem deseja usufruir o prazer sexual sem correr o risco de procriar pode submeter-se a procedimentos cirúrgicos de esterilização. São admitidas a vasectomia, para os homens, e a laqueadura tubária, para as mulheres, bem assim qualquer outro método que venha a ser cientificamente desenvolvido. Veda-se, de modo expresso, a extirpação do útero (histerectomia) ou dos ovários (ooforectomia). A exemplo das demais normas atinentes ao direito sobre o corpo, também se restringem legalmente as hipóteses em que a esterilização voluntária está permitida.

Embora a Lei do Planejamento Familiar tenha sido considerada um avanço, o legislador pecou ao estabelecer requisitos mínimos para a realização da esterilização voluntária, logo que esses requisitos são incompatíveis com os princípios estabelecidos na Constituição Federal, no que se refere ao direito do livre planejamento familiar.

Rodrigo Janot (2015, p. 20), ao se manifestar na ADI 5.097, salientou que:

A ordem constitucional impõe ao Estado o dever de desenvolver instrumentos que priorizem as manifestações de vontade daqueles que formem núcleo familiar. Nesse campo, não lhe cabe tolher ou rechaçar escolhas legítimas feitas pelos indivíduos capazes, como seres autodeterminantes que são, sob propósito de resguardar a família (até porque o próprio art. 2º, parágrafo único, da lei prevê as ações ali previstas não podem ser empregadas para controle demográfico). Incumbe-lhe promover mecanismos que possibilitem

o êxito das escolhas dos cidadãos, tanto no sentido da reprodução, quanto no da esterilização, consoante a parte final do art. 226, § 7º, da CR. [...] Os bens jurídicos protegidos nas relações jurídicas familiares estão diretamente ligados à dignidade de cada membro. Pais concebem filhos pela liberdade do planejamento familiar. A tutela jurídica não é concedida à família em si, que não possui interesse específico, mas aos indivíduos que a compõem, como forma de proteção à dignidade do ser humano.

Nessa senda, é necessário cotejar o art. 226, §7º da CF/88:

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

Do referido diploma legal, pode-se extrair, com clareza, que o planejamento familiar se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à intimidade e a liberdade. (BARROS, 2015. p. 24).

No que se refere à disposição do próprio corpo, estabelecida no art. 13 do Código Civil, o entendimento de que o indivíduo só poderia realizar esse ato por exigência médica, gera uma discussão acerca da constitucionalidade dessa limitação de disposição do próprio corpo, logo que a autonomia da vontade permite que o indivíduo seja seu próprio dono, desde que não fira o direito alheio, não cabendo, portanto, ao Estado, a interferir (LIMA, 2008, p. 1)

Conforme já mencionado, o art. 10º da Lei de planejamento familiar trouxe requisitos para a realização da esterilização. Apenas os requisitos, por si só, já são eivados de inconstitucionalidade, principalmente o requisito previsto no §5º, pois ele condiciona a disposição do próprio corpo à vontade de um terceiro, mesmo sendo esse terceiro, o cônjuge.

Exigir consentimento ou autorização de terceiro (inclusive de cônjuge, parceiro, profissional médico ou autoridade) para esterilização contraceptiva compromete a capacidade de decidir e o desfrute de direitos humanos. Ao decidir a favor ou contra esterilização, um indivíduo não deve ser induzido por incentivos ou forçado por ninguém, independentemente de esta pessoa ser cônjuge, parente, membro da família, guardião, profissional de saúde ou autoridade. (WHO, 2014, p. 15-16)

Em apertada síntese, o exercício da autonomia e da disponibilidade do próprio corpo, independe do consentimento de terceiros. A decisão acerca da esterilização depende apenas do sujeito, sem óbice, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e o princípio ao exercício do livre planejamento familiar.

Nesta senda, pode-se chegar à conclusão de que, ao observar o art. 226, §7º, os requisitos estabelecidos no art. 10 da Lei de Planejamento Familiar é inconstitucional, pois está em desacordo com os princípios e direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal, pois impõe condicionamentos para à disposição do próprio corpo e ao exercício livre do planejamento familiar.

5 PRÁTICA DA LAQUEADURA NO ESTADO DO TOCANTINS

Com o intuito a dar cumprimento à Lei n.º 9.263/96 e ao art. 26, §7º da Constituição Federal, o Ministério da Saúde editou a portaria n.º 144, de 20 de novembro de 1997, incluindo a laqueadura tubária e a vasectomia no rol dos procedimentos a serem realizados pelo SUS (ANDRADE, 2017, p. 156).

A laqueadura é uma técnica de esterilização definitiva, na qual fecha-se as tubas uterinas, inibindo, dessa forma, a descida do óvulo e a subida do espermatozoide (SOUZA, 2013, p. 17).

De acordo com a Secretaria Estadual de Saúde do Tocantins, pelo Sistema Único de Saúde, no ano de 2019, foram realizados 1.129 procedimentos de ligadura tubária no Estado, sendo 345 de laqueadura simples, e 784 procedimentos foram realizados durante o parto cesárea. No ano de 2020, foram realizadas 204 ligaduras simples de trompas e 888 durante o parto cesárea, totalizando 1.092 laqueaduras no decorrer do ano. Já no ano de 2021, foram realizadas, até meados do mês de agosto, um total de 470 procedimentos, sendo 19 laqueaduras tubárias simples e 451 laqueaduras realizadas durante o parto cesárea. (DATASUS, 2022).

Ainda segundo o sistema DATASUS (2022), as cidades que mais realizaram os procedimentos foram:

Cidades que mais realizaram procedimentos de laqueadura tubária no Tocantins

Município	2019	2020	2021	Total
Palmas	217	228	101	546

Gurupi	143	195	87	425
Porto Nacional	93	71	30	194
Miracema	37	49	21	100

Fonte: Sistema TABWIN/AIH DATASUS/MS, no dia 22/02/2022

De acordo com a Secretaria de Saúde do Estado do Tocantins, em razão da pandemia mundial do COVID-19, houve a necessidade da redução dos atendimentos eletivos, sendo publicado o Decreto n.º 6.202, no dia 22 de dezembro do ano de 2020 do Diário do Tocantins, n.º 5751, decretando estado de calamidade pública, considerando os protocolos e recomendações acerca do isolamento social, emanados pela Organização Mundial de Saúde e Ministério da Saúde.

Ainda segundo a Secretaria Estadual de Saúde, a recomendação acerca da redução de atendimentos eletivos permanece, conforme Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA n.º 06/2020 – orientações para a prevenção e o controle das infecções pelo novo Coronavírus em procedimentos cirúrgicos, de 30 de março de 2021, que complementa a Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA N.º 04/2020.

Em 16 de setembro de 2021, o Governo do Estado do Tocantins anunciou, em nota, que a Secretaria de Saúde do Estado retomaria a prestação de serviços de cirurgias eletivas a partir do dia 1º de outubro de 2021.

Conforme matéria do site Notícias do Tocantins:

O Hospital Geral de Palmas alcançou números consideráveis em seu balanço de cirurgias eletivas. Entre outubro de 2021 a fevereiro de 2022, foram 672 cirurgias eletivas. Só em 2022, a unidade registrou aproximadamente 300 procedimentos cirúrgicos eletivos. Esses números englobam várias especialidades que a unidade oferta, além de ter beneficiado pacientes de quase todos os municípios tocaninenses. (Notícias do Tocantins, 2022)

Apesar da redução de casos de Covid-19 no Estado do Tocantins e do avanço das vacinações, em 09 de março do ano de 2022, foi atualizada a Nova Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA n.º 07/2020- orientações para prevenção e vigilância epidemiológica das infecções por COVID-19 dentro dos serviços de saúde, complementando a Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA N.º 04/2020, reforçando o

disposto na Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA nº 06/2020, no que se refere à redução de atendimentos eletivos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ano de 1988, após a promulgação da Constituição Federal, o livre planejamento familiar foi reconhecido, mais especificamente no art. 226, § 7º, permitindo que o casal escolhesse se teriam filhos, quantos filhos teriam, e o espaço de tempo entre um filho e outro.

Objetivando regulamentar esse direito, foi editada a Lei de Planejamento Familiar, nº 9.263/96, regulamentando a esterilização voluntária, bem como determinando que os métodos de concepção e contracepção, informações e planejamento fossem proporcionados à família pelo Estado.

O art. 10 da Lei nº 9.263/96 elenca alguns requisitos para a esterilização voluntária, dentre eles, o expresso consentimento do cônjuge, entretanto, esse preceito fere direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade sexual e reprodutiva a livre disposição do próprio corpo e o direito ao livre planejamento familiar.

Para impugnar esse dispositivo da Lei do Planejamento familiar, foram ajuizadas duas ADI's, que argumentam a violação do princípio da liberdade, da autonomia privada, da disposição do próprio corpo, da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento reprodutivo, entretanto, até o presente momento, não foram julgadas.

Ante o exposto, conclui-se pela inconstitucionalidade do art. 10 da Lei 9.263/96, pois esse dispositivo legal vai de encontro com o art. 226 da Constituição Federal, esbarrando nos princípios e direitos fundamentais elencados na Carta Magna do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. E. D. **As políticas populacionais e o planejamento familiar na América Latina e no Brasil**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Rio de Janeiro, p. 52. 2006.

ANDRADE, D. A. **Planejamento familiar: igualdade de gênero e corresponsabilidade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ANADEP. **Processo: ADI 5097**. Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4542708>

ARAÚJO, E. **A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia**. In: DEL PRIORE, M.;

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro. **Manifestação ADI 5.097/DF**. Brasília, 28 de setembro de 2015. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

BRASIL. Constituição da República do Brasil de 1988. **Constituição Federal, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 fev 2022.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Lei de planejamento familiar**, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 12 fev 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5097**. Relator: Celso de Melo. Acompanhamento processual. Brasília: DF. 2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 12 fev. 2022

BOTTEGA, Clarissa. **Liberdade de não procriar e esterilização humana**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá. v. 9. n. 2. p. 43/64. jul/dez. 2007

BRAUNER, M. C. C. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de lei e outras proposições**. 1991. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idP> .

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da Republica Portuguesa Anotada**, v.1, São Paulo: RT, Coimbra, 2007.

CHAGAS, M. C. **Tecnologias Médico- Reprodutivas e Direito Fundamental ao Planejamento Familiar: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética**. [S.l.]: Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, 2005. 186 p.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD; Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Vol. 1, 11 ed. Salvador, JusPODIVM, 2013.

CORRÊA, S.; PETCHESKY, R. **Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista**. Physis: Revista Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, p. 147-177, 1996.

COSTA, A. M. **Planejamento familiar no Brasil**. Revista Bioética, v. 4, n. 2, 2009.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. **Câmara dos Deputados, Seção 1**. 21 de março de 1991. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/D22MAR1991.pdf#page=21>

DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DO TOCANTINS. **Nº 5751, de 22 de dezembro de 2020**. Disponível em: <https://diariooficial.to.gov.br/>

FÁVERO, M. H. **Psicologia do gênero: psicobiografia, sociocultura e transformações**. Curitiba: UFPR, 2012

JARDIM, Renata Teixeira. **Esterilização feminina na ótica dos direitos reprodutivos, da ética e do controle de natalidade**. 09 abril 2012. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>

LIMA, George Marmelstein. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?**. 3 Nov. 2008. Disponível em <https://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>

Nota técnica nº 06 de 2020 GVIMS-GGTES-ANVISA - REVISADA EM 30/03/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/ptbr/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/notas-tecnicas/nota-tecnica-06-2020-gvims-ggtes-anvisa.pdf/view>

Nota técnica nº 07 de 2020 GVIMS-GGTES-ANVISA – atualizada em 09/03/2022 <https://www.gov.br/anvisa/ptbr/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-07-de-2020/view>

NOTÍCIAS DO TOCANTINS. 2022. Disponível em: <https://noticiadotocantins.com.br/quase-300-cirurgias-eletivas-ja-foram-realizadas-no-hospital-geral-de-palmas-apenas-em-2022/>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Planejamento Familiar: um manual global para profissionais e serviços de saúde**. Estados Unidos. University Research Co, 2007. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44028/9780978856304_por.pdf;jsessionid=F5C1795B1C79F20D4F07B0266A9360EC?sequence=6,](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44028/9780978856304_por.pdf;jsessionid=F5C1795B1C79F20D4F07B0266A9360EC?sequence=6)

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**, Belo horizonte: Del Rey, 2006.

PSB. **Processo: ADI/5911**. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5368307>.

RIOS. Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, ano12, nº 26, p.71-100, jul. dez. 2016.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Planejamento familiar e os limites para planejar a prole: o uso da biotecnologia e o aborto**. 26 jan. 2013. Disponível em: <http://www.ibijus.com/blog/10-planejamento-familiar-e-os-limites-para-planejar-a-prole-o-uso-da-biotecnologia-e-o-aborto>

SENADO FEDERAL. Atividade Legislativa. **Lei do Planejamento Familiar Brasileiro**. 1994. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/22235>

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010

VENTURA, M. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ª. ed. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas, 2009.

YAMAMOTO, S. T. **Desencontro entre direitos e desejo da mulher e a decisão da equipe médica na prática da esterilização cirúrgica**. São Paulo: Faculdade de saúde pública da Universidade de São Paulo, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement**. Geneva: WHO, 2014. p. 15-16. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112848/9789241507325_?sequence=1

INQUÉRITO 4781/DF: A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

SAMARA LAUANE DOS SANTOS FERREIRA:
Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins - FCJP⁶⁴

MAÍRA BOGO BRUNO⁶⁵
(orientadora)

RESUMO: O presente artigo aborda sobre a instauração *ex officio* pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do inquérito nº 4781/DF, conhecido como inquérito das *fake news* como possível violação de princípios constitucionais do sistema acusatório. Assim, o objetivo principal é o de verificar se o STF violou princípios constitucionais do sistema acusatório ao instaurar *ex officio* o inquérito nº 4781/DF. Para alcançar esse fim o estudo segue o método dedutivo de natureza exploratória, tendo abordagem teórica qualitativa. No que se refere ao procedimento empregado para coleta de dados, o presente trabalho é bibliográfico e documental. É de suma importância a abordagem do presente tema, uma vez que as tentativas de violações a princípios do sistema acusatório, como Juiz Natural e Devido Processo Legal elencados na Carta Magna, restam evidenciados no inquérito nº 4781/DF, o que ameaça à segurança jurídica. Verifica-se que, segundo os tribunais superiores, no Brasil prepondera o sistema penal com traço misto; que esse sistema se relaciona ao princípio do juiz natural e do devido processo legal, pois visa assegurar uma pública e racional, a igualdade entre as, um juiz imparcial e independente, o regular andamento do processo e uma decisão judicial justa e efetiva. Diante disso, é possível concluir que há suficientes para concluir pela violação dos princípios constitucionais do juiz natural e do devido processo legal, o Inquérito Nº 4781/DF (Inquérito das Fake News).

Palavras-chave: Juiz Natural. Devido Processo Legal. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: This article deals with the *ex officio* establishment by the Federal Supreme Court (STF) of inquiry nº 4781/DF, known as the fake news inquiry as a possible violation of constitutional principles of the accusatory system. STF violated constitutional principles of the accusatory system by opening inquiry nº 4781/DF. To achieve this end, the study follows the deductive method of exploratory nature, with a qualitative theoretical approach. Regarding the procedure used for data collection, the present work is bibliographic and

64 E-mail:samaralauane98@gmail.com

65Mestra em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: maira@unest.edu.br

documentary. It is extremely important to approach this topic, since the attempts to violate the principles of the accusatory system, such as Natural Judge and Due Process of Law listed in the Magna Carta, are evidenced in inquiry nº 4781/DF, which threatens legal certainty. It appears that, according to the higher courts, in Brazil the criminal system with mixed traits prevails; that this system is related to the principle of the natural judge and due process of law, as it aims to ensure a public and rational, equality between them, an impartial and independent judge, the regular course of the process and a fair and effective judicial decision. Given this, it is possible to conclude that there are enough to conclude for the violation of the constitutional principles of the natural judge and due process of law, the Inquiry No. 4781/DF (Fake News Survey).

Keywords: Natural Judge. Due to Legal Process. Legal Security.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO. 2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.2 RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO. 2.3 RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO. 3 PANORAMA JURÍDICO-NORMATIVO DO INQUÉRITO Nº 4781/DF (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS). 3.1 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. 3.2 FUNDAMENTOS DO INQUÉRITO Nº 4781/DF (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS). 3.3 O INQUÉRITO Nº 4781/DF (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS) SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente tem como objeto de estudo o inquérito 4781/DF, conhecido como inquérito das *fake news*, por ter sido instaurado *ex officio* pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal José Antonio Dias Toffoli, com base no artigo 43 do Regimento Interno do STF, sob o prisma da violação de princípios constitucionais referentes ao sistema acusatório.

Isso porque, a inteligência do artigo 129, inciso I, da Carta Magna, determina que o Ministério Público (MP) é o titular privativo da ação penal pública, conforme pode-se observar do Art. 129: "São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;" (BRASIL, 1988, não paginado).

Tal norma da Constituição tornou a propositura da ação penal pública função do MP, ou seja, a relação processual só inicia quando o órgão responsável por deduzir a vontade punitiva do Estado é provocado. Dessa maneira, o magistrado, deve se abster de promover atos de ofício na fase investigatória, tendo em vista que tal função é delegada as autoridades policiais e ao MP (LIMA, 2019).

Sobrevêm que, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF, o ministro Dias Toffoli, por meio da portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, ordenou, *ex officio*, a abertura do inquérito nº 4.781/DF, com o objetivo de investigar a proliferação de notícias falsas sobre os ministros e seus respectivos entes queridos. Ademais, não respeitando a livre distribuição regular, designou como relator o Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2019).

Inicialmente, cabe obtemperar a latente contradição entre o inquérito nº 4.781/DF do STF com o que rege a Carta Magna, onde adotou o sistema penal acusatório, sendo conferido ao Ministério Público os crimes de ação pública e diferente disso, a atribuição estabelecida ao Magistrado (GONÇALVES; REIS, 2019).

Logo após, em 16 de abril de 2019, a Raquel Dodge, Procuradora Geral da República (PGR), da época, peticionou requerendo o arquivamento dos autos do inquérito 4.781/DF do STF. A procuradoria embasou o pedido nos princípios do devido processo legal, do juiz natural, do sistema penal acusatório e o princípio da livre distribuição, além de dificultar o acesso do titular da ação penal à investigação. Contudo, tal peça restou rejeitada pelo relator, Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2019).

No dia 23 de março de 2019, o partido político Rede Sustentabilidade (REDE), peticionou a ADPF nº 572/DF rebatendo veementemente o inquérito nº 4.781/ do STF. O partido político REDE aduz, inicialmente, que as disposições do Regimento interno da Suprema Corte, no bojo da Portaria GP nº 69/2019 do STF, especialmente, os artigos 43 e seguintes ao versar sobre o poder de polícia do STF, delimita tão somente para instauração de inquérito interno pelo Supremo Tribunal Federal quando ferir a lei penal na sede ou dependência do STF. Assim, ultrapassar a linha desse limite significa ofender a separação dos poderes e usurpar para si a competência do Ministério Público, assim como afrontar as garantias e princípios constitucionais. (BRASIL, 2019).

Por fim, o atual Procurador-Geral da República, Antônio Augusto Brandão de Aras, modificou claramente a posição institucional do Ministério Público Federal (MPF), no que diz respeito ao inquérito nº 4.781/DF do STF. O Procurador obtempera que a instauração do inquérito é uma medida legal e legítima, uma vez que a investigação criminal pode ser conduzida por autoridades associadas a poderes diferentes, levando em consideração a seguridade no exercício independente das funções da Suprema Corte pátria (BRASIL, 2019).

Assim sendo, fica claro que as dúvidas que sobrevêm do presente tema são inúmeras, uma vez que desencadeia em diversas interpretações sobre a matéria, o que aponta a importância do presente artigo, uma vez que poderá refletir na sociedade, principalmente no sistema processual penal.

Diante disso, no decorrer dessa pesquisa pretende-se responder o seguinte questionamento: “a instauração *ex officio* pelo STF do inquérito nº 4781/DF viola os princípios constitucionais do sistema penal acusatório?”

Esta pesquisa se justifica pelo fato de que o tema em debate está fortemente ligado com o mundo do Direito, mas também diz muito respeito aos interesses de toda a nação, tanto de cunho social como político, tendo em vista que põe em xeque a segurança jurídica e evidencia a possível violação de princípios constitucionais do sistema penal acusatório. O objetivo geral aqui proposto é o de verificar se o STF violou princípios constitucionais do sistema processual penal acusatório ao instaurar *ex officio* o inquérito nº 4781/DF. Já os objetivos específicos são: (i) estudar sobre os princípios constitucionais do sistema acusatório; (ii) examinar os fundamentos do inquérito nº 4781/DF; (iii) averiguar a constitucionalidade de instauração de inquérito *ex officio* pelo STF.

Assim, a primeira seção abordará sobre o sistema processual penal acusatório e os princípios constitucionais que o regem, com enfoque no do juiz natural e do devido processo legal. A segunda seção trará sobre a instauração *ex officio* pelo STF do inquérito nº 4781/DF e suas consequências jurídicas.

Nessa esteira, tem-se que o método científico é um trabalho sistemático, na busca de respostas às questões estudadas. É o caminho que se deve seguir para levar à formulação de uma teoria científica, como pesquisa cuidadosa, que segue um caminho sistemático (GAGLIANO, 1986).

Sendo assim, o método empregado para o desenvolvimento do presente trabalho será dedutivo, com pesquisa exploratória, configurada como qualitativa, sendo também bibliográfica e documental, e se dará por meio de estudo de caso.

Dessa forma, a presente pesquisa será elaborada à luz dos princípios que regem o sistema processual penal acusatório da Constituição Federal de 1988, do inquérito nº 4.781/DF do Supremo Tribunal Federal, bem como de pesquisas já existentes sobre o tema.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Primeiramente, antes de adentrar no assunto, cabe conceituar o que é sistema jurídico. Segundo Lopes Jr (2020), o termo sistema jurídico pode preliminarmente ser conceituado como reunião, de forma ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo. No Processo Penal, o sistema jurídico pode ser inquisitório, acusatório ou misto.

Desde já, resta expresso e claro que, de acordo com o presente artigo, não há embasamento legal de forma expressa na Constituição Federal de 1988 de que o sistema adotado no Brasil seria o acusatório. Mas tal fato não obsta que, a partir da compreensão

(aberta e sistêmica) dos princípios, regras e valores insertos da Carta Magna, pode-se concluir que o nosso sistema se pauta pelo princípio do acusatório.

2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o passar dos anos, houve mudanças significativas no sistema processual penal segundo a ideologia punitiva ou libertária. Assim, como observado por Aury Lopes Junior, "a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição". (LOPES JUNIOR, 2020, p. 14). O sistema inquisitório prevalece em Estados com maior gama de elementos autoritários, enquanto o acusatório, democráticos (LOPES JUNIOR, 2020).

De acordo com Aury Lopes, sistema penal acusatório tem origem no direito grego e consiste em uma nítida separação de funções como: acusar, defender e julgar observada a partes diferentes com equidade na relação processual (LOPES JUNIOR, 2007).

Segundo o doutrinador, Luigi Ferrajoli:

São características principais do sistema acusatório: a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento. Já no sistema inquisitivo, existe a frequente iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução (FERRAJOLI, 2008, p. 518).

O processo do sistema acusatório é totalmente conduzido tendo como alicerce alguns princípios como: publicidade, presunção da inocência e ampla defesa. Não há o que se falar em verdade real, tal sistema não possui uma verdade preestabelecida, mas vai em busca da verdade pois tem consciência que não existe nenhuma verdade judicial fora da esfera da verdade processual. O órgão julgador tem como característica a imparcialidade e age de forma indiferente (PACELLI, 2020).

A função do juiz na fase preliminar investigativa, quando chamado, é tão somente para garantir se os direitos constitucionais do acusado estão sendo assegurados, se limitando a não produzir provas de ofício (PACELLI, 2020).

O doutrinador Franco Cordero (1966, p.44) diz que: "a lógica acusatória encontra-se no processo como *actum trium personarum*, exigindo que o processo acusatório seja desenvolvido entre três sujeitos, um acusador, um julgador e um defensor."

Todavia, contrapondo o sistema processual acusatório tem-se o procedimento inquisitório, assim, preponderam no mesmo indivíduo o papel de acusar e julgar, nesse

sistema, o acusado é tido como um errante que deve confessar de qualquer jeito (CORDERO, 2000, p. 23).

Assim, o sistema penal inquisitório consiste na ausência do princípio do contraditório e ampla defesa, tendo em vista que o papel de acusar, defender e julgar encontram-se centralizadas nas mãos de uma única pessoa (ou órgão) conhecido como juiz inquisitor, este assume característica acusatória, ao iniciar o processo criminal com a *notitia criminis*, perscrutar provas e sentenciar (PACELLI, 2020).

O sistema processual inquisitório diferencia-se do sistema acusatório pela função empregada ao órgão de acusação. Ou seja, o sistema inquisitório é aquele em que as funções de acusar e de julgar estariam acumuladas em um único órgão, já o acusatório seria aquele em que as funções estariam distribuídas em órgãos diferentes (PACELLI, 2020). No concernente ao sistema inquisitório, o acusado perde a garantia de direitos, sendo tratado como uma coisa, ou seja, um simples objeto de investigação, que é embasado pela presunção de sua culpa (MARQUES, 2011, p. 481).

A maior diferença entre um sistema e outro está na gestão de prova, tendo em vista que se as provas estão nas mãos de quem acusa, cabendo-lhe todos e quaisquer meios de comprovação do delito e do autor em virtude da presunção de inocência, tem-se um modelo acusatório, contudo, se é lícito ao julgador a produção de provas, então tem-se um sistema inquisitorial e restará arruinado a presunção de inocência (CORDERO, 2000, p. 23).

O sistema penal acusatório predominou até o século XII, mas, aos poucos foi sendo suprimido pelo sistema inquisitorial e que imperou até o final do século XVIII, na grande maioria dos países. Acontece que, por interferências de movimentos sociais e políticos, houve movimento inverso e o sistema inquisitorial foi ganhando características de acusatório, se mostrando um misto de dois sistemas. Parte da doutrina defende que, até hoje, predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório na processual (LOPES JR, 2020).

Alguns doutrinadores têm em mente que nosso sistema processual seria bifásico, ou seja, o sistema misto, tendo em vista que o inquérito policial tem caráter inquisitório, já a fase processual por sua vez, possui caráter acusatório.

Seguindo o raciocínio de Eugênio Pacelli, assim que o Código de Processo Penal começou a vigorar, tendo sua base no modelo fascista que predominava a Itália, interpretava-se que o sistema predominante era o misto, muito por causa da fase preliminar inquisitorial trazida pelo inquérito policial de característica escrita e sigilosa. (PACELLI, 2017).

Na inteligência de Eugênio Pacelli:

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios (PACELLI, 2017, p. 19)

De fato, após pesquisas e análises de alguns pensamentos de doutrinadores, conclui-se que no presente tema, não se tem uma unanimidade de qual tipo de sistema permeia no Brasil, uns optam pelo acusatório, outra parte já inclina pelo sistema misto.

No que diz respeito ao debate sobre o sistema processual penal, Nucci (2020) aduz:

O sistema adotado no Brasil era o misto; hoje, após a reforma realizada pela Lei 13.964/2019, é o acusatório mitigado. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal (NUCCI, 2020, p. 114).

Lopes Jr (2020) afirma que analisar o sistema do Brasil somente como misto, é limitar sua abrangência conceitual, tendo em vista que nos dias de hoje não existe mais sistema puro, assim, todos seriam mistos.

O certo é que, segundo STJ e o STF a sistema processual brasileiro é o acusatório e que, na legislação brasileira existem duas fases de persecução penal, onde a primeira etapa é a pré-processual que consiste no inquérito e tem como função o levantamento de elementos que servirão como base da ação penal; e, a segunda é a processual que tem como função aplicação do direito penal ao caso concreto e a satisfação da pretensão punitiva do Estado. Para parte dos juristas é imprescindível essa divisão de etapas, pois o simples fato de ajuizar com ação sem elementos que embase tal ação, pode gerar prejuízos irreparáveis caso seja provado sua improcedência.

Agora que verificado que o sistema processual penal brasileiro tem traços mistos, conforme tribunais superiores, na próxima seção, será abordada a relação entre esse sistema e o princípio do juiz natural.

2.2 RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

O princípio do juiz natural teve sua origem no século XVIII, expressa na França por intermédio da Lei de 24 de agosto de 1790, que estabeleceu no seu artigo 17 a seguinte letra:

A ordem constitucional das jurisdições não pode ser perturbada, nem os jurisdicionados subtraídos de seus juízes naturais, por meio de qualquer comissão, nem mediante outras atribuições ou evocações, salvo nos casos determinados pela lei (RÚBLICA FRANCCESA, 1790, não paginado).

Estabelecido em todas as constituições brasileiras, exceto na de 1937, o princípio do juiz natural determina uma garantia de limitação dos poderes no Estado, que não pode criar juízo ou tribunal de exceção para analisar determinadas matérias nem estabelecer juízo ou tribunal para processar e julgar determinado caso. (BRASIL, 2020, não paginado).

Juiz natural é aquele com embasamento legal para processar e julgar conflitos levados ao Poder Judiciário. No Brasil o princípio do juiz natural deu origem na constituição Federal de 1824, mais precisamente no artigo 170, inciso XII, nem sempre com termos idênticos, o princípio do juiz natural está explícito na Constituição Federal de 1988, que proíbe o juízo ou tribunal de exceção (FREITAS, 2018, não paginado).

Luís Roberto Barroso, fazendo uso do precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) assim argumentou:

O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia da ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado, que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos ad hoc ou de criar tribunais de exceção, ao mesmo tempo em que assegura ao acusado o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados em consequência, os juízos ex post facto (BARROSO, 1998, não paginado).

De acordo com a doutrina, o princípio do juiz natural diz respeito à subsistência de juízo condizente para o julgamento de determinada demanda, de acordo com as regras de definição de competência, e à proibição de juízos extraordinários ou tribunais de exceção constituídos após os fatos. (BRASIL, 2020, não paginado).

O autor Aury Lopes Júnior interpreta o princípio do juiz natural da seguinte forma:

O nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo. Não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa

definição posterior afetaria, também, a garantia da imparcialidade (AURY, 2020, p. 37)

Sendo assim, interpreta-se que a competência para julgar um indivíduo por seu crime se estabelece no momento da ação do determinado crime, e não por outros requisitos, até mesmo subjetivos. Interpreta-se ainda que o princípio do juiz natural está intrinsecamente relacionado com o princípio da imparcialidade e que consiste em uma garantia para que todo indivíduo tenha a convicção de que terá seu caso julgado de forma equânime, sem que haja parcialidade, ou seja, interesse por parte do julgador na determinada demanda.

A Carta Magna assevera em seu dispositivo 5º que todos são iguais diante da lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando-se aos cidadãos brasileiros, como também aos estrangeiros que residem no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, igualdade, segurança, como também à propriedade. Ademais: "XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção"; "LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". (BRASIL, 1988, não paginado).

O artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, onde o Brasil é signatário estabelece que todo o cidadão tem o direito de ser ouvido por um "juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei" (ONU, 2020, não paginado).

A fim de evitar qualquer tipo possível de relação entre o julgador e o caso a ser julgado, o Código de Processo Penal versa sobre as causas de suspeição e impedimento, sendo estas no rol do artigo 252. Veja-se:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau (BRASIL, 1941, não paginado).

O referido artigo não faz separação em seus incisos de quais são as hipóteses de suspeição e impedimento tendo, portanto, um tratamento igualitário.

A respeito das causas de suspeição e impedimento, assim como a relação intrínseca no concernente a imparcialidade do julgador, assim define Eugênio Pacelli:

Tanto as causas que determinam a suspeição quanto aquelas que estabelecem casos de impedimento do juiz dizem respeito a fatos e circunstâncias, subjetivos ou objetivos, que, de alguma maneira, podem afetar a imparcialidade do julgador na apreciação do caso concreto (PACELLI, 2020, p. 386).

Dessa forma, de acordo com o ordenamento jurídico do Brasil, a competência do juízo é preestabelecida na própria norma, e é determinada no momento do cometimento do crime, para que assim, não haja distribuição de ações por interesse particular. Para que o julgador não seja suspeito de parcialidade e, por conseguinte, não contamine a decisão, fazendo valer da autenticidade da decisão proferida.

Considerando que no sistema penal acusatório o papel do juiz é o de atuar como assegurador dos direitos acusados no processo penal. A seguridade da jurisdição abrange muito mais do que ter “um magistrado”. Ela exige ter um julgador que seja imparcial, natural e comprometido com a verdade, fazendo valer a letra constitucional. Assim obtempera Lopes Junior:

não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estado juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei (LOPES JUNIOR, 2015, p. 58).

A garantia da jurisdicionalidade tem que ser interpretada no contexto dos direitos orgânicos da magistratura, como aduz Lopes Junior: “de modo a orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência, pressuposto da imparcialidade, que deverá orientar sua relação com as partes no processo” (LOPES JUNIOR, 2015, p. 58).

Então conclui-se que esse sistema se relaciona ao princípio do juiz natural, tendo em vista que a função é assegurar que a ação penal seja julgada, segundo as normas processuais de fixação de competência, e com observância à vedação de juízos ou tribunais de exceção, sendo imprescindível para o bom andamento do processo, uma vez que o juiz é quem tem o papel de garantir os direitos no processo penal.

Assim, já que estabelecida a relação entre o sistema processual penal acusatório e o princípio do juiz natural, segundo a doutrina, a lei e a jurisprudência, faz-se necessário relacioná-lo também ao princípio do devido processo legal.

2.3 RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Outro princípio que visa assegurar intrinsecamente ligado ao sistema penal acusatório é o princípio do devido processo legal. Tendo sua origem em 1215 na *Magna Carta Libertatum* do rei João Sem Terra, e era conhecida como *Law of de land*. Nesse tempo o devido processo legal teve o intuito de limitar os poderes do rei, que tinha obrigação de seguir as normas pré-estabelecidas, assim, nessa época o princípio em comento tinha o objetivo tão somente de proteger os nobres do arbítrio do Rei (CUNHA, 2018, não paginado).

O princípio do devido processo legal é mais um princípio constitucional que retrata uma garantia individual, elencado no artigo 5º, inciso LIV "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", que estabelece o princípio que talvez seja a norma de maior correlação com o processo penal (BRASIL, 1988, não paginado).

O inciso LV do artigo 5º, previsto na Constituição Federal de 1988, define que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" tendo em vista que no Estado democrático de direito é medida de justiça, onde o acusado possui ferramentas equiparadas das de quem o acusa (BRASIL, 1988, não paginado).

Nesse aspecto, se faz de suma importância a citação do Doutrinador João Batista Tovo e Paulo Cláudio Tovo, que segundo eles: "Assim, o princípio do devido processo legal é imprescindível para a garantia do Estado democrático de direito, sendo uma das principais garantias do indivíduo estabelecida na Carta Magna" (TOVO; TOVO, 2008, p. 107).

Para que o processo possa ter o status de devido, precisam restar claro as divisões da função de cada um, ou seja, um acusa, outro defende e um terceiro (imparcial) profere a decisão, estabelecendo-se, desta maneira, em processo penal acusatório (SANTIAGO NETO, 2015).

Tem-se sempre que partir da premissa a presunção de inocência, levando em consideração a forma como o acusado é tratado, julgado, devendo, dessa forma, condicionar aos sujeitos igualdade na participação na construção do provimento (SANTIAGO NETO, 2015, p. 179)

Por último, deve ser resguardado, o direito de impugnação às decisões judiciais e o direito de não ser penalizado duas vezes pelo mesmo fato (SANTIAGO NETO, 2015).

A observação do estudo do devido processo legal como foi feito anteriormente, indica que um processo legítimo, que possa ter como devido, tão somente se concretizará se for adotado o sistema acusatório, tendo em vista que as funções de acusar, julgar e defender estão bem claras.

Então, de acordo com Rubens Casara e Antônio Melchior, a relação entre o devido processo legal e o sistema penal acusatório se sobressai da seguinte forma:

Assegura-se ao acusado, parte fragilizada ao acesso à justiça e também a paridade de armas, ampla defesa, o contraditório, o juiz imparcial e independente, a acusação pública e racional, assistência judiciária, a vedação de provas ilícitas, a presunção de inocência, tudo de modo a tornar "his day in caust". Dentro dessa perspectiva, o due process está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório (CASARA; MELCHIOR, p. 318).

Dos elementos doutrinários e legais trazidos nessa subseção fica claro a relação entre o devido processo legal e o sistema penal acusatório. Na próxima seção, será estudado o Inquérito Nº 4781/DF (Inquérito das Fake News) e contraposto aos princípios do juiz natural e do devido processo legal, com o fim de verificar se referido inquérito viola esses princípios constitucionais do sistema penal acusatório.

3 PANORAMA JURÍDICO-NORMATIVO DO INQUÉRITO Nº 4781/DF (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS)

Após uma breve análise sobre os sistemas processuais do Brasil, mister se faz ressaltar que o objetivo maior do presente artigo se encontra na fase pré-processual que é o inquérito. Esse pode ser caracterizado como o procedimento administrativo, de caráter inquisitivo e de cunho investigatório, realizado pela Polícia Judiciária, destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal e sua respectiva autoria, para servir de base para eventual propositura de ação penal. (NAGIMA, 2011, não paginado). Nessa seção, a princípio, será abordado sobre a regulamentação do inquérito no sistema penal brasileiro. Em seguida, será apresentada uma síntese dos fundamentos do Inquérito Nº 4781/DF (Inquérito das Fake News), para verificar se ele está de acordo com essa regulamentação.

E, por fim, será debatido sobre a constitucionalidade do referido inquérito, diante dos princípios constitucionais do juiz natural e do devido processo legal que orientam o sistema penal acusatório brasileiro.

3.1 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Primordialmente, cabe externar o conceito de inquérito policial trago pelo autor Guilherme de Souza Nucci (2015) que conceitua da seguinte maneira: "um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e

voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria” (NUCCI, 2015, p. 16).

Não diferentemente, o professor e doutrinador Fernando Capez contribuiu com o seguinte conceito do inquérito policial:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo [...]. Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública [...], e o ofendido, titular da ação penal privada [...]; como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares (CAPEZ, 2012, p.112).

Assim, resta profundamente claro o papel do inquérito policial, e sua participação na busca pela autoria e o tipo de delito cometido, sendo procedimento basilar do sistema penal brasileiro.

O sistema penal brasileiro é dividido em duas fases, pré-processual que consiste no inquérito e processual que consiste no processo e julgamento da ação penal. Sobre a primeira fase, o inquérito, Moraes (2019, p. 71) aduz que:

Um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e a materialidade (nos crimes que deixam vestígios – delictafactipermanentis) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal.

Assim, se faz imprescindível a fase pré-processual, restando claro que é nessa fase em que são apurados a autoria e materialidade da infração penal. Seguindo essa linha de raciocínio, observa-se:

A investigação estatal se exterioriza, quando da ocorrência de um ilícito penal, pelos atos de poder de polícia que, incondicionalmente, combatem a criminalidade sustentando a denúncia criminal e colhendo de forma cautelar as provas de autoria e materialidade delitiva, que poderiam perecer até o momento da instrução processual em juízo (ALMEIDA, 2020, p. 3).

Almeida, ao dissertar sobre a evolução do sistema penal, compreendeu que com o passar dos anos a função de perscrutar o crime e autoria ficou cada vez mais clara, veja-se (ALMEIDA, 2020):

Ao longo do tempo, houve, com a evolução do sistema penal, a especialização e, conseqüentemente, a divisão das funções necessárias à aplicação da Justiça Criminal. Nesse contexto, surgiu em Roma um grupo de funcionários incumbidos de fazerem o levantamento das circunstâncias dos fatos e da sua autoria, pelo denominado "Cognitio Extra Ordinem" (ALMEIDA, 2020, p. 2).

Em 1832, com o nascimento do Código de Processo no Brasil, sem mencionar o inquérito, falou-se do Inspetor de Quarteirão, que a despeito de não ser uma polícia judiciária, já atuava como tal (BRASIL, 1832, não paginado).

Nos últimos anos da República, tornou-se permitido a livre acusação dos cidadãos, onde tais acusações passariam por uma análise do órgão julgador que poderia ou não iniciar o processo. As provas pertinentes ao caso ficavam a cargo da pessoa que apresentava a denúncia. Cabe obter-se que os magistrados e pessoas com maus antecedentes não poderiam postular denúncias, pois eram consideradas impedidas (NAGIMA, 2011, não paginado).

Já no ano de 1871, em 22 de novembro, foi criada a Lei nº 2.033, que dizia que o inquérito policial consistia em todas as atividades imprescindíveis para a elucidação dos fatos criminosos, suas nuances, devendo tudo constar em um documento escrito (BRASIL, 1871, não paginado).

O Código de Processo Penal (CPP) vigente, traz que a finalidade cabal do inquérito policial é a juntada de elementos a fim de comprovar a autoria da ação penal, para que esse possa figurar no polo passivo em juízo, tais características devem ser fornecidas por escrito, de acordo com o seu art.9º: "todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade" (BRASIL, 1941, não paginado).

Contudo, a Lei nº 11.719 de 2008 inovou no concernente a formalidade do inquérito, passando concedendo a possibilidade do registro do depoimento do indiciado, ofendido e testemunhas, por outros meios além do escrito, podendo ser por meio de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, com o intuito de ter maior autenticidade das informações (BRASIL, 2008).

Diferentemente dos atos processuais, que são regidos pelo princípio da publicidade, que está elencado no artigo 5º, LX da Carta Magna, o inquérito policial é um procedimento sigiloso, de acordo com o Art. 20 do CPP, que dita: "a autoridade assegurará

no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”, contudo, tal sigilo não abarca a autoridade judiciária e nem o Ministério Público (BRASIL, 1941, não paginado).

Contudo, tal direito não é absoluto, tendo em vista a súmula nº 14 editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que diz que o advogado terá acesso a tão somente diligências já documentadas, ou seja, não tem acesso às diligências que ainda se encontram em andamento ou as que ainda não foram realizadas. (BRASIL, 2009).

O objetivo cabal do inquérito policial é a juntada de elementos de informação, a fim de comprovar a autoria e materialidade do crime praticado, para que a autoridade da ação penal forme sua *opinio delicti*. Caso o titular da ação penal consiga um lastro probatório capaz de o habilitar ao oferecimento da peça acusatória se fazendo utilizar por outro procedimento investigatório que não seja o inquérito, este torna-se dispensável (CAPEZ, 2012).

Diferentemente, se o inquérito não for baseado na denúncia ou na queixa, não torna imprescindível que o inquérito acompanhe os autos do procedimento investigatório (LIMA, 2013).

A autoridade policial deverá agir de ofício, caso tome conhecimento da prática de uma infração penal que seja de ação penal pública incondicionada, dessa forma, agir de ofício, instaurando o inquérito por meio de uma portaria, independentemente da vontade do cidadão que se sentiu ofendido (LIMA, 2013).

A oficialidade encontra-se elencada na nossa Carta Magna, mais precisamente no disposto do artigo 144, §4º que diz: “O Delegado de Polícia de carreira, autoridade que preside o inquérito policial, constitui-se em órgão oficial do Estado.” (BRASIL, 1988, não paginado).

Uma vez estabelecida a instauração do inquérito policial por meio do oficial (delegado de polícia), ele não poderá solicitar o arquivamento do feito, uma vez que quem determinará o arquivamento do inquérito será o magistrado, por meio de uma decisão judicial, após petição produzida pelo titular da ação penal (LIMA, 2013).

No procedimento do inquérito policial, não cabe o contraditório e a ampla defesa, uma vez que tal feito diz respeito tão somente a um procedimento de cunho administrativo, tendo em vista que dele não resulta qualquer penalidade. Contudo, outros direitos fundamentais são salvaguardados, a exemplo do direito ao silêncio, como também de ser representado por um advogado, entre outros direitos (LIMA, 2013).

Cabe ressaltar que existe uma corrente minoritária que defende o princípio do contraditório e ampla defesa deve estar presente, até mesmo na fase inquisitorial, assim

como nas lições do professor Nestor Távora, ao citar Marta Saad (apud TÁVORA, 2015, não paginado):

Se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa.

Assim, resta evidenciado que, para a corrente minoritária, o princípio do contraditório e ampla defesa cabe a qualquer tempo, tendo em vista ser um princípio fundamental.

O inquérito policial, possui prazo para findar, ou seja, não tem caráter *ad eternum*, assim, tem-se um prazo para sua conclusão. Tal prazo varia de acordo com a infração penal cometida. De acordo com o art. 10 do CPP, podemos observar a regra geral:

O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela (BRASIL, 1941, não paginado).

Contudo, como toda regra tem sua exceção, no inquérito policial também, ou seja, o inquérito pode ter prorrogação de seu prazo para conclusão se o indiciado estiver solto e se o caso for de difícil desfecho, assim, será requerido pela autoridade policial a devolução dos autos para cumprir novas diligências, tendo o prazo fixado pelo magistrado, como podemos observar no art. 10, §3º do CPP: "Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz." (BRASIL, 1941, não paginado).

As infrações praticadas contra a economia popular, o prazo para a conclusão do feito será tão somente de dez dias, com o indiciado preso ou não, de acordo com o art. 10, § 1º da Lei nº 1.521/51. (BRASIL, 1951, não paginado)

Se a competência para julgar tal processo for da justiça militar, tendo em o indivíduo que praticou o delito, o prazo para a conclusão do feito será de 20 dias, caso o indivíduo esteja preso, sendo contado a partir do dia da execução da ordem de prisão. Quando o indiciado estiver solto, o prazo será de 40 dias, podendo ser prorrogado por mais vinte dias pela autoridade militar superior, de acordo com o art. 20, caput e § 1º do Código de Processo Penal Militar:

Art. 20. O inquérito deverá terminar dentro em vinte dias, se o indiciado estiver prêso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão; ou no prazo de quarenta dias, quando o indiciado estiver sôlto, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito.

§ 1º Este último prazo poderá ser prorrogado por mais vinte dias pela autoridade militar superior, desde que não estejam concluídos exames ou perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligência, indispensáveis à elucidação do fato. O pedido de prorrogação deve ser feito em tempo oportuno, de modo a ser atendido antes da terminação do prazo (BRASIL, 1969, não paginado).

Nos crimes elencados na lei nº 11343/06, o inquérito policial terá o prazo de trinta dias para sua conclusão, caso o indiciado esteja preso e noventa dias caso o indiciado esteja solto. Contudo, tal prazo poderá ser duplicado pelo magistrado, assistido pelo Ministério Público (BRASIL, 2006, não paginado).

Por derradeiro, nos casos de decretação de prisão temporária, art. 2º, §4º da Lei nº 8072/90 traz em seu bojo os prazos para a conclusão do inquérito:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (BRASIL, 1990, não paginado).

Assim sendo, conclui-se que o inquérito policial é de suma importância para a elucidação do autor e da materialidade do caso, servindo de um alicerce imprescindível para que seja formada a *opinio delicti* do titular da ação penal.

Assim, nessa subseção pode-se observar que o inquérito é um procedimento administrativo, com características singulares que tem como intuito a investigação de fatos, provavelmente ilícitos, na busca da infração penal, assim como de quem a cometeu, cujo procedimento está regulamentado pela Constituição federal e pelas normas infraconstitucionais. Por isso, na próxima subseção serão levantados os fundamentos para a instauração do Inquérito Nº 4781/DF (Inquérito das Fake News) pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2 FUNDAMENTOS DO INQUÉRITO Nº 4781/DF (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS)

A priori, cumpre ressaltar qual o significado de *fake News*: são notícias sem veracidade que são disseminadas em grande escala através dos mais variados veículos de comunicação, principalmente a “internet” (CABETTE, 2020). Tais notícias conseguem alcançar um número muito alto de pessoas, e isso se dá porque grande parte da sociedade compartilha notícias sem ao menos averiguar a veracidade ou se aquela notícia tem mesmo procedência (CABETTE, 2020).

Esse tipo de notícia desencadeia em uma forte influência de forma direta na maneira de pensar e agir de grande parcela da sociedade, uma vez que são notícias tidas como verdadeiras, atingindo principalmente com o emocional de cada indivíduo atingido por tal “desinformação” (CABETTE, 2020).

As fake News, em sua grande maioria, são disseminadas com o objetivo de prejudicar algo ou alguém, ou até mesmo de criar um segmento de ideia sobre um determinado assunto, assim, existe a possibilidade de prejudicar instituições, pessoas, atacando a credibilidade, imagem etc.

Após a breve explicação do que é fake News, pode-se adentrar no tema concernente ao inquérito 4781/DF, comumente conhecido como o inquérito das fake News, tema bastante polêmico, uma vez que foi instaurado de ofício pela Suprema Corte Pátria, de forma discricionária, sem nenhuma solicitação prévia de nenhum outro órgão.

O objetivo do inquérito 4781/DF foi de investigar suspeitos que supostamente estavam disseminando inverdades em grande quantidade, tais inverdades em sua grande maioria continham discurso de ódio, difamação, calúnia e tons de ameaças aos ministros e seus respectivos parentes, o que poderiam culminar em sansões, tanto na esfera penal quanto cível. (BRASIL, 2019).

O ministro do STF e ora presidente da referida Corte, Dias Toffoli, iniciou às investigações, na ocasião, nomeando o ministro Alexandre de Moraes como relator do inquérito em comento. (BRASIL, 2019).

Ocorre que, tal nomeação da relatoria do inquérito deveria ser feito por meio de um sorteio, de acordo com livre distribuição, como pode ser vislumbrado no Art. 75 do CPP: “A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.” (BRASIL, 1941, não paginado).

Nesse aspecto, diversas diligências foram realizadas, onde vários deputados, influenciadores digitais e empresários que declaram apoio ao presidente Jair Messias Bolsonaro foram afetados. Um grande exemplo foi a quebra de sigilo bancário de 11 políticos que supostamente estariam financiando grupos que criavam notícias e disseminavam em desfavor da Suprema Corte e seus respectivos ministros (CABETTE, 2020).

Outrossim, contas de redes sociais de várias pessoas ligadas ao inquérito foram apagadas, ferindo de forma veemente o direito à informação e opinião, pelo simples fato de serem consideradas oposição à ordem constitucional pátria. (CABETTE, 2020).

De acordo com Dias Toffoli, o artigo 43 e seguintes do regimento interno da Suprema Corte fundamenta a abertura de inquérito para investigar ataques à instituição, mesmo sem a presença do Ministério Público, que cumpre a função de fiscalizar e ser guardião da lei (BRASIL, 2019). Cabe ressaltar o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte conteúdo normativo:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal (BRASIL, 1980, p. 11).

Tal inquérito foi alvo de duras críticas pela sociedade brasileira, tendo em vista que não tem um fato concreto que possa ser analisado, conforme trecho do artigo do jurista André Borges Uliano:

Obviamente isso é um ato flagrantemente abusivo. É incompatível com as liberdades constitucionais uma investigação que não contenha um fato específico que lhe sirva de objeto. Há vários dispositivos que, seguindo as garantias protegidas pela Constituição, caminham nesse sentido: o Código de Processo Penal, por exemplo, em seu art. 5º, § 1º, define que o requerimento para abertura de inquérito deve conter “a narração do fato, com todas as circunstâncias”. A resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que regulamenta as investigações ministeriais também determina em seu art. 4º que “o procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria fundamentada, devidamente registrada e autuada, com a indicação dos fatos a serem investigados (ULIANO, 2020, não paginado).

Por outro lado, o Procurador-Geral da República, Augusto Aras e o Advogado Geral da União, José Levi, em entrevista ao canal R7 (Record) consideraram válido em seus pareceres, o inquérito das fake news no STF (Supremo Tribunal Federal), mas defendem moderações ao processo durante a primeira parte do julgamento pela Corte de ação que discute a legalidade da investigação: “Nós concordamos com o inquérito porque nós

queremos ter o direito de participar, sobre atos e diligências previamente", afirmou Augusto Aras ao falar durante o julgamento e defender a atuação do Ministério Público no caso (R7, 2020, não paginado).

O Advogado Geral da União, José Levi defendeu a investigação por meio do inquérito em comento, mas com a ressalva de ter um olhar com atenção aos direitos garantidos pela Carta Magna: "Na democracia, a liberdade de expressão deve ser plena" (R7, 2020, não paginado).

No dia 18 de junho de 2019, os ministros votaram pelo segmento do feito. Na oportunidade, foram 10 votos e tão somente 1 contrário, sendo o voto contrário do ministro Marco Aurélio, de acordo com ele "se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não há garantia de imparcialidade e haverá a tendência em condenar o acusado" (CABETTE, 2020)

Assim sendo, restou um tanto quanto polêmico o inquérito 4781/DF, iniciado através de uma portaria da Suprema Corte com o objetivo de investigar supostos crimes praticados em desfavor dos próprios ministros, com o intento de punir os infratores. Os procedimentos foram alvos de muitas críticas por ferir princípios e dispositivos constitucionais e até mesmo infraconstitucionais.

A pedra angular da discussão, não é se houve ou não delitos em desfavor dos ministros, mas como ensejou na abertura da investigação em comento, também como o procedimento fora conduzido, e se há possibilidade de um único órgão julgador de acusar, levantar provas e punir, o que será estudado na próxima subseção, com base na possível violação dos princípios constitucionais do juiz natural e do devido processo legal que orientam o sistema penal acusatório.

3.3 O INQUÉRITO Nº 4781/DF (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS) SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS DO JUÍZ NATURAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

De acordo com o exposto no tópico retro, a embasamento legal usado para a abertura do inquérito 4781/DF encontra-se no Art. 43 do Regimento Interno da Suprema Corte, que diz o seguinte:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal (BRASIL, 2020, não paginado).

Note-se que no caput do artigo em comento resta claro que é possível a instauração de ofício do inquérito, quando a infração ocorrer nas dependências da Supremo Tribunal Federal, contudo, o parágrafo 1º diz: “nos demais casos”, não especificando tais possibilidades, causando uma insegurança jurídica.

Cabe obtemperar, que o art. 102 da Carta magna traz um rol taxativo que mostra a possibilidade da instauração do inquérito pelos próprios ministros, contudo, em nenhuma das possibilidades prever a instauração quando os próprios ministros forem vítimas. Veja-se:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

II — julgar, em recurso ordinário:

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (BRASIL, 1988, não paginado).

Assim sendo, resta claro a presente incompetência, tendo como fundamento tão somente um art. Do regimento interno, sobrepondo, inclusive, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que torna tal inquérito um feito inconstitucional.

Em 1 de Fevereiro de 2021 o deputado Federal Daniel da Silveira foi preso, por força de decisão do ministro Alexandre De Moraes, advinda do procedimento do inquérito das fake News. O motivo da prisão do deputado se deu pela publicação de um vídeo em várias redes sociais ao qual externas vários afrontes a cúpula de ministros da Suprema Corte, assim como algumas comparações e incitações a atos ocorridos no tempo da ditadura militar (1964 a 1985) (CABETTE, 2020).

Contudo, a irregularidade da prisão se deu por se tratar de um parlamentar federal, tendo em vista que o Deputado goza de imunidade formal, externada no art. 53, §2º da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão (BRASIL, 1988, não paginado)

O motivo pelo qual ensejou o teor da decisão do ministro Alexandre de Moraes está elencada na lei nº 7.170/83, conhecida como Lei de Segurança nacional, embasando a conduta do Deputado Federal nos artigos 17, 18, e seguintes conforme se pode observar:

Na presente hipótese, as condutas praticadas pelo referido Deputado Federal, além de tipificar crimes contra a honra do Poder Judiciário e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, são previstas, expressamente, na Lei nº 7.170/73, especificamente, nos artigos 17, 18, 22, incisos I e IV, 23, incisos I, II e IV e 26: Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

(...)

As condutas criminosas do parlamentar configuram flagrante delito, pois na verifica-se, de maneira clara e evidente, a perpetuação dos delitos acima mencionados, uma vez que o referido vídeo permanece disponível e acessível a todos os usuários da rede mundial de computadores, sendo que até o momento, apenas em um canal que fora disponibilizado, o vídeo já conta com mais de 55 mil acessos (BRASIL, 2021a, não paginado).

Assim, ficou demonstrado que o Relator do inquérito imputou ao Deputado Daniel Silveira vários crimes, sendo alguns com penas altas. Não fica claro se os elementares do tipo contidas nos delitos se faz pertinente às práticas do parlamentar. Ainda no concernente a imunidade formal do parlamentar, o Relator do inquérito 4781/DF faz uso de fundamento descabido, alegando que o vídeo publicado pelo parlamentar se encontra disponível para a visualização, desta forma, têm-se um crime permanente, conforme pode-se observar no seguinte trecho da decisão:

Relembre-se que, considera-se em flagrante delito aquele que está cometendo a ação penal, ou ainda acabou de cometê-la. Na presente hipótese, verifica-se que o parlamentar DANIEL SILVEIRA, ao postar e permitir a divulgação do referido vídeo, que repiso, permanece disponível nas redes sociais, encontra-se em infração permanente e consequentemente em flagrante delito, o que permite a consumação de sua prisão em flagrante (BRASIL, 2021b, não paginado).

O Exmo. Ministro ao fundamentar sua decisão nestes termos, abre brecha para que qualquer delito publicado e disponível nas redes sociais configura flagrante delito, sendo considerado como crime permanente, mesmo que esse fato tenha ocorrido a vinte anos atrás, tudo porque se encontra disponível.

Outra grande polêmica se deu pelo bloqueio das redes sociais de muitas pessoas que estavam supostamente “atentando” os ministros e a Suprema Corte, decisão proferida pelo Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, que foi alvo de duras críticas na época, ferindo assim, os direitos de liberdade de expressão estabelecidos na Carta Magna (CABETTE, 2020).

No concernente ao princípio do Juiz natural e o devido processo legal ao inquérito da fake News, o autor Eduardo Luiz Santos Cabette diz:

Há infrações muito mais graves ao ordenamento jurídico brasileiro sob o enfoque constitucional e convencional, com violações de garantias como o devido processo legal substancial, o Princípio do Juiz Natural, o Sistema Acusatório e, especialmente, a necessária imparcialidade dos órgãos jurisdicionais. Por isso é imperioso pôr cobro a essa espécie de procedimento nefasto (CABETTE, 2020, não paginado).

O estabelecimento de um tribunal “ad hoc” para julgar tais méritos fere o princípio do juiz natural, desta forma, o julgamento pelas próprias pessoas que aduzem ter sofrido danos violaria, como já está violando no inquérito 4781, o princípio da imparcialidade do órgão julgador.

Nessa situação embaraçadora, interpreta-se que o juiz natural existe para o serviço da imparcialidade e não está em razão do juiz natural. A correlação dos princípios se dá entre o juiz natural e a imparcialidade, o juiz natural é serviente do princípio da imparcialidade e não está àquele. Para que um processo seja justo, tem-se que ser resguardado o princípio do devido processo legal, tendo em vista que todo o resto seria derivação do mesmo. Assim é o pensamento de Nelson Nery Junior:

O due process of law é o princípio constitucional basilar, isto é, o gênero do qual derivam todos os demais princípios. Corroborando com este entendimento temos que qualquer violação ao direito de ação, ao direito de defesa, julgamento por juiz imparcial, publicidades dos atos, contraditório, ampla defesa, realização de provas, dentre outros, significa que o princípio do devido processo legal foi maculado (NERY JUNIOR, 2003, p. 46).

Ou seja, o devido processo penal é um princípio imprescindível, tendo que ser observado em sua plenitude, tendo em vista que tal princípio é o que garante o processo justo e imparcial, livre de qualquer espécie de nulidade. Assim obtempera o mestre José Henrique Mouta Araújo:

Destarte, o devido processo legal é princípio basilar da atuação estatal no campo processual, assegurando e mesmo salvaguardando a proteção judicial para todos aqueles que lamentam pretensões em juízo através de um processo adequado e justo (MOUTA, 2008, p.4).

Diante disso, é possível concluir que há violação dos princípios constitucionais do juiz natural e do devido processo legal, o Inquérito Nº 4781/DF (Inquérito das Fake News).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo a análise da possível violação do inquérito nº 4.781/STF no sistema acusatório. Tema bastante debatido na atualidade diante do cenário da instauração de investigação e de tomadas de medidas cautelares que contradiz princípios fundamentais.

No segundo capítulo, fora explanado sobre os princípios constitucionais do sistema processual penal acusatório, conceituando o sistema jurídico como reunião, de forma ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo.

Ainda, no concernente ao sistema processual penal, foi dada uma breve sobre os tipos sistêmicos, quais sejam, o sistema acusatório, inquisitório e misto, onde muitos doutrinadores acreditam que o sistema que predomina atualmente no nosso ordenamento

jurídico é o misto. Assim também, restou concluso que à luz da Constituição Federal de 1988 o processo penal brasileiro se pauta no princípio do acusatório, assim, se fez pertinente aprofundar o sistema processual penal acusatório na Constituição Federal de 1988.

Foi abordada ainda no decorrer do capítulo segundo sobre a relação entre esse sistema e o princípio do juiz natural, tendo o conceito de juiz natural aquele com embasamento legal para processar e julgar conflitos levados ao Poder Judiciário.

O princípio do juiz natural é intimamente ligado ao princípio da imparcialidade e que consiste em uma garantia para que todo indivíduo tenha a convicção de que terá seu caso julgado de forma imparcial e justa, sendo tal princípio de suma importância para o devido processo penal.

No que diz respeito ao princípio do processo penal, este é imprescindível para a garantia do Estado democrático de direito, sendo uma das principais garantias do indivíduo. Logo adiante, foi observado a regulamentação do inquérito no sistema penal brasileiro, como também, apresentada uma síntese dos fundamentos do Inquérito Nº 4781/DF (Inquérito das Fake News), para verificar se ele está em consonância com essa regulamentação.

Para isso, no capítulo terceiro, foi tecida sobre as características do inquérito no sistema processual penal do Brasil, chegando à conclusão de que o inquérito é um procedimento administrativo, com características singulares que tem como intuito a investigação de fatos, provavelmente ilícitos, na busca da infração penal.

No decorrer do capítulo, foi abordado ainda sobre os fundamentos para a instauração do Inquérito nº 4781/DF (Inquérito das Fake News) pelo Supremo Tribunal Federal. Foram analisados pontos de ilegalidades no inquérito nº 4781/DF violando o sistema acusatório, constatando a violação da titularidade da conduta da investigação, juiz natural, incompetência do STF, censura na liberdade de expressão.

Com o exposto até aqui, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal vem sofrendo uma metamorfose e que essa transformação vem mostrando dia após dia posicionamento inverso ao de guardião constitucional, tendo ações que muito se identificam com ativismo judicial, fazendo malabarismos legais para proferir decisões como lhes convêm.

Por derradeiro, como resultado entendeu-se que a instauração de investigação pela Suprema Corte fere os princípios legais do sistema acusatório. O papel de investigar pertence ao titular da ação penal e a polícia judiciária responsável pelo inquérito policial. As medidas cautelares tomadas ao longo do inquérito, objeto do presente trabalho, fere

princípios dado a inobservância da vedação de tribunal de exceções, imparcialidade, juiz natural e conseqüentemente o devido processo legal, sem esquecer as distribuições de papéis pelo constituinte.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Mazella de. **Histórico do inquérito policial no Brasil**. Conteúdo Jurídico. Brasília/DF, 2020. 3 p. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29247/historico-do-inquerito-policial-no-brasil>. Acessado em: 26 abr. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória ácerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm#:~:text=LIM%2D29%2D11%2D1832&text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil. Acessado em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871**. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm#:~:text=Na%20C%C3%B4rte%20e%20nas%20capitais,lugar%20de%20Juiz%20de%20Orph%C3%A3os. Acessado em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 02 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acessado em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acessado em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm. Acessado em: 05 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966.** Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5010.htm. Acessado em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acessado em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acessado em: 30 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.** Mensagem de veto Vigência Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatiolibelli, mutatiolibelli e aos procedimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm. Acessado em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Promoção de arquivamento n. 509/2019 – LJ/PGR único nº 10733/2019.** A Procuradora-Geral da República, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, com fundamento nos princípios do devido processo legal e do sistema penal acusatório estabelecidos pela Constituição de 1988, vem promover o arquivamento deste inquérito [...]. Procuradora-Geral da República: Raquel Elias Ferreira Dodge, 16 de abril de 2019b, Brasília/DF. Disponível em:

<http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/INQ4781.pdf>. Acessado em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 572/DF. **Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo partido político REDE SUSTENTABILIDADE, em face da Portaria GP n.º 69, de 14 de março de 2019 [...]. Requerente: Rede Sustentabilidade.** Relator: Min. Edson Fachin, 23 de março de 2019d, Brasília/DF. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749443831&prcID=5658808>. Acessado em: 12 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 14**

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acessado em: 05 maio 2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Inquérito Judicial das "Fake News"**: as obviedades que precisam ser explicadas. Publicado em 02 junho de 2020. Disponível em:

<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/854579298/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas>. Acessado em: 29 abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2020.

CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2013.

CONJUR. Consultor Jurídico. **Em fevereiro, foi decretada a prisão de Daniel Silveira por ataques ao STF**. Publicado em 22 de dezembro de 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-dez-22/fevereiro-prisao-deputado-daniel-silveira-foi-destaque>. Acessado em: 02 maio 2022.

CORDERO, Franco. **Guida allaprocedurapenale**. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal –tomo 1**. Bogotá: Temis, 2000.

CUNHA, Thiago Hélio Martins da. **O Sistema Processual Penal Acusatório: Uma análise a partir dos princípios constitucionais**. Publicado em 26 de agosto de 2018. Disponível em: <https://thiagocunhadireito.jusbrasil.com.br/artigos/617565837/o-sistema-processual-penal-acusatorio-uma-analise-a-partir-dos-principios-constitucionais#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%201988%20trouxe%20pela%20primeira%20vez%20de,sem%20o%20devido%20processo%20legal%E2%80%9D>. Acessado em: 03 maio 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. **O princípio do juiz natural em um mundo em transformação**. Publicado em 23 de setembro de 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-set-23/segunda-leitura-principio-juiz-natural-mundo-transformacao#sdendnote1sym>. Acessado em: 03 maio 2022.

GALLIANO, Guilherme A. **O método científico: teoria e prática**. São Paulo: Harbra. 1986.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2019.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói. Editora Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador/BA: Ed. JusPodivm, 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **A hiper-racionalidade inquisitória**. In: BONATO, Gilson. *Processo Penal, Constituição e crítica (Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Decisão no Inquérito 4.781 - Distrito Federal**. Publicado em 16 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/02/decisao-STF-prisao-Daniel-Silveira.pdf>. Acessado em: 19 ab. 2022.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MOUTA, José Henrique Araújo. **A colisão entre princípios constitucionais em casos de liminares inaudita altera pars e as formas de solução – análise de casos**. Disponível em: <https://www.abdp.org.br/textos/artigos/artigo-colis%C3%83%C2%A3o-liminares-abdp.doc>. Acessado em: 05 maio 2022.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas processuais penais**. Trata-se de estudo sobre os sistemas processuais penais - inquisitório, acusatório e misto - na visão do princípio unificador de cada sistema. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>. Acessado em: 28 abr. 2022.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Origem e razão de ser do inquérito policial**. guilhermenucci.com.br. 2015. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/dicas/origem-e-razaode-ser-do-inquerito-policial>. Acesso em: 10 maio 2022.

ONU. NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Publicado em 18 de setembro de 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acessado em: 04 maio 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

REPÚBLICA FRANCESA. **Lei 24/08/1790**. TITULO II. Art. 17.

RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3833, 29 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penalacusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4781 - Relator: Min. Alexandre de Moraes Relator Do Último Incidente: Min. Alexandre de Moraes (Inq-Agr-Décimo Segundo)**. Data de Protocolo:14/03/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acessado em: 06 maio 2022.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acessado em: 18 abr. 2022.

STJ. Supremo Tribunal de Justiça. **Princípio do juiz natural, uma garantia de imparcialidade**. Publicado em 26 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Principio-do-juiz-natural--uma-garantia-de-imparcialidade.aspx>. Acessado em: 28 abr. 2022.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**. Salvador. Juspodivm, Rev. Ampl. Atl., 2015.

TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ULIANO. André Borges. **Entenda por que o inquérito instaurado por Dias Toffoli é ilegal**. Publicado em 20 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/inquerito-toffoli-ilegal/>. Acessado em: 04 maio 2022.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: FERREIRA,

SAMARA LAUANE DOS SANTOS; BRUNO, MAÍRA BOGO. *INQUÉRITO 4781/DF: a possível violação de princípios constitucionais do sistema processual penal acusatório*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 maio 2022. Disponível em: Acesso em: 06 maio 2022.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS NO DIREITO BRASILEIRO

CLÁUDIO RICARDO SILVA LIMA JÚNIOR:

Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Ex-Assessor judicial da Justiça Federal da 5ª Região (TRF-5). Ex-Assessor jurídico do Ministério Público Federal (MPF) na 1ª Região. Atualmente, é Oficial de Justiça do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5)

Resumo: O artigo examina o marco regulatório dos documentos eletrônicos no Brasil a partir do reconhecimento da validade jurídica das assinaturas digitais, incluindo recentes leis que disciplinam a prática de atos públicos e privados em meio digital.

Palavras-chave: Direito digital brasileiro. Documentos eletrônicos. Assinaturas digitais.

Abstract: *The article examines the regulatory framework for electronic documents in Brazil based on the recognition of the legal validity of digital signatures, including recent laws that regulate the practice of public and private acts in digital media.*

Keywords: *Brazilian digital Law. Electronic*

Sumário: Introdução. 1. A manifestação de vontade nos atos jurídicos e sua instrumentalização. 2. O conceito tradicional de documento. 3. Do documento físico ao documento eletrônico. 4. O documento eletrônico no Brasil. 5. Diferença entre documento eletrônico e representação visual de seu conteúdo. 6. Diferença entre documento eletrônico e documento físico digitalizado. 6.1. Normas sobre a digitalização de documentos públicos e privados. 7. A Lei n.º 14.063/2020 e as novas normas sobre assinaturas eletrônicas. 8. Aplicações dos documentos eletrônicos. 9. Características dos documentos eletrônicos. Conclusão. Referências.

Introdução

O Direito Digital é um ramo recente do Direito que lida com aspectos do fenômeno jurídico relacionados ao processamento de informações em sistemas digitais, isto é,

sistemas eletrônicos que se utilizam de códigos binários para o armazenamento e transmissão de dados. Versa sobre os fatos e atos jurídicos que tenham relação direta com sistemas de informática, isto é, que sejam praticados no âmbito de plataformas de hardware e software ou que tenham repercussão em sistemas dessa natureza. (PINHEIRO, 2021)

Trata-se de um amplo campo de estudo jurídico de aspecto transversal, que perpassa todos os ramos do Direito, à semelhança do Direito Ambiental, na medida em que a informatização da sociedade e a digitalização da manifestação de vontade têm produzido importantes reflexos no Direito Civil, no Direito Penal, no Direito Processual, no Direito Notarial e Registral e no Direito Empresarial, para citar apenas os mais evidentes. (SOUZA, 2021)

Uma das criações que se encontram no centro da revolução digital no meio jurídico, e que constitui um dos principais elementos que alçaram o Direito Digital ao patamar de importância que hoje apresenta, é o documento eletrônico, que tem rendido a elaboração de atos normativos recentes, voltados à regulamentação de sua adoção em diferentes setores.

Nesta breve consideração, examina-se o conceito de documento eletrônico, sua normatização no Direito brasileiro e os impactos de sua utilização em alguns campos da atividade pública e privada.

1. A manifestação de vontade nos atos jurídicos e sua instrumentalização

Compreender a natureza jurídica dos documentos eletrônicos pressupõe o entendimento do conceito de “documento” para o direito brasileiro, para o que a exposição mais didática é a que parte da diferenciação entre a manifestação de vontade e o respectivo instrumento, quando da produção dos atos jurídicos.

Tal como se depreende do art. 104, do Código Civil brasileiro, os atos jurídicos em sentido estrito correspondem aos atos humanos, na conformidade da ordem jurídica, constituídos pelos elementos vontade, forma e objeto. (BRASIL, 2002) A vontade humana é o elemento constitutivo fundamental do ato jurídico. (PREREIRA, 2004)

Atos jurídicos, pois, são aqueles que, ostentando relevância para o Direito, isto é, cujo objeto coincida com o suporte fático ou hipótese de incidência de alguma norma jurídica válida, estão aptos à produção de efeitos jurídicos em razão da validade da manifestação de vontade, da licitude do objeto e da pertinência jurídica da forma.

Os negócios jurídicos, como espécie do ato jurídico em sentido amplo, correspondem aos atos jurídicos cujo efeito não se encontra previsto em lei, mas é ditado pelo próprio prolator da manifestação de vontade, nos casos em que a ordem jurídica autoriza a dicção dos efeitos.

Em regra, a forma dos atos jurídicos é livre, sendo exigida forma especial (instrumento público ou específica solenidade procedimental) apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei, a exemplo do casamento ou dos negócios jurídicos sobre imóveis com valor superior a 30 (trinta) salários-mínimos. (BRASIL, 2002)

Não há que se confundir, portanto, o ato jurídico com o seu instrumento. O ato jurídico decorre da manifestação de vontade, a qual, em regra, pode dar-se inclusive de forma oral. O instrumento do ato jurídico, por sua vez, é o elemento material que serve de prova da realização do ato jurídico, por ter a aptidão de demonstrar a ocorrência da manifestação de vontade e do seu objeto.

Assim é que, por exemplo, a celebração de um contrato de compra e venda de coisa móvel realizada entre duas pessoas maiores e capazes ou a contratação de um trabalhador para a prestação de determinado serviço, por se enquadrarem em hipóteses de negócios jurídicos para os quais a lei não exige forma escrita, aperfeiçoam-se, do ponto de vista jurídico, com o simples encontro das manifestações de vontade (acordo verbal, costumeiramente finalizado, no mundo ocidental, com um aperto de mãos, quando praticado por pessoas presentes), sendo desnecessária, para a sua validade jurídica, a elaboração de um instrumento escrito contendo as cláusulas contratuais. O instrumento, contudo, servirá de prova da existência e do conteúdo do negócio jurídico celebrado, razão pela qual é de todo recomendável a sua elaboração, com a adoção das cautelas pertinentes à demonstração da autenticidade das assinaturas, bem como sua conservação, por todo o prazo de prescrição ou decadência do direito, ainda quando sua formalização não seja obrigatória, segundo as determinações legais.

2. O conceito tradicional de documento

A doutrina costuma conceituar documento como qualquer coisa que possa demonstrar a existência de um fato de forma idônea perante o juízo. (CARNELUTTI, 1957) O instrumento dos atos e negócios jurídicos, do ponto de vista do direito processual, é uma das modalidades da denominada "prova documental" a que se referem os arts. 434 a 438, do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015)

Documento é, pois, conceito mais amplo que o de instrumento, abrangendo não apenas as representações materiais elaboradas com o intuito de fazer prova da existência

e do conteúdo dos atos e negócios jurídicos, mas, também, os elementos representativos de quaisquer fatos relevantes para o Direito. Nessa ordem de ideias, fotografias, gravações de áudio ou de vídeo, cartas, bilhetes, cheques, notas promissórias e outros títulos de crédito, escriturações contábeis, livros empresariais, artigos de jornais ou de periódicos, atas notariais, cédulas de identidade, certidões, declarações, laudos e atestados, dentre outros, constituem, igualmente, documentos.

Trata-se, contudo, o documento, a nosso ver, de conceito mais restrito que o de “prova material”, comumente utilizado no âmbito do Direito Processual Penal, o qual abrange, além dos documentos, todos os meios probatórios que, não obstante sejam aptos à demonstração de um ato ou fato, não tiveram a sua produção realizada por uma vontade humana livre e consciente, não cabendo falar, propriamente, em “autoria”, como no caso de uma gota de sangue, de um fio de cabelo, de uma impressão digital, de uma pegada, ou de outros vestígios indicativos da ocorrência de atos ou fatos que se queira demonstrar.

Nessa perspectiva estrita que aqui se sustenta, pois, os documentos, diversamente das demais provas materiais, são sempre elaborados por alguém que tem a intenção de criá-los, visando a fazer prova: a) de um negócio jurídico ou de um ato jurídico em sentido estrito (hipótese em que serão qualificados de “instrumento”); b) de um fato qualquer cuja ocorrência se pretenda demonstrar (outros documentos). Abrange, ainda, os registros formais de informações produzidos por dever legal por agentes públicos e privados, como as certidões, os atestados, os registros públicos e os livros contábeis.

É possível afirmar, assim, que, no plano estrutural, os documentos possuem: 1) um conteúdo ou objeto, indicativo de sua finalidade ou razão de ser; 2) um autor ou produtor, interessado em sua elaboração para a demonstração de um ato ou fato relevante para o Direito ou que o produz por obrigação jurídica; e 3) um suporte material, que permite a representação da informação cuja ocorrência se pretende demonstrar ou cujo registro se busca realizar para satisfazer a uma imposição legal.

3. Do documento físico ao documento eletrônico

Antes do advento dos modernos sistemas eletrônicos de informação, os registros probatórios em geral e as manifestações de vontade dos negócios jurídicos costumavam ser documentados, inclusive nos casos de instrumento público, através do suporte físico do papel, mediante a escrita do seu conteúdo em vernáculo, à mão ou por algum meio mecânico, a exemplo da marcação dos caracteres por uma máquina de datilografia, sendo finalizado com a aposição da assinatura, em tinta indelével, junto à informação da data de sua elaboração.

Com o surgimento do computador pessoal em 1975 e sua rápida popularização, a partir dos anos 1980, softwares editores de texto e impressoras matriciais, a laser e a jato de tinta, paulatinamente, substituíram a máquina de datilografar, de modo que a edição e elaboração de documentos públicos e privados passou a ser realizada com o auxílio de um computador, mas a assinatura dos documentos continuava a ser realizada à mão, através de caneta hábil ao carregamento de tinta ao suporte físico de papel.

O documento, pois, logo a partir do início da primeira revolução digital, passou a ter sua elaboração realizada quase que integralmente por meio eletrônico, através dos aplicativos editores de texto, sendo que apenas a assinatura ocorria de forma manual. Não raro, os arquivos eletrônicos que viabilizaram a edição do documento (arquivos “.doc”, extensão proprietária do aplicativo Microsoft Word, por exemplo, e correlatos), permaneciam guardados nos discos rígidos dos computadores dos autores, mas havia a necessidade de o conteúdo ser impresso em uma folha de papel para que fossem acrescentadas assinaturas manuais por parte dos agentes que anuíam com a declaração de vontade.

Incorria-se, pois, na incoerência de se elaborar um documento quase que integralmente em meio eletrônico e de se mantê-lo armazenado em meio magnético, mas ser necessário materializá-lo em meio físico (papel), através da impressão, somente para que o último ato da elaboração, a saber, a assinatura, fosse realizado, o que não permitia falar-se na existência de um documento digital, na medida em que a assinatura manual, em suporte físico de papel, fazia com que o documento, ainda que elaborado com o auxílio de um sistema eletrônico, fosse considerado um documento físico.

Para atestar a autenticidade das assinaturas em documentos privados, o único meio então existente era o reconhecimento de firma por cartório de notas, a quem incumbe certificar, por fé pública, que a assinatura corresponde à do autor indicado no documento, seja por semelhança (correspondência da assinatura no documento privado com a do cartão de autógrafa arquivado na sede do cartório), seja por autenticidade (declaração de que o documento foi assinado pela pessoa indicada na presença do tabelião ou de seu assistente, que o identificou mediante o documento público ou outro meio válido). (BRASIL, 1994)

As modernas tecnologias da informação, contudo, tornaram possível a criação de uma infraestrutura digital capaz de viabilizar a autenticação eletrônica e automática de assinaturas de documentos eletrônicos por meio de chaves codificadas, comumente armazenadas em cartões magnéticos ou *tokens* de uso individual, associadas a algoritmos de criptografia. O pretenso signatário de documentos eletrônicos realizaria um cadastro

prévio em um sistema de reconhecimento de assinaturas eletrônicas, sendo-lhe conferida uma chave eletrônica, de uso individual e intransferível, a ser armazenada em cartão magnético ou *pendrive*, complementada por uma senha criada exclusivamente pelo seu detentor, de modo a que, em sistemas eletrônicos previamente preparados e compatíveis com o sistema de reconhecimento da chave eletrônica, fosse possível uma assinatura eletrônica, autenticável, capaz de eliminar a necessidade da fase física de assinatura dos documentos.

4. O documento eletrônico no Brasil

No Brasil, em 28 de junho de 2001, foi editada a Medida Provisória n.º 2.200, a qual instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, destinada a “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.” (BRASIL, 2001)

A norma foi reeditada na Medida Provisória n.º 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, a qual estabelece que compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil: a) adotar as medidas necessárias e coordenar a implantação e o funcionamento da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira; b) estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das Autoridades Certificadoras (AC), das Autoridades de Registro (AR) e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação; c) estabelecer a política de certificação e as regras operacionais da AC Raiz; d) homologar, auditar e fiscalizar a AC Raiz e os seus prestadores de serviço; e) estabelecer diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das AC e das AR e definir níveis da cadeia de certificação; f) aprovar políticas de certificados, práticas de certificação e regras operacionais, credenciar e autorizar o funcionamento das AC e das AR, bem como autorizar a AC Raiz a emitir o correspondente certificado; g) identificar e avaliar as políticas de ICP externas, negociar e aprovar acordos de certificação bilateral, de certificação cruzada, regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional, certificar, quando for o caso, sua compatibilidade com a ICP-Brasil, observado o disposto em tratados, acordos ou atos internacionais; e h) atualizar, ajustar e revisar os procedimentos e as práticas estabelecidas para a ICP-Brasil, garantir sua compatibilidade e promover a atualização tecnológica do sistema e a sua conformidade com as políticas de segurança. (BRASIL, 2001)

Nos termos da referida MPV, à Autoridade Certificadora Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e

operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das autoridades certificadoras de nível imediatamente subsequente, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria e dos prestadores de serviço habilitados na ICP, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas. Não obstante, é vedado à Autoridade Certificadora Raiz emitir certificados para o usuário final. (BRASIL, 2001)

Às Autoridades Certificadoras, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento. Compete às Autoridades de Registro, entidades operacionalmente vinculadas a determinada Autoridade Certificadora, identificar e cadastrar usuários, encaminhar solicitações de certificados às Autoridades Certificadoras e manter registros de suas operações. (BRASIL, 2001)

O art. 10, da Medida Provisória n.º 2.200-2/2001, conceitua documento eletrônico como o assinado através de chave integrante da ICP-Brasil, reconhecendo a validade jurídica, para todos os efeitos, dos referidos documentos, ao estabelecer que:

“Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 – Código Civil. § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. Art. 11. A utilização de documento eletrônico para fins tributários atenderá, ainda, ao disposto no art. 100 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.” (BRASIL, 2001)

Portanto, a partir da edição do referido ato normativo, integra-se, formalmente, ao direito brasileiro, o conceito de documento eletrônico, entendido como o documento produzido completamente em meio eletrônico, incluindo a fase de assinatura. Com a assinatura eletrônica autenticável através dos protocolos técnicos editados pela ICP-Brasil, torna-se desnecessário o suporte físico do papel para a elaboração de qualquer documento em território nacional.

5. Diferença entre documento eletrônico e representação visual de seu conteúdo

O documento eletrônico não se confunde com a representação visual do seu conteúdo, seja na tela de um computador, seja em papel, após o recurso a algum mecanismo de impressão. O documento eletrônico é um conjunto de dados digitais, armazenáveis em meio magnético, óptico ou similar, que abrange o seu conteúdo, a sua assinatura e eventuais metadados (assunto, classe, data de produção, destinação prevista, gênero, prazo de guarda etc.), cuja elaboração passa pela adoção de algoritmos de criptografia e chaves eletrônicas para controle e autenticação, de uso individual do subscritor do documento.

É claro que, para a leitura do conteúdo de um documento eletrônico, é necessária uma tecnologia de informática que permita, ao menos, a visualização do seu objeto – normalmente, um texto editado no idioma nativo do autor – na tela de um dispositivo eletrônico, que, usualmente, será um computador de tipo *desktop* ou *notebook* ou um dispositivo móvel com arquitetura computacional, como um *smartphone* ou *tablet*. Contudo, para a compreensão de sua natureza jurídica, é importante marcar a diferença entre o documento eletrônico e sua representação visual.

O documento eletrônico, em si, é o conjunto de dados estruturados em meio digital, o qual, em essência, é invisível aos olhos humanos, pois corresponde a um conjunto lógico de sinais eletrônicos representados, no nível mais baixo da implementação do software, como uma vasta cadeia binária, composta exclusivamente por zeros e uns. O documento eletrônico, seja qual for o seu conteúdo, é traduzido, ao nível da linguagem de máquina, em uma grande cadeia de caracteres, formada exclusivamente pelos elementos 0 ou 1, pois essa é a técnica adotada pelos sistemas digitais e dispositivos de informática contemporâneos, já que, no plano subsequente das placas eletrônicas, tudo se resume à existência ou não de impulsos elétricos ou à passagem de corrente elétrica de carga positiva ou negativa (como + 5 volts ou - 5 volts, por exemplo) pelos transistores que implementam portas lógicas.

O que se vê na tela do computador é apenas a tradução dessa grande cadeia zeros e uns em caracteres alfanuméricos e espaços em branco que formam palavras, frases, parágrafos e textos completos, ou, ainda, pontos coloridos minúsculos integrantes de alguma imagem ou gravação de áudio ou de vídeo, conforme editados pelo usuário, e que são representados no monitor através do acionamento de *leds* no nível dos *pixels*. Tudo o que se visualiza na tela do computador é, pois, “virtual”, no sentido de que não existe, em verdade, mas corresponde apenas à ilusão causada pelo sistema computacional, que associa uma longa cadeia de zeros e uns a informações representáveis visualmente, na forma minúsculos pontos coloridos acionados por eletricidade na tela de um dispositivo eletrônico, e, a partir daí, imprimíveis em uma folha de papel, com o auxílio de uma impressora.

O termo “bit”, que corresponde à unidade da cadeia de caracteres que codifica a informação no nível mais baixo de funcionamento de um sistema computacional, equivalente ao processamento no âmbito das placas eletrônicas, é, precisamente, a abreviação da expressão inglesa *binary digit* ou “dígito binário”, a saber, um dígito pertencente a um conjunto composto por apenas dois elementos (0 ou 1). Todo dado processável em um sistema computacional – incluindo qualquer elemento de texto, áudio ou vídeo, bem como chaves criptográficas e códigos gerados por algoritmos de assinaturas digitais – é convertido em uma longa sequência de “bits”, que são armazenados em dispositivos magnéticos – como um *Hard Disk (HD)*, um *pendrive* ou um *Solid State Drive (SSD)* – ou ópticos, como um CD-ROM ou um DVD-ROM. É a cadeia de “bits” gerada que constitui, em essência, o documento eletrônico, o qual, por isso mesmo, só pode ser manipulado em um dispositivo eletrônico compatível com o formato lógico de sua produção.

6. Diferença entre documento eletrônico e documento físico digitalizado

A digitalização (através de fotografia digital ou de um aparelho de *scanner*, por exemplo) de um documento físico, não o transforma em um documento eletrônico, pelo simples fato de que o documento original não foi gerado com o uso da tecnologia de assinaturas digitais. O documento original é físico e a digitalização é um processo que permite, tão somente, o armazenamento digital da imagem do documento. Cuida-se, pois, apenas, da guarda em meio eletrônico da imagem de um documento físico, razão pela qual, em regra, deve ser mantido o documento físico original para o caso de haver impugnação quanto ao conteúdo do documento digitalizado.

Ainda que determinadas leis ou atos normativos atribuam ao documento digitalizado valor probatório equivalente ao do documento físico original, como no caso

das regras atualmente presentes no Código de Processo Civil, que atribuem ao documento digitalizado, salvo alegação fundamentada de adulteração, o mesmo valor jurídico do documento original, isso não significa que o documento digitalizado se converteu em documento eletrônico, pois não se trata de documento nato-digital, dado que sua produção, que se aperfeiçoa com a assinatura, ocorreu de forma manual e em suporte físico de papel, não se tendo construído por meio de assinatura eletrônica, com a formatação original do documento em meio integralmente eletrônico, que viabiliza a formação de um documento nato-digital.

O documento digitalizado não se confunde, em hipótese alguma, com o documento eletrônico. Documento eletrônico é, exclusivamente, o documento nato-digital, isto é, o produzido de forma inteiramente eletrônica, aperfeiçoado com a aposição de assinatura digital viabilizada por sistema eletrônico que assegure a autenticidade mediante controle criptográfico e chave de segurança individual. Documento digitalizado, por sua vez, é o documento físico, elaborado em suporte de papel e assinado manualmente, o qual, contudo, foi submetido a processo de conversão de sua imagem em formato digital, o que não o converte em um documento digital, mas apenas viabiliza a preservação da imagem do documento físico em um suporte eletrônico, em meio magnético, óptico ou equivalente.

6.1. Normas sobre a digitalização de documentos públicos e privados

A Lei n.º 12.682, de 9 de julho de 2012, dispôs sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Nos termos da lei, entende-se por digitalização a conversão da fiel imagem de um documento para código digital. (BRASIL, 2012)

Em 2019, a Lei n.º 13.874, “declaração de direitos de liberdade econômica”, incluiu o art. 2º-A e alterou a redação do art. 3º, da Lei n.º 12.682/2012, modificou substancialmente o regramento da digitalização de documentos públicos. A partir da mencionada lei, passou a ser autorizado o armazenamento, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, de documentos públicos ou privados, compostos por dados ou por imagens, observado o disposto na lei, nas legislações específicas e no regulamento. O regulamento referido mostrou ser o Decreto n.º 10.278, de 18 de março de 2020, o qual exige, como regra, que o documento digitalizado destinado a se equiparar a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato perante pessoa jurídica de direito público interno deverá: a) ser assinado digitalmente com certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, de modo a garantir a

autoria da digitalização e a integridade do documento e de seus metadados; b) seguir os padrões técnicos mínimos previstos no Anexo I; e c) conter, no mínimo, os metadados especificados no Anexo II. (BRASIL, 2019b)

De acordo com a Lei n.º 13.874 de 2019, após a digitalização, constatada a integridade do documento digital nos termos estabelecidos no regulamento, o original poderá ser destruído, ressalvados os documentos de valor histórico, cuja preservação observará o disposto na legislação específica. O documento digital e a sua reprodução, em qualquer meio, realizada de acordo com o disposto na referida lei e na legislação específica, terão o mesmo valor probatório do documento original, para todos os fins de direito, inclusive para atender ao poder fiscalizatório do Estado. Decorridos os respectivos prazos de decadência ou de prescrição, os documentos armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente poderão ser eliminados.

Os documentos digitalizados conforme o disposto na referida lei terão o mesmo efeito jurídico conferido aos documentos microfilmados, nos termos da Lei nº 5.433, de 8 de maio de 1968, e de regulamentação posterior. Ato do Secretário de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia estabelecerá os documentos cuja reprodução conterà código de autenticação verificável. Ato do Conselho Monetário Nacional disporá sobre os documentos referentes a operações e transações realizadas no sistema financeiro nacional.

Nos termos do art. 2º-A, § 7º e 8º, da Lei n.º 12.682/2012, com a redação conferida pela Lei n.º 13.874/2019, é lícita a reprodução de documento digital, em papel ou em qualquer outro meio físico, que contiver mecanismo de verificação de integridade e autenticidade, na maneira e com a técnica definidas pelo mercado, e cabe ao particular o ônus de demonstrar integralmente a presença de tais requisitos. No caso dos documentos públicos, para a garantia de preservação da integridade, da autenticidade e da confidencialidade, será usada certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

7. A Lei n.º 14.063/2020 e as novas normas sobre assinaturas eletrônicas

A recente Lei n.º 14.063, de 23 de setembro de 2020, regulamentada pelo Decreto n.º 10.543, de 13 de novembro de 2020, trouxe novas regras sobre assinaturas eletrônicas, impactando o regime jurídico dos documentos eletrônicos no direito brasileiro. A lei reconhece e formaliza procedimentos já adotados na prática por entidades públicas e privadas, mas também apresenta novos regramentos, versa sobre a assinatura eletrônica de atos específicos em matéria de saúde e dispõe sobre atos praticados em meio eletrônico

durante o período da pandemia de Covid-19. Versa, também, sobre a licença de código aberto para os sistemas de informação desenvolvidos exclusivamente pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Dentre as inovações trazidas pela lei, destaca-se o reconhecimento de 3 (três) categorias de assinaturas eletrônicas, classificadas em: 1) “assinatura eletrônica simples”: a que permite identificar o seu signatário e que anexa ou associa dados a outros dados em formato eletrônico do signatário; 2) “assinatura eletrônica avançada”: a que utiliza certificados não emitidos pela ICP-Brasil ou outro meio de comprovação da autoria e da integridade de documentos em forma eletrônica, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento, com as seguintes características: a) está associada ao signatário de maneira unívoca; b) utiliza dados para a criação de assinatura eletrônica cujo signatário pode, com elevado nível de confiança, operar sob o seu controle exclusivo; c) está relacionada aos dados a ela associados de tal modo que qualquer modificação posterior é detectável; e 3) “assinatura eletrônica qualificada”: a que utiliza certificado digital, nos termos do § 1º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

Os 3 (três) tipos de assinatura caracterizam o nível de confiança sobre a identidade e a manifestação de vontade de seu titular e a assinatura eletrônica qualificada é a que possui nível mais elevado de confiabilidade a partir de suas normas, de seus padrões e de seus procedimentos específicos. A lei prevê que devem ser asseguradas formas de revogação ou de cancelamento definitivo do meio utilizado para as assinaturas eletrônicas, sobretudo em casos de comprometimento de sua segurança ou de vazamento de dados.

Portanto, passaram a ser formalmente reconhecidas assinaturas eletrônicas emitidas em padrões diversos dos emitidos pelas autoridades certificadoras integrantes do ICP-Brasil. Nesse sentido, a lei alterou a Medida Provisória n.º 2.200-2, de 2001, para fazer constar que, no processo de cadastramento de usuários para fins de emissão de certificados digitais, a identificação não mais precisa ser feita presencialmente, mediante comparecimento pessoal do usuário, sendo admitidas, também, outra forma que garanta nível de segurança equivalente, observadas as normas técnicas da ICP-Brasil. (BRASIL, 2020b)

Os titulares de Poder ou órgão constitucionalmente autônomo de cada ente federativo editarão atos normativos que estabelecerão o nível mínimo exigido para a assinatura eletrônica em documentos e em interações com o ente público. O ato poderá aceitar a assinatura eletrônica simples nas interações com ente público de menor impacto

e que não envolvam informações protegidas por grau de sigilo. Poderá ser exigida a assinatura eletrônica avançada em lugar da assinatura eletrônica simples e no registro de atos perante as juntas comerciais. A assinatura eletrônica qualificada será admitida em qualquer interação eletrônica com ente público, independentemente de cadastramento prévio.

É obrigatório o uso de assinatura eletrônica qualificada: a) nos atos assinados por Chefes de Poder, Ministros de Estado ou por titulares de Poder ou de órgão constitucionalmente autônomo de ente federativo; b) nas emissões de notas fiscais eletrônicas, com exceção daquelas cujos emitentes sejam pessoas físicas ou Microempreendedores Individuais (MEIs), situações em que o uso torna-se facultativo; c) nos atos de transferência e de registro de bens imóveis, ressalvados os registros em juntas comerciais; e d) nas demais hipóteses previstas em lei.

8. Aplicações dos documentos eletrônicos

No Brasil, a tecnologia de assinaturas eletrônicas propiciou um rápido desenvolvimento de aplicações voltadas ao processamento eletrônico de documentos, viabilizando a informatização de procedimentos e a edição de documentos integralmente em meio digital nos setores público e privado.

Após a edição, em 2001, da Medida Provisória que criou a ICP-Brasil, a Lei n.º 11.419, de 2006, alterou o Código de Processo Civil de 1973 para dispor sobre a informatização do processo judicial. Em 2015, ao tempo de publicação do novo Código de Processo Civil, atualmente vigente, o processo judicial eletrônico já era uma realidade em todo o Brasil, tendo sido implementado com amplo sucesso em todos os Estados, e sendo o único meio de tramitação dos processos judiciais em muitos juízos e tribunais. O novo CPC, já editado no âmbito do processo judicial eletrônico, trouxe novas regras que ampliaram o uso da tecnologia na tramitação dos processos judiciais.

O processo administrativo também foi impactado pelos documentos digitais. O Decreto n.º 8.539, de 8 de outubro de 2015, regulamentou o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Conceitua documento como toda unidade de registro de informações, independentemente do formato, do suporte ou da natureza, e define “documento digital” como um gênero que abrange o documento nato-digital e o documento digitalizado. Nos termos do Decreto, documento digital é a “informação registrada, codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de sistema computacional, podendo ser: a) documento nato-digital – documento

criado originariamente em meio eletrônico; ou b) documento digitalizado – documento obtido a partir da conversão de um documento não digital, gerando uma fiel representação em código digital”. (BRASIL, 2015) A norma define processo administrativo eletrônico como aquele em que os atos processuais são registrados e disponibilizados em meio eletrônico.

Outra importante aplicação dos sistemas de assinaturas digitais que viabilizaram a adoção dos documentos eletrônicos foi a recente instituição do sistema nacional de registro eletrônico de imóveis. O registro de imóveis corresponde à transcrição das escrituras públicas dos negócios jurídicos relativos a imóveis e, no Brasil, é indispensável para a aquisição da propriedade imóvel. É atribuição exclusiva dos Cartórios de Registro de Imóveis, consoante art. 1º, § 1º, IV, c/c art. 167, da Lei n.º 6.015/73. (BRASIL, 1973)

Em 11 de julho de 2017, a Lei n.º 13.465, por seu art. 76, instituiu o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), estabelecendo que será implementado e operado, em âmbito nacional, pelo Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR). Em 19 de dezembro de 2019, a Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou o Provimento n.º 89/2019, regulamentando o disposto na Lei n.º 13.465/2017 acerca do registro eletrônico de imóveis. O provimento criou numeração unificada das matrículas imobiliárias em todo o território nacional, dispôs sobre o repositório eletrônico dos atos registrares, os serviços de expedições de certidões e informações, em formato eletrônico, o acesso às informações pelo Poder Público e as diretrizes para a criação do estatuto do ONR. (BRASIL, 2019a)

Por fim, a prática de atos notariais por meio eletrônico também foi admitida, recentemente, nos termos do Provimento n.º 100, de 26 de maio de 2020, da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ, que os define como o conjunto de metadados, gravações de declarações de anuência das partes por videoconferência notarial e documento eletrônico, correspondentes a um ato notarial. O provimento estabelece normas gerais sobre a prática de atos notariais eletrônicos em todos os tabelionatos de notas do País, prevê atribuições dos tabeliães de notas relativamente à manipulação de documentos digitais, e introduz, dentre outros, os seguintes conceitos: a) assinatura eletrônica notariada: qualquer forma de verificação de autoria, integridade e autenticidade de um documento eletrônico realizada por um notário, atribuindo fé pública; b) certificado digital notariada: identidade digital de uma pessoa física ou jurídica, identificada presencialmente por um notário a quem se atribui fé pública; c) assinatura digital: resumo matemático computacionalmente calculado a partir do uso de chave privada e que pode ser verificado com o uso de chave pública, cujo certificado seja conforme a Medida Provisória n. 2.200-2/2001 ou qualquer outra tecnologia autorizada pela lei. (BRASIL, 2020a)

9. Características dos documentos eletrônicos

De tudo quanto foi até aqui exposto, é possível elencar determinadas características dos documentos eletrônicos que os diferenciam dos documentos físicos ou tradicionais, propiciando importantes conclusões para o Direito.

Em primeiro lugar, um documento eletrônico só é original no plano eletrônico. Uma página de papel com o conteúdo impresso de um documento eletrônico, ainda que com a indicação de algum link, código de barras, *QR code* ou número gerado pelo sistema que permita a verificação da autenticidade da assinatura eletrônica, não corresponde, em si, ao documento eletrônico original, mas, tão somente, a uma representação visual do seu conteúdo. Fazendo-se uma analogia com os documentos físicos, tradicionais, poder-se-ia afirmar que uma folha de papel impressa com o conteúdo do documento eletrônico seria, no máximo, o equivalente a uma “cópia” do original. Note-se, contudo, que até mesmo essa afirmação é tecnicamente imprecisa, pois, a rigor, não se trata de uma cópia do documento eletrônico, mas da mera representação visual do seu conteúdo em uma folha de papel, obtida mediante o uso de uma tecnologia de impressão.

O que precisa ficar claro para os operadores do Direito é que o documento eletrônico não é o mesmo que sua representação visual (seja na tela de um computador, seja, muito menos, em uma folha impressa de papel), mas o conjunto lógico de “bits” (cadeia de caracteres composta exclusivamente pelos elementos 0 ou 1, que codifica as informações que compõem o documento), de modo que, por consectário lógico, não há como visualizar o original fora de um sistema eletrônico capaz de traduzir a referida codificação. A versão digital visível, apresentada na janela do aplicativo no qual o documento foi editado ou convertida em algum outro formato de arquivo (como um arquivo de texto, um arquivo de imagem ou um arquivo PDF) ou, ainda, um folha de papel impressa com o conteúdo do documento e a indicação de que foi assinado eletronicamente, corresponde apenas a uma representação visual do conteúdo do documento.

Por conseguinte, tratar a representação visual impressa como uma “cópia” do documento eletrônico é uma incorreção de ordem técnica, pois se está diante de realidades totalmente distintas. Nem mesmo quando a representação visual seja mantida no plano digital, como nos casos da inclusão do conteúdo de um documento eletrônico em um arquivo de imagem via *print* de tela ou em um arquivo de formato PDF, está-se, propriamente, a produzir uma “cópia” do documento eletrônico, pois os “bits” que formam o documento eletrônico não serão os mesmos “bits” que formam o arquivo PDF ou de imagem, dado que a estrutura de organização dos dígitos binários no documento

eletrônico original decorre do formato de arquivo criado pelo aplicativo no qual foi editado o documento eletrônico e processada a assinatura digital.

Um arquivo de imagem decorrente de um *print* de tela, um arquivo digital em formato PDF ou uma folha de papel com o conteúdo impresso do documento eletrônico, portanto, do ponto de vista jurídico, não são o documento eletrônico ou sequer cópia dele, mas, ao revés, documentos (físicos ou eletrônicos) autônomos, que, não obstante, servem como indício da existência de um documento eletrônico com aquele teor. Constituem mero indício, e não prova indireta, porque, a rigor, tais imagens representativas do conteúdo do documento eletrônico poderiam constituir uma contrafação. Somente através do aplicativo no qual foi produzido o documento eletrônico ou de aplicativos compatíveis com o referido formato de arquivo, e preparados para o processamento do referido tipo de documento, é que se pode provar a existência do documento eletrônico.

Em segundo lugar, ressalvadas as hipóteses em que o documento seja assinado eletronicamente na presença do tabelião, somente é possível aferir a autenticidade de um documento eletrônico eletronicamente. Não há como se proceder ao reconhecimento de firma de uma assinatura digital, em cartório, da maneira tradicional, através de uma página de papel com o conteúdo impresso de um documento digital, na medida em que a verificação da autenticidade de um documento, quando efetuada em momento posterior ao da aposição da assinatura, é realizada automaticamente pelo próprio sistema eletrônico, através do algoritmo específico que controla a emissão de assinaturas digitais e que se encontra integrado ao aplicativo no qual o documento nato-digital foi elaborado.

Por essa razão, em princípio, não faz muito sentido levar uma folha de papel com o conteúdo impresso de um documento eletrônico para que um tabelião certifique por fé pública que o sistema eletrônico declarou ser a assinatura autêntica, pois, nesse caso, quem está atestando a autenticidade é o algoritmo do sistema de assinaturas digitais, e não o tabelião, que estaria somente a declarar que obteve do sistema a referida informação. Como os sistemas de assinaturas eletrônicas são construídos de modo a que qualquer um possa, facilmente, conferir a autenticidade do documento através do código gerado no momento da assinatura digital, em tese, é desnecessária a intervenção de qualquer agente dotado de fé pública apenas para declarar a referida constatação.

Porém, uma vez que os próprios algoritmos dos sistemas de construção de documentos eletrônicos, integrados por subsistemas de assinaturas digitais, podem ser objeto de questionamento, ou, ainda, outras dúvidas podem surgir acerca da autenticidade de documentos eletrônicos, decorrentes de eventuais fragilidades dos sistemas

relativamente ao uso dos certificados e chaves individuais de assinatura digital, o Provimento n.º 100/2020 da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ reconheceu a atribuição do tabelião de notas para: a) a materialização, a desmaterialização, a autenticação e a verificação da autoria de documento eletrônico; b) autenticar a cópia em papel de documento original digitalizado e autenticado eletronicamente perante outro notário; c) reconhecer as assinaturas eletrônicas apostas em documentos digitais; e d) realizar o reconhecimento da firma como autêntica no documento físico, devendo ser confirmadas, por videoconferência, a identidade, a capacidade daquele que assinou e a autoria da assinatura a ser reconhecida. (BRASIL, 2020)

Em terceiro lugar, não existe cópia eletrônica de documento eletrônico, mas apenas novas instâncias do documento original. Uma duplicação eletrônica do documento eletrônico original, como, por exemplo, a que se obtém a partir da utilização dos comandos "CTRL + C" e "CTRL + V" do teclado de um computador, quando selecionado um documento eletrônico no explorador de arquivos de um sistema operacional, não constitui, tecnicamente, uma "cópia" do documento firmado por assinatura digital, mas, ao revés, a criação de uma nova via original. Isso porque, diferentemente dos documentos físicos, cujo original é uma instância física, que somente poderia ser reproduzida com novas assinaturas manuais em outros suportes físicos que contivessem idêntico conteúdo, formando, assim, novas vias originais do mesmo documento, no caso dos documentos eletrônicos, o original é apenas um conjunto de "bits" estruturado de forma específica segundo a lógica de programação do sistema computacional no qual foi editado, o qual contém a representação matemática da assinatura digital realizada no momento da formação do documento. Como não há, em princípio, qualquer diferenciação entre os "bits" do documento eletrônico original e os de sua réplica eletrônica, toda cópia desse conjunto de "bits" é uma replicação do próprio original eletrônico.

Toda via eletrônica de um documento eletrônico é, pois, igualmente, uma via original, sendo possível, através dos comandos "copiar" e "colar" dos computadores contemporâneos, produzir inúmeras vias originais de um documento eletrônico. Cada uma das vias geradas terá valor jurídico idêntico ao do documento original, não porque sejam cópias autênticas do original, mas, tão somente, porque são, todas elas, novas vias originais, visto que se trata de documento eletrônico e não físico. A adoção dos mecanismos de cópia eletrônica do documento eletrônico gera uma nova instância eletrônica do documento eletrônico inicial, razão pela qual o que se produz não é uma "cópia", mas uma nova via original do documento eletrônico.

Em quarto lugar, não há que se falar, pois, em "autenticação de cópia" de documento nato-digital, uma vez que as diferentes instâncias digitais de um documento

eletrônico são todas as vias originais do documento e a representação visual do conteúdo, em meio físico (papel impresso) ou digital (arquivos PDF ou de imagem) não se confunde com o documento eletrônico ou com sua cópia. O conteúdo impresso de um documento eletrônico não constitui, a rigor, uma “cópia” que possa ser autenticada por tabelião ou outro agente dotado de fé pública, pois uma declaração de sua correspondência com o original pressupõe o acesso ao sistema eletrônico no qual o documento eletrônico foi editado, o que já corresponde ao acesso ao documento original, tornando, em regra, desnecessária a declaração de correspondência, na medida em que o próprio original está à disposição no sistema eletrônico.

Via de regra, os sistemas de elaboração de documentos eletrônicos têm acesso universal via Internet e permitem a qualquer indivíduo a confirmação da existência e autenticidade dos documentos neles gerados. Na hipótese teórica de um sistema de criação de documentos eletrônicos estar acessível ao tabelião, mas não estar ao alcance da pessoa a quem se quer provar a existência e o conteúdo do documento eletrônico, o instrumento cabível, a nosso ver, seria uma ata notarial, na qual se atestaria que o conteúdo visualizado no papel impresso apresentado ao tabelião é equivalente ao da representação visual do documento eletrônico no sistema específico acessado.

Nesse sentido, repise-se que o Provimento n.º 100/2020 da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ reconheceu a atribuição do tabelião de notas para “autenticar a cópia em papel de documento original digitalizado e autenticado eletronicamente perante outro notário”, o que não se confunde com declarar a correspondência de um conteúdo impresso em folha de papel com o conteúdo de um documento eletrônico ao qual o tabelião teve acesso. Tal medida, contudo, não nos parece vedada, sendo admissível pela via da ata notarial, a qual, contudo, teria de qualificar e identificar o sistema eletrônico no qual o documento foi emitido e assinado digitalmente, de modo a estabelecer a vinculação entre a representação visual impressa e o documento eletrônico original.

Conclusão

Os documentos eletrônicos foram reconhecidos no direito brasileiro pela Medida Provisória n.º 2.200, de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil. A recente Lei n.º 14.063, de 23 de setembro de 2020, regulamentada pelo Decreto n.º 10.543, de 13 de novembro de 2020, trouxe novas regras, reconhecendo a validade jurídica de outras formas de assinaturas eletrônicas, ainda que não implementem os protocolos do ICP-Brasil, mas conferindo o grau máximo de confiabilidade à assinatura

eletrônica qualificada, que é a que utiliza certificado digital construído segundo os critérios da ICP-Brasil.

Não há que se confundir o documento eletrônico com a representação visual de seu conteúdo, seja em meio digital, seja em meio físico, como o de um papel que contenha, de forma impressa, o conteúdo do documento eletrônico. O documento eletrônico é um conjunto de dígitos binários estruturados de forma lógica segundo critérios específicos do sistema eletrônico que o criou, constituindo, portanto, uma realidade imaterial.

Também não se confunde o documento eletrônico com a versão digitalizada de um documento físico, na medida em que a digitalização corresponde à mera guarda, em meio digital, da imagem de um documento físico. O documento digitalizado é um arquivo eletrônico autônomo que apresenta a imagem de um documento físico, não um documento físico que foi convertido em digital, pois a formação do documento, incluindo a fase fundamental do registro da manifestação de vontade pela aposição da assinatura, ocorreu não em meio eletrônico, mas em meio físico. Como a digitalização, em princípio, não comporta qualquer forma de ratificação das assinaturas do documento físico, através de assinaturas digitais, por parte dos autores do documento físico, não há que se falar, como regra geral, em conversão de documento físico em digital através do procedimento de digitalização.

A Lei n.º 12.682/2012, com as alterações realizadas pela Lei n.º 13.874/2019, versou sobre a digitalização de documentos no âmbito público e privado e permitiu a digitalização de documentos, por parte da Administração Pública, conferindo aos documentos digitalizados idêntico valor jurídico que o do documento físico original, desde que atendidos determinados critérios, sendo permitido, inclusive, em alguns casos, o descarte dos originais físicos.

O reconhecimento da validade jurídica dos documentos eletrônicos no Brasil permitiu diversas aplicações, como o processo judicial eletrônico, o processo administrativo eletrônico federal, o registro eletrônico de imóveis e a prática de atos notariais em meio eletrônico. Outras inovações similares também têm sido sucessivamente praticadas, a exemplo da emissão de documentos públicos em geral por meio eletrônico, como no caso do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo em Meio Digital – CRLV-e, que, foi admitido por meio da Resolução do Conselho Nacional de Trânsito n.º 809, de 15 de dezembro de 2020.

Não resta dúvida de que os documentos eletrônicos constituem um passo sem volta no processo de modernização das relações sociais, tudo levando a crer que sua utilização

será cada vez mais crescente no Brasil e no mundo, dada a praticidade, celeridade e economicidade que propiciam nos diferentes campos da atuação humana. Em função da pandemia de Covid-19 e da necessidade de manutenção das atividades econômicas em meio a medidas de distanciamento social, sua adoção foi potencializada e acelerada em muitos campos do setor público e privado. O impacto que essa realidade produz no sistema jurídico é significativo, na medida em que uma nova teoria jurídica, acompanhada de novas normas que solucionem questões associadas à manipulação dos documentos, por certo, se mostrará necessária para o adequado tratamento dos fatos jurídicos à luz dos novos meios probatórios.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n.º 89 de 18 de dezembro de 2019a**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3131>. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n.º 100 de 26 de maio de 2020a**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em 26 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 8.539, de 8 de outubro de 2015a**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015consolidado.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.404, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 12.682, de 9 de julho de 2012**. Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12682.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015b**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019b**. Declaração de direitos de liberdade econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 14.063, de 23 de setembro de 2020b**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14063.htm. Acesso em: 26 mar. 2022

BRASIL. **Medida Provisória n.º 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Conselho Nacional de Trânsito. **Resolução n.º 809 de 15 de dezembro de 2020c**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-contran-n-809-de-15-de-dezembro-de-2020-296178226>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1957. Volume VI.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20ª edição, volume 1, atualizadora Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SOUZA, Allan Rocha de. et. al. **Direito digital: direito privado e Internet**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

PERSPECTIVA JURÍDICA DO USO DE ENERGIA SOLAR NO MUNICÍPIO DE PALMAS - TOCANTINS

THIAGO KLUG ZELLMER SOUZA:
Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG ⁶⁶

GILSON RIBEIRO CARVALHO FILHO⁶⁷

(orientador)

RESUMO: As fontes de energia são, atualmente, motivo de preocupação, já que a maioria em uso no mundo não é renovável. Este fato sinaliza para a relevância das pesquisas científicas na área, bem como do planejamento capaz de garantir a eficiência energética com a adoção de tecnologias associadas a fontes alternativas. A partir da vigência do Tratado de Kyoto, os países desenvolvidos e em desenvolvimento assumiram o compromisso de adotar medidas para atingir as metas de redução da emissão de gases poluentes, tendo como principal alvo o dióxido de carbono (CO₂). Dentre as possíveis medidas estão o aumento da eficiência energética em setores relevantes da economia, visando o desenvolvimento sustentável, a partir do uso de novas formas renováveis de energia, do âmbito nacional ao local. Pautada em pesquisa bibliográfica, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar a história das matrizes energéticas e da legislação brasileira sobre o tema e sobre a sustentabilidade das matrizes energéticas brasileiras, e por fim, destacará a Lei nº 14.300/2022, que institui o Sistema de Compensação de Energia Elétrica, e a Lei Complementar nº 327/2015, que cria o Programa Palmas Solar e o Decreto nº 1506/2017, que regulamenta referida lei.

Palavras-chave: Fontes de Energia. Sustentabilidade. Matrizes Energéticas

ABSTRACT: Energy sources are currently a matter of concern, as the majority in use in the world is non-renewable. This fact points to the relevance of scientific research in the area, as well as the planning capable of guaranteeing energy efficiency with the adoption of technologies associated with alternative sources. Since the Kyoto Treaty came into force, developed and developing countries have assumed the commitment to adopt measures to achieve the goals of reducing the emission of polluting gases, with carbon dioxide (CO₂) as the main target. Among the possible measures are the increase in energy efficiency in relevant sectors of the economy, aiming at sustainable development, from the use of new renewable forms of energy, from the national to the local scope. Based on bibliographic research, the present research has the general objective of analyzing the history of energy

⁶⁶E-mail: thiaguitoklug@gmail.com

⁶⁷Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. E-mail: profgilsonfilho@gmail.com

matrices and Brazilian legislation on the subject and on the sustainability of Brazilian energy matrices, and finally, it will highlight Law nº 14.300/2022, which establishes the Energy Compensation, and Complementary Law No. 327/2015, which creates the Palmas Solar Program and Decree No. 1506/2017, which regulates said law.

Keywords: Energy Sources. Sustainability. Energetic Arrays

Sumário: Introdução. 1. Matrizes energéticas brasileiras. 1.1 Análise histórica. 1.2 A legislação brasileira e as fontes energéticas no Brasil. 1.3 A sustentabilidade da matriz energética brasileira. 2. Iniciativa Tocantinense. 2.1 Programa Palmas Solar. 3. Lei Ordinária nº 13.400/2002.

INTRODUÇÃO

A insustentabilidade ambiental sempre foi tema de grandes discussões, no qual teve um papel de maior relevância na década de 70, quando o sistema econômico industrial foi apontado pela comunidade internacional como principal agente para tal.

A dependência do petróleo, carvão, gases naturais e entre outros, se basearam em modelos energéticos de menor custo exploratório, porém o uso destes ao longo do tempo notoriamente se demonstram prejudiciais ao planeta.

A produção energética desempenha um papel fundamental no crescimento econômico dos países. (CERETTA, 2020). Assim, as fontes de energia são também utilizadas como indicador global do desenvolvimento social, uma vez que seu uso proporciona uma melhor qualidade de vida das pessoas e pressupõe a movimentação das atividades e cadeias produtivas.

O Plano Nacional de Energia 2030, do Ministério de Minas e Energia, Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético, destaca "que o grande desafio, hoje, é tornar sustentável o mercado e a atividade empresarial da eficiência energética no Brasil" (TOLMASQUIM, 2007, p.241). O autor destaca, ainda, o uso da energia solar como uma das alternativas para economia de energia elétrica. "A proposta é trabalhar as estratégias estruturantes – que basicamente se constituem na consolidação das fontes de recursos, do marco legal e dos processos de monitoramento e verificação".

Tendo em vista que o Direito deve sempre se atentar as mudanças sociais, econômicas e culturais que o permeia, almejando a inovação legislativa como bem a interpretação adequada das leis, o conceito de desenvolvimento sustentável elencado no direito ambiental é imprescindível para aplicação e reflexão acerca das crises ambientais, trazendo assim soluções para fontes e modelos energéticos mais eficientes dentro do contexto ambiental e econômico.

Desta forma, será realizada uma abordagem acerca da história das matrizes enérgicas e da legislação brasileira sobre o tema e sobre a sustentabilidade das matrizes enérgicas brasileiras, e por fim, destacará a Lei Complementar nº 327, de 24 de novembro de 2015, que cria o Programa Palmas Solar e o Decreto nº 1506 de 18 de dezembro de 2017, que regulamenta referida lei. A pesquisa, de abordagem qualitativa, será desenvolvida por meio dos procedimentos de revisão bibliográfica e pesquisa documental a partir de documentos.

1 MATRIZES ENÉRGICAS BRASILEIRAS

1.1 ANÁLISE HISTÓRICA

A matriz energética procura representar, ao longo do tempo, quantitativa e ordenadamente, todas as relações entre os energéticos com sua cadeia energética, desde a utilização dos recursos naturais até os usos finais da energia. Este estudo é um instrumento fundamental para a execução de um planejamento correto e para o estabelecimento de políticas e estratégias, quando elaborado para cenários futuros, em geral de 20 a 25 anos (REIS, 2005).

O desenvolvimento da sociedade gira em torno do montante de energia possuída e o seu conseqüente consumo (GOLDEMBERG, J./ VILLANUEVA, 2003). Se a descoberta do fogo foi nos primórdios a única fonte de energia, a posterior evolução social e econômica propiciou o surgimento de diversas novas fontes que foram sendo utilizadas e aprimoradas pela sociedade. Do uso incipiente da energia até a utilização desenfreada dos recursos naturais e energéticos, problemas saíram da esfera regional, passando para a global.

Nesse sentido, as mudanças climáticas observadas, principalmente, a partir do século XX, fizeram com que os paradigmas sobre o uso da energia fossem repensados. O efeito estufa, causado pelo acúmulo de gases (GEE) lançados na atmosfera, consequência principal da queima de combustíveis fósseis, e a perspectiva da diminuição do uso das reservas mundiais do petróleo e de gás natural das próximas décadas, tem levado o mundo a buscar novas formas de utilização de energia sempre em torno do princípio do desenvolvimento sustentável, que é um dos princípios enumerados pela ordem econômica brasileira em seu art. 170 da Constituição Federal de 1988.

O princípio constitucional, tem valor jurídico autônomo, do que resulta a possibilidade de sua aplicação direta sem o suporte de qualquer regulamentação específica que discrimine o seu conteúdo e as condições de sua incidência. Conseqüentemente, o princípio do desenvolvimento sustentável deve ser direta e obrigatoriamente aplicado por todos aqueles que se encontram na posição de tomadores de decisões, sejam agentes públicos (incluindo os juízes

e tribunais), sejam as pessoas privadas, notadamente no âmbito das atividades empresariais.[...] Não são raros, ainda, impactos indiretos ao patrimônio cultural decorrentes da implantação de empreendimentos poluidores que acabam por acelerar o processo natural de deterioração de bens culturais, ocasionando danos somente perceptíveis ao longo dos anos (MIRANDA, 2016, p. 13)

Diante das mudanças ocorridas, a matriz energética brasileira vem ganhando nova formatação, tornando-se cada vez menos dependente de fontes energéticas não renováveis, como o petróleo e gás natural, enquanto as fontes alternativas de energia renovável aumentam sua presença.

Assim como no restante do mundo, no Brasil está enraizada a dependência do petróleo e seus derivados, todavia, diante das crises de suprimento dos hidrocarbonetos e em virtude das atuais mudanças climáticas, as fontes renováveis conquistam seu espaço junto à matriz energética. Sinalizando com isso, ganhos significativos em produtividade e eficiência econômica.

1.2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS FONTES ENERGÉTICAS NO BRASIL

O Brasil começou a formular suas legislações de incentivo à eficiência energética na década de 1980. Em 1934, foi criado o Código de Águas brasileiro, tendo garantido à União a posse de todo o recurso hídrico natural. Nas décadas seguintes, em especial a partir da década de 70, juntamente com incentivos aos setores de petróleo e carvão, o governo passou a investir em empreendimentos de geração de energia hidráulica – inclusive por meio da criação de estatais como a Itaipu –, e esta acabou se tornando uma das fontes mais importantes de geração de energia no Brasil. (PROLO et. al., 2018)

Entre meados de 2001 e fevereiro de 2002, propiciado pela descontinuidade das chuvas, sendo estas atípicas para o período, bem como a má gestão nos planos de controle e investimentos no setor de energia, levaram a uma das maiores crises energéticas no país, com grandes efeitos econômicos e o vislumbre da necessidade real de criar medidas preventivas contra novos episódios como este.

Dentre os frutos de novas medidas, veio adjunto ao governo a criação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (através da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1 de junho de 2001), visando propor e implementar medidas de natureza emergencial, decorrentes da atual situação hidrológica crítica para compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica (BRASIL, 2001b, s/p).

Esta Medida Provisória ficou conhecida como “MP do apagão”. Uma das medidas estabelecidas nesta MP foi justamente a diversificação da matriz energética, de modo a

reduzir a dependência do regime hidrológico e suprir a demanda energética da população. Além disso, previu o fomento a pesquisas sobre fontes alternativas de energia e a necessidade de procedimentos céleres para outorga de autorizações para empreendimentos geradores de energia elétrica, dentre os quais aqueles de fontes alternativas. (PROLO et. al., 2018)

No mesmo ano de 2001, foi publicada a Lei n.º 10.295, que regulamenta a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia, também conhecida como Lei de Eficiência Energética.

Concebida sob o entendimento de que a conservação de energia deve ser a finalidade da Política Energética Nacional, a Lei estimula o desenvolvimento tecnológico, a preservação ambiental e a introdução de produtos mais eficientes no mercado nacional.

A Lei de Eficiência Energética é um dos principais componentes do marco legal da política de eficiência energética no Brasil, constituindo-se num instrumento eficaz e efetivo de política pública.

Por outro lado, a sua implementação demanda, por parte do poder executivo, um importante esforço para a elaboração das regulamentações específicas e dos programas de metas, bem como de planos para a fiscalização e estudos de impacto para o acompanhamento sistemático de todo o processo. Há, ainda, inúmeros aspectos da governança da aplicação da Lei que são passíveis de aperfeiçoamentos e melhorias contínuas (BRASIL, 2001a).

Na avaliação de Geller et al. (2005), as políticas públicas do Brasil para o aumento do uso das matrizes limpas de energia e a produção nacional de petróleo estão em passos positivos, consideradas na visão dele como bem-sucedidas, contudo, em questão de eficiência energética, considerando o cenário atual de produção e de tecnologia disponíveis, as políticas públicas estão na visão dele como moderadas.

No contexto jurídico, as leis, sejam ambientais ou não, possuem maior aplicabilidade quando regulamentadas posteriormente, neste âmbito podemos destacar o marco regulatório energético elaborado pela Aneel em sua Resolução n. 482/2012. Resolução esta que estabeleceu diretrizes no uso e compensação de unidades consumidoras para o sistema elétrico, sendo assim determinante para o incentivo do micro ou minigeração de energia.

Todavia essa resolução limitou em até 1 MW (potência instalada) a micro ou mini geração de energia para ser compensada no sistema elétrico interligado, mas podendo provir de várias fontes possíveis, como hidráulica, eólica, biomassa, cogeração qualificada e a mais comum para tal disposição, a energia solar.

Dessa forma,

A Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012 define o Sistema de Compensação como um arranjo no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa. Esse sistema é também conhecido pelo termo em inglês net metering. nele, um consumidor de energia elétrica instala pequenos geradores em sua unidade consumidora (como, por exemplo, painéis solares fotovoltaicos ou pequenas turbinas eólicas) e a energia gerada é usada para abater o consumo de energia elétrica da unidade. Quando a geração for maior que o consumo, o saldo positivo de energia poderá ser utilizado para abater o consumo em outro posto tarifário ou na fatura do mês subsequente. Os créditos de energia gerados continuam válidos por 60 meses. Há ainda a possibilidade de o consumidor utilizar esses créditos em outras unidades previamente cadastradas dentro da mesma área de concessão e caracterizada como autoconsumo remoto, geração compartilhada ou integrante de empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras (condomínios) (OLIVEIRA, CUNHA e MARTINS, 2021)

A ANEEL (2012) determinou que compensação entre energia consumida e energia gerada será descrita pela companhia elétrica, e caso seu consumo for menor que sua produção elétrica (energia injetada na rede), vai ser gerado um crédito com a concessionária que pode ser abatido na própria conta de energia no prazo de até 36 meses.

Após a atualização das normativas da Aneel, a Resolução n. 482 foi substituída pela Resolução n. 687, garantindo assim mais benefícios para quem aderisse ao programa, duplicando assim o prazo de compensação de crédito para 60 dias, bem como aumentando o limite de potência instalada para poder participar do programa de compensação, sendo o de usina aumentou para 3 MW, para hidrelétrica e para outras fontes renováveis 5 MW.

Outro benefício foi a inclusão de geração compartilhada no sistema nacional de compensação, que permite que unidades de consumidoras por meio consórcio ou cooperativa vinculem sua compensação energética em uma mesma área de serviço de distribuição de energia, tendo em vista que o sistema é interligado e podendo facilmente ser mensurado. (ANEEL, 2015)

Além das normativas presentes, bem como os princípios do direito ambiental e programas de incentivo público, podemos destacar o Plano Nacional de Energia 2030 (BRASIL, 2007) e o Plano Nacional de Eficiência Energética. (BRASIL, 2011)

Ambos planos visam a garantia da soberania nacional no setor elétrico, bem como a classificação, projeção e fomento em matrizes alternativas e limpas na produção de energia.

Neste sentido, a busca de alternativas energéticas para toda a humanidade, resultando na realização de inúmeras pesquisas em fontes alternativas para a produção de energia. E a legislação vem evoluindo nas últimas décadas de forma a encontrar modos alternativos e sustentáveis de geração de energia elétrica de forma a atender a demanda do pleno desenvolvimento econômico e industrial do Brasil.

O Ministério de Minas e Energia, órgão do Poder Executivo federal, faz anualmente o Balanço Energético Nacional (BEN) a fim de documentar o consumo, a produção e a comercialização de todas as espécies energéticas a nível nacional.

O BEN é um instrumento fundamental para conhecer atentamente a matriz energética nacional, bem como projetar políticas públicas no setor energético. O aumento da demanda energética, a perda de energia em seu transporte e armazenamento e os problemas ambientais ensejam estudos eficazes na busca de um melhor aproveitamento da energia.

A energia que movimenta a indústria, o transporte, o comércio e demais setores econômicos do país recebe a denominação de Consumo Final no BEN. Essa energia, para chegar ao local de consumo, é transportada por gasodutos, linhas de transmissão, rodovias, ferrovias etc., processos esses que demandam perdas de energia.

Por outro lado, a energia extraída da natureza não se encontra nas formas mais adequadas para os usos finais, necessitando, na maioria dos casos, passar por processos de transformação (refinarias que transformam o petróleo em óleo diesel, gasolina, e outros derivados, usinas hidrelétricas que aproveitam a energia mecânica da água para produção de energia elétrica, carvoarias que transformam a lenha em carvão vegetal e outros).

Esses processos também demandam perdas de energia. No BEN, assim como nos balanços energéticos de outros países, a soma do consumo final de energia, das perdas na distribuição e armazenagem e das perdas nos processos de transformação recebe a denominação de Oferta Interna de Energia (OIE), também, denominada de demandatotal de energia. A estrutura da OIE por energético é comumente chamada de Matriz Energética (Brasil, 2007).

A matriz energética do Brasil possui duas espécies de fonte primária de energia: renováveis e não renováveis. Fontes renováveis são aquelas cuja reposição pela natureza acompanha o ritmo de utilização, como a hidráulica, cana-de-açúcar e derivados, lenha e carvão vegetal, solar e eólica.

Por outro lado, a energia não renovável é passível de esgotamento por ser utilizada numa velocidade bem maior que os milhares de anos necessários para sua formação. Nesta categoria estão o petróleo e seus derivados, gás natural, carvão mineral e nuclear são formas energéticas não renováveis.

1.3 A SUSTENTABILIDADE DA MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA

O setor de energia, por ser intimamente conectado à economia de um país, é um dos principais agentes de degradação ambiental e de geração de problemas sociais.

As matrizes limpas e renováveis se tornam uma possibilidade em meio a crescente projeção da poluição do modelo econômico atual, majoritariamente dependente de combustíveis fósseis.

O Brasil apesar de ter a maioria da sua produção baseada em hidroelétricas, pela sua vasta extensão fluvial, não é capaz de aferir o selo de sustentabilidade, tendo em vista os impactos gerados na construção dessas usinas bem como em períodos de escassez de chuva, no qual é notório a necessidade do uso das usinas termelétricas, que possuem além de um custo energético maior, gera maiores problemas ecológicos.

A sustentabilidade em todos seus aspectos é ampla, tendo em vista que só parâmetro energético não é necessariamente predominante nas mudanças climáticas, sendo que o uso das energias não-renováveis embora favoreça nas emissões de gases poluentes, a agropecuária no contexto nacional tem o principal papel na emissão de gases poluentes.

Desta forma o Brasil, visando o seu desenvolvimento sustentável deve buscar contornar todos os obstáculos, seja uma reflexão acerca dos impactos da agropecuária bem como seu uso e fomento energético.

No ponto de vista prático as políticas públicas na área energética são limitadas a crer que as fontes alternativas ao petróleo devem ser classificadas como acessórias, uma alternativa ao próprio setor elétrico, perpetuando sua subsidiariedade de conveniência a interesses políticos e econômicos.

Tal tendência é contraditória a legislação vigente bem como ao interesse público que deve priorizar as energias limpas como essenciais ao nosso desenvolvimento sustentável.

Para uma mudança significativa de estratégias de desenvolvimento sustentável, o Brasil deve incluir a sociedade civil, os três poderes, a classe empresarial, industrial e agrícola em seu planejamento bem como dispor as ferramentas necessárias para essa mudança, seja na ordem fiscal, subsídios, leis ambientais mais enfáticas, dentre diversas possibilidades.

Em busca dessa inclusão em prol do desenvolvimento sustentável faz-se necessário aprofundar a relação de cidadania dos envolvidos nos termos de seus direitos fundamentais com o poder público em sua política energética nacional, trazendo de forma mais clara a atuação do governo e o dispor de suas alternativas e ferramentas para alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A justiça, através do poder do judiciário por sua vez, também possui um enorme papel como defensora de nossa carta magna, de forma a assegurar a efetividade da preservação ambiental.

O Supremo Tribunal Federal, decidiu que a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável, quando presente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, está subordinada a uma condição inafastável, qual seja, a de que a observância do princípio em questão não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais, que é o direito à preservação do meio ambiente. Por outras palavras, na visão do STF, a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável não pode, em hipótese alguma, comprometer a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sinal claro de que, para a nossa suprema corte, a proteção do meio ambiente é o elemento central do desenvolvimento sustentável (MIRRÁ, 2016)

Dessa forma, o desenvolvimento sustentável é considerado um princípio de integração ambiental, e não de conciliação entre economia e meio ambiente, pressupondo, de forma igualitária, o crescimento econômico, com garantias de progresso material a toda sociedade.

2. INICIATIVA TOCANTINENSE

2.1 PROGRAMA PALMAS SOLAR

O município de Palmas é a capital do Tocantins, sua localização é privilegiada e liga a região Norte com as demais regiões do Brasil (ABREU, 2020). De acordo com Nogueira (2017), o município possui importante relevância regional, pois faz parte da Amazônia Legal.

A necessidade de sustentabilidade urbana tem proporcionado à população meios energéticos alternativos, trazendo economia e métodos de preservação ambiental, conforme a Aneel (2015), cerca de 77% da energia produzida no Brasil é advinda de usinas hidrelétricas. Dessa forma, o Brasil está incluído no rol das nações com mais potência em energia solar, incidindo no percentual de 1500-2500 kWh/m² (PEREIRA et al, 2017).

Conforme Silva (2019),

De forma resumida, a origem da energia solar deu-se em 1839, após a pesquisa do físico francês Alexandre Edmond Becquerel, que descobriu o efeito fotovoltaico, e com a criação da primeira célula fotovoltaica em 1883, por Charles Fritts. Após uma série de acontecimentos – inclusive um prêmio Nobel para Einstein –, deu-se início à era moderna da energia solar, em 1954, após a elaboração do processo de dopagem de silício por Calvin Fuller e a criação da célula solar moderna por Russell Shoemaker Ohl. A energia solar, próxima ao que conhecemos hoje, surgiu em 1954 por Russell Shoemaker Ohl, junto ao anúncio da primeira célula fotovoltaica durante uma reunião da National Academy of Sciences, após a descoberta do efeito fotovoltaico e dando início à utilização dos painéis solares em 1958. Russell Ohl foi quem inventou a primeira placa de silício e também foi o primeiro a patentear o sistema fotovoltaico moderno, mais ou menos como conhecemos hoje. No entanto, seu êxito só foi possível graças ao trabalho de Calvin Fuller, Gerald Pearson e Daryl Chapin, cientistas do laboratório Bell Labs. Fuller foi o químico que desenvolveu, pela primeira vez, o processo de dopagem do silício. Pearson, então, estabilizou as placas de silício a partir de reações químicas produzidas pelo contato de uma junção P-N ou diodo com as placas mergulhadas em lítio, podendo observar um comportamento fotovoltaico nas placas analisadas. Nesse mesmo momento, Chapin procurava uma fonte de energia alternativa para as baterias usadas em redes telefônicas remotas. Fuller e Pearson entraram em contato com o físico e, em 1955, células de silício foram usadas pela primeira vez como fonte de alimentação de uma rede telefônica na Geórgia, um estado dos Estados Unidos. Além disso, Charles Fritts, um inventor de Nova York, originou a primeira célula fotovoltaica produzida por selênio revestido de ouro. Este marco da tecnologia fotovoltaica data o ano de 1883, quando foi possível gerar uma corrente contínua e constante para a conversão elétrica máxima de 1% (enquanto, atualmente, trabalha-se com 20% de eficiência). Mais adiante, os cientistas do Bell Laboratories foram os pioneiros na fabricação de células de silício

que possuíam 6% de conversão, sendo mais eficientes que as anteriores. Uma das primeiras utilizações de painéis solares ocorreu em 1958 no espaço, quando o satélite Vanguard I foi lançado, com o auxílio de um painel de 1 W para alimentar seu rádio na viagem. Além disso, foram construídas as primeiras instalações solares para casas, estabelecimentos e até mesmo para meios de transportes, como ônibus, navio e avião.

De acordo com Carlos (2018), o município de Palmas possui mais irradiação que a Alemanha, que é proveniente do aproveitamento solar e que pode ser transformada em energia elétrica. Essa energia é denominada como energia térmica, podendo ser relacionada ao aquecimento de água (GOMES, 2020).

Dessa forma, Haller (2021, p. 3) explica que:

Há anos, assistimos ao mundo em busca de alternativas de energias renováveis e formas de diminuir o impacto no meio ambiente, mas muito ainda precisa ser feito para que as metas ideais sejam alcançadas. Desde a década de 70, com a crise do petróleo, fonte não renovável e esgotável de energia, cresceram as pesquisas no setor de energia renovável, como a eólica e solar. Além disso, acidentes nucleares, como o de Chernobyl, fizeram a Alemanha repensar em outras fontes de eletricidade. No fim dos anos 80, a energia fotovoltaica foi intensamente estudada por países como Alemanha, EUA e Japão, mas essa forma de produção ainda era consideravelmente cara. No entanto, como meio de impulsionar as mudanças no sistema de energia, esses países começaram a investir em subsídios governamentais, aumentando a possibilidade de investimento para os meios renováveis e, conseqüentemente, acelerando o crescimento no setor. [...] Hoje em dia, a Alemanha disponibiliza subsídios federais e estaduais para a instalação de sistemas fotovoltaicos em residências privadas e para empresas. Esses incentivos podem variar desde tarifas de alimentação de energia, onde o preço por kWh se mantém o mesmo pelo período de 20 anos, até empréstimos com juros baixos, além de subsídios para as empresas fornecedoras de energia. Dentre os programas de incentivo, nem todos estão disponíveis para pessoas físicas ou jurídicas, é necessário analisar qual oferta de subsídio se encaixa melhor para determinado projeto. Com o fechamento gradual das usinas nucleares e a redução do consumo de energia fóssil, as fontes renováveis se tornaram um dos principais meios de produção de

energia do país. Segundo o Fraunhofer, maior instituto de pesquisa de energia solar da Europa, a Alemanha tem quase 2 milhões de instalações solares que fornecem cerca de 10% da eletricidade produzida no país. A partir de 2018, o mercado solar começa a se recuperar do colapso vivido pelo setor nos anos anteriores e, em 2020, aumentou a capacidade dos sistemas fotovoltaicos. O crescimento do uso dessa energia renovável impediu que quase 30 milhões de toneladas de dióxido de carbono poluissem o meio ambiente, apenas em 2019, segundo dados divulgados pelo Ministério Federal de Assuntos Econômicos e Energia da Alemanha.

Em se tratando disso, o município de Palmas instituiu um programa denominado Palmas Solar, criado através da Lei Complementar nº 327 de 24 de novembro de 2015 (BRASIL, 2017), que posteriormente foi regulado pelo Decreto Municipal nº 1.220 de 28 de março de 2016, sendo que o mesmo decreto foi revogado pelo Decreto Municipal 1.506, em 18 de dezembro de 2017 (BRASIL, 2017).

Ao aderir ao Programa Palmas Solar, os usuários recebem alguns benefícios fiscais da prefeitura, sendo que o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), Imposto de Transferência de Bens Imóveis (ITBI) e Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) podem chegar à 80% de desconto. Entretanto há algumas regras a serem respeitadas. Dessa forma, o prazo do incentivo do IPTU é restringido a 5 anos. Em se tratando do ITBI, ao incentivo fiscal só poderá ocorrer na primeira transferência do imóvel. Já para o ISSQN, o imóvel precisa se enquadrar nos moldes do art. 5º do Decreto 1.506.

Quanto a cumulação de incentivos, a modalidade enquadra o IPTU e o ITBI, nos casos das edificações possuírem sistema de energia solar e aquecimento de água, entretanto, a somatória de referidos benefícios não pode ultrapassar o percentual de 80%.

2.2. LEI ORDINÁRIA Nº 13.400/2022

A Lei Ordinária nº 13.400/2022 deu-se através do Projeto de Lei nº 5.829/2019, e teve como autor o Deputado Silas Câmara. Referido projeto foi considerado um marco legal para a energia solar, e objetivava garantir legalmente o direito do consumidor no que se refere à geração de sua própria energia elétrica de maneira sustentável. Anteriormente ao projeto, a regulamentação se dava através da Normativa RN nº482/12.

De acordo com Solar (2021, p.11)

O Projeto de Lei 5829/19 estabelece uma transição para a cobrança de encargos e tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição aos micro e mini geradores de energia elétrica. De autoria do deputado Silas Câmara, o PL foi aprovado na Câmara de

Deputados no último dia 18 de agosto, de onde seguiu para aprovação do Senado. A expectativa é de que a nova lei – que confere maior segurança jurídica e regulatória para os investimentos em energia renovável -, esteja vigorando no Brasil ainda em 2021. A aprovação, que contou com 476 votos a favor e três votos contra, teve como foco o marco legal da geração distribuída e traz consigo algumas mudanças e pontos relevantes. Em resumo, trata-se de uma modalidade que permite aos consumidores produzirem a sua própria energia por meio de fontes renováveis (solar fotovoltaica, eólica, centrais hidrelétricas e queima de biomassa) e os classifica em micro geradores [...]. Além dos geradores já existentes, a regra também se aplicará aos consumidores que vierem a pedir acesso à distribuidora em até 12 meses da publicação da futura lei, pelo Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE). [...] Resgatando o potencial de geração de emprego (mais de 140 mil postos de trabalho) e arrecadação tributária (na ordem de R\$ 6 bilhões) dos micro e mini geradores em quase uma década, o delator da PL 5829/19, deputado Lafayette de Andrada (Republicanos-MG) via como urgente a necessidade de criação de um marco legal da minigeração e microgeração distribuída no Brasil. Além de estender a regra dos geradores atuais àqueles que solicitarem acesso nos 12 meses posteriores à aprovação da nova lei, está prevista no projeto uma transição de sete a nove anos no pagamento dos encargos de distribuição para aqueles que começarem a geração após os 12 meses da nova lei. [...] Em resumo, o texto aprovado prevê 25 anos (até 2045) de manutenção do atual regime de compensação de energia aos projetos existentes ou solicitados em até 12 meses após sua aprovação e uma regra de transição que compatibiliza os investimentos já realizados; sendo assim, somente em 2029 serão cobrados todos os encargos definidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)

A partir do Projeto de Lei, em 07 de janeiro do ano de 2022, foi publicada a Lei nº 14.300, instituindo o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o SCEE (Sistema de Compensação de Energia Elétrica) e o PERS (Programa de Energia Renovável Social).

A nova lei traz regras aplicadas ao mercado de geração distribuída, o qual tem sua regulamentação através da RN nº482/12 da ANEEL. Nesse sentido, há a expectativa do exame da RN 482, previsto na Agenda Regulatória 2022-2023 da ANEEL.

De acordo com Tauil, Chequer advogados associados a Mayer Brown (2022), as principais disposições da Lei 14.300/2022 são:

[...] **Limites da potência instalada da minigeração distribuída:** Foram estabelecidos limites de potência instalada distintos para minigeração distribuída com fontes despacháveis e não despacháveis;

[...] **Fontes despacháveis:** São consideradas fontes despacháveis a hidrelétrica, cogeração qualificada, biomassa, biogás e fotovoltaica, com baterias com capacidade de armazenamento de, no mínimo, 20% da capacidade de geração mensal da central geradora que possam ser despachadas local ou remotamente

[...] **Novos institutos jurídicos de reunião de consumidores na geração compartilhada:** A Lei inovou ao convencionar que, além dos consórcios e cooperativas já consagrados na REN 482, poderá haver também a reunião de consumidores por meio de condomínio civil voluntário e edilício (Arts. 1.314 e 1.331 do Código Civil) ou qualquer espécie de associação civil, composta por pessoas físicas ou jurídicas, desde que sejam instituídas especificamente para geração compartilhada e que todas suas unidades consumidoras sejam atendidas pela mesma distribuidora

[...] **Direito adquirido e período de transição:** Um dos pontos centrais da Lei, debatido intensamente desde a tramitação do PL nº 5.289/2019, é o direito adquirido – sobretudo das unidades consumidoras já participantes do SCEE – e os períodos de transição da Lei.

[...] **Novo regime tarifário das unidades consumidoras participantes do SCEE:** Concluído o período de transição, as unidades consumidoras participantes do SCEE serão faturadas pela incidência, sobre a energia elétrica ativa consumida da rede de distribuição e sobre o uso ou demanda, das componentes tarifárias não associadas ao custo da energia elétrica e todos os benefícios ao sistema elétrico propiciados pelos sistemas de GD serão abatidos

[...] **Apresentação da garantia de fiel cumprimento:** Os interessados em instalar novos sistemas de minigeração distribuída deverão apresentar garantia de fiel cumprimento, com vigência de até 30 dias após a conexão ao sistema de distribuição, nos seguintes montantes: (i) 2,5% do investimento para mini GD com potência

instalada maior que 0,5 MW e menor que 1 MW; e (ii) 5% do investimento para mini GD com potência instalada maior ou igual a 1 MW.

[...] **Impossibilidade de comercializar parecer de acesso e transferir titularidade da unidade consumidora:** A Lei veda expressamente (i) a comercialização de pareceres de acesso; e (ii) a transferência da titularidade ou do controle societário do titular da unidade consumidora com GD indicado no parecer de acesso antes da solicitação de vistoria do ponto de conexão para a distribuidora.

[...] **Exposição contratual involuntária das distribuidoras:** A sobrecontratação de energia elétrica das distribuidoras, em razão da adesão dos consumidores com sistemas de GD ao SCEE, será considerada como exposição contratual involuntária, definida como o não atendimento à totalidade do mercado de energia das distribuidoras

[...] **Contratação de serviços ancilares de geração distribuída:** As distribuidoras poderão contratar a prestação de serviços ancilares por parte dos micro e minigeradores distribuídos, de fontes despacháveis ou não, os quais serão remunerados segundo regulamentação da ANEEL.

[...] **Não incidência das bandeiras tarifárias sobre os excedentes:** As bandeiras tarifárias, que exercem a função de indicadores dos custos atuais de geração ao consumidor por meio da tarifa, incidirão apenas sobre o consumo de energia elétrica ativa a ser faturado, e não sobre a energia excedente que foi compensada

[...] **Chamadas públicas de comercialização de excedentes:** A Lei também inovou ao prever que as distribuidoras poderão realizar chamadas públicas com vistas ao credenciamento de interessados em comercializar, nas suas áreas de concessão, os excedentes de energia elétrica oriundos dos sistemas de GD para a posterior compra de tais excedentes

[...] **Grupo B optante:** As unidades consumidoras do Grupo A com GD local, cuja potência nominal dos transformadores seja igual ou inferior a 1,5 do limite permitido para ligação de consumidores do Grupo B, poderão optar por faturamento idêntico às unidades conectadas em baixa tensão

[...] **Instalações de iluminação pública no SCEE:** A rede pública municipal de iluminação poderá ser participante do SCEE

[...] **Definição de diretrizes, custos e benefícios da geração distribuída:** Em até 6 meses após a publicação da Lei, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE deverá estabelecer diretrizes para valoração dos custos e benefícios da geração distribuída

[...] **Criação do Programa de Energia Renovável Social:** Visando à democratização do acesso às energias renováveis, a Lei instituiu o PERS, o qual promoverá investimentos na instalação de sistemas de fontes renováveis em benefício dos consumidores da subclasse residencial de baixa renda.

Além disso, conforme Cartilha disponibilizada pela Organização de Cooperativas Brasileiras (OCB), desenvolvida em parceria com a Confederação Alemã das Cooperativas (DGRV), destacou outros pontos importantes da referida lei.

O primeiro ponto destacado pela Cartilha foi a manutenção dos benefícios atuais, onde “as atuais unidades consumidoras e aquelas que protocolarem solicitação de acesso até o dia 06/01/2023, ficam dispensadas de pagar as seguintes componentes até 2045: custos de geração de energia, transmissão, encargos setoriais, impostos e perdas (OCB, 2022, p. 1)

A Cartilha também menciona, como destaque, a transição para a redução de subsídios:

“em projetos que protocolarem solicitação de acesso na distribuição após 06/01/2023, os consumidores arcarão progressivamente com as componentes de custos de transmissão, distribuição e perdas na conta de energia na proporção de 15% a partir de 2023, 30% a partir de 2024, 45% a partir de 2025, 60% a partir de 2026, 75% a partir de 2027, 90% a partir de 2028, 100% a partir de 2029. (OCB, 2022, p. 1)

Sendo assim, vale destacar que este prazo para solicitação traz o benefício para quem investir e solicitar o acesso somente até 2023, lembrando que as exigências para essa solicitação possuem variações de companhia para companhia elétrica, porém regulamentadas nas disposições da agência reguladora supramencionada (ANEEL), em suas diretrizes nacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral dessa pesquisa foi analisar a história das matrizes energéticas e da legislação brasileira sobre o tema e sobre a sustentabilidade das matrizes energéticas

brasileiras, e por fim, destacar a Lei nº 14.300 de 06 de janeiro de 2022, que institui o Sistema de Compensação de Energia Elétrica, e a Lei Complementar nº 327, de 24 de novembro de 2015, que cria o Programa Palmas Solar e o Decreto nº 1506 de 18 de dezembro de 2017, que regulamenta referida lei.

A Constituição Federal de 1988 garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações futuras e as fontes de energias renováveis garantem o cumprimento desse princípio constitucional, e garante geração de energia necessária para atendimento das demandas sociais.

Considerando que o Brasil possui níveis altos de irradiação solar, a utilização de fonte solar para gerar energia elétrica deve ser mais relevante do que já é, e a exemplo do Programa Palmas Solar, e com a força da Lei nº 14.300/2022, pôde-se extrair que a mesma manteve o incentivo ao desenvolvimento da geração distribuída, de forma que pudessem ser incluídos diversos mecanismos para que haja equilíbrio no que tange à distribuição dos custos, trazendo o senso de justiça e sustentabilidade, mesmo que seja em longo prazo.

Em se tratando de aspectos regulatórios, os benefícios não impactarão de forma negativa economicamente os consumidores que realizam a Geração Distribuída, demonstrando, dessa forma, que existem muitas vantagens na utilização de energias renováveis, principalmente no que se refere ao meio ambiente, à sociedade e à economia.

REFERÊNCIAS

ABREU, F. B.; SILVA K. L. F. **Uma análise do Parque Cesamar, em Palmas (TO) sob o viés da biofilia: compreendendo o seu estado da arte e sua aplicação no planejamento das cidades biofílicas**. Revista Brasileira de Ecoturismo, v.12, n.5, pp.772-803, São Paulo

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. **Resolução Normativa**

nº 482/2012 de 17 de abril de 2012. 2012. Disponível em www.aneel.gov.br. Acesso 03 Mar. 2020.

_____. Resolução nº 687, de 24 de Novembro de 2015. Altera a Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012, e os Módulos 1 e 3 dos Procedimentos de Distribuição – PRODIST. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 nov. 2015. Seção 1. Disponível em:

http://www.bioenergiaengenharia.com.br/RESOLUCAO%20NORMATIVA%20REN%20687_2015.pdf

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >

_____. Ministério de Minas e Energia. (2007). **Resenha Energética Brasileira: resultados preliminares de 2007**. Disponível em: <http://www.mme.gov.br>.

_____. Empresa de Pesquisa Energética. **Plano nacional de energia 2030**. Ministério de Minas e Energia. Brasília. MME: EPE, 2007.

_____. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. **Plano nacional de energia 2030**.

_____. MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Plano Nacional de Eficiência Energética**. Brasília, 2011.

_____. **LEI Nº 10.295, DE 17 DE OUTUBRO DE 2001**. 2001a. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10295.htm

_____. **LEI Nº 14.300 DE 6 DE JANEIRO DE 2022. Institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída**. Disponível em <https://in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.300-de-6-de-janeiro-de-2022-372467821>

_____. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.152-2, DE 1 DE JUNHO DE 2001. 2001b.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2152-2.htm>.

BUARQUE, Sérgio C. **Construindo o desenvolvimento local sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

CARLOS, I. Q. de C.; BRITO, B. H.; BITTENCOURT, F. T. Impacto da Lei Palmas Solar na análise financeira da microgeração fotovoltaica em Palmas – TO. In: VII Congresso de Energia Solar – Gramado, 17 a 20 de Abril de 2018.

CERETTA, P.; SARI, J.; CERETTA, F. **Relação entre Emissões de CO2, Crescimento Econômico e Energia Renovável. Desenvolvimento em Questão**, v. 18, n. 50, p. 268-286, 2 jan. 2020.

GELLER, H., R. SCHAEFFER, A. SZKLO, M. TOLMASQUIM, 2005, **Policies for**

Advancing Energy Efficiency and Renewable Energy Use in Brazil. In: *Energy Policy*, 32, 1437-1450.

GOLDEMBERG, J./ VILLANUEVA, L. P. **Energia, Meio Ambiente & Desenvolvimento**. São Paulo: Edusp, 2003.

GOMES, W. M. B.; ALEIXO, J. A. **Potencialidades e desafios das energias renováveis para o desenvolvimento sustentável: análise do programa de certificação de energia**

renovável no Brasil. Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental, v. 9, n. 2, p. 545-565, Florianópolis, 2020.

HALLER, D. Como a Alemanha se tornou um dos maiores produtores de energia solar? Canal Solar. 2021. Disponível em: < <https://canalsolar.com.br/alemanha-um-dos-maiores-produtores-deenergia-solar-do-mundo/>>.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (MME). **Resenha Energética Brasileira EXERCÍCIO DE 2018.** Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/36208/948169/Resenha+Energ%C3%A9tica+Brasileira+-+edi%C3%A7%C3%A3o+2019+v3.pdf/92ed2633e412-d064-6ae1eefac950168b>.

MIRANDA, M. P. Meio ambiente e avaliação de impactos ao patrimônio cultural. Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-14/ambiente-juridico-meio-ambiente-avaliacao-impactos-patrimonio-cultural>.

MIRRA, Á. L. Desenvolvimento sustentável e sua expressão jurídica. Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>

NOGUEIRA, M. J. **O processo de Regularização Fundiária na periferia de Palmas – TO: o caso dos setores Santo Amaro I, II e Lago Norte.** 2017. 125 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Federal do Tocantins, Porto Nacional, 2017.

OCB. Organização de Cooperativas Brasileiras. Principais dispositivos da Lei 14.300/2022 Marco Legal da Micro e Mini Geração Distribuída (GD). 2022. Disponível em: <https://www.somoscooperativismo.coop.br/publicacao/93/marco-legal-da-micro-e-mini-geracao-distribuida>

OLIVEIRA, B. B., CUNHA, B. P., & MARTINS, S. A Aplicação De Tecnologias Limpas Para O Desenvolvimento Urbano Sustentável Através Da Implantação De Energia Fotovoltaica. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1373/743>

PALMAS. Prefeitura Municipal de Palmas. **Decreto Municipal Nº 1.506, 18 de dezembro de 2017. Dá nova regulamentação à Lei Complementar nº 327, de 24 de novembro de 2015, para dispor sobre o fluxo processual e critérios objetivos para a aplicação dos quesitos de obrigatoriedade e incentivos estabelecidos para o Programa Palmas Solar, e revoga o Decreto 1.220, de 28 de março de 2016.** Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=353906>.

PALMAS. Prefeitura Municipal de Palmas. **Lei Complementar Nº 327, 24 de novembro 2015. Cria o Programa Palmas Solar para estabelecer incentivos ao desenvolvimento**

tecnológico, ao uso e a instalação de sistemas de conversão e/ou aproveitamento de energia solar no município de Palmas, e adota outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=338209>.

PEREIRA, E. B. MARTINS, F. R. ABREU, S. L. RÜTHER, R. Atlas brasileiro de energia solar (ABES). 2ª ed. São Jose dos Campos: INPE, 2017. Disponível em: http://labren.ccst.inpe.br/atlas_2017-es.html

PROLO, Caroline Dihl, Legislação e papel das energias renováveis no Brasil. Disponível em <https://www.senge-sc.org.br/legislacao-e-papel-das-energias-renovaveis-no-brasil/>

REIS, L. B. (2005). **Energia, recursos naturais e a prática do desenvolvimento sustentável.** Editora Manole. Barueri. São Paulo.

SATTERTHWAITE, David. **Como as cidades podem contribuir para o Desenvolvimento Sustentável.** In: MENEGAT, Rualdo e ALMEIDA, Gerson (org.). Desenvolvimento Sustentável e Gestão Ambiental nas Cidades, Estratégias a partir de Porto Alegre. Porto Alegre: UFRGS Editora, pp. 129-167, 2004.

SILVA, A. H. História e Origem da Energia Solar. Portal Solar. São Paulo, Brasil. Disponível em <https://www.portalsolar.com.br/blog-solar/energia-solar/historia-origem-da-energia-solar.html>.

TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS ASSOCIADO A MAYER BROWN | Informativo Energia Elétrica. Ano 8. Nº 63. Disponível em: <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2022/01/informativo-do-setor-eletrico--lei-n-14300-de-2022--marco-legal-da-gd.pdf>

TOLMASQUIM, Mauricio. **Plano Nacional de energia 2030.** Conselho Nacional de Política Energética-CNPE, Brasília, Brazil, accessed, v. 1, n. 10, 2007.

PRIVACIDADE DIGITAL ENTRE EMPRESA E CLIENTE: ANÁLISE JURÍDICA

EDINEUDA ALVES DIAS:

Bacharelada do curso de Direito na Universidade UNIRG. Gurupi/TO⁶⁸.

SILVA, FÁBIO ARAÚJO SILVA⁶⁹

(orientador)

RESUMO: A tecnologia impactou não apenas a sociedade, mas também o mercado de trabalho. A título de exemplo, é fato que o uso das redes sociais no ambiente de trabalho vem acarretando inúmeras situações tanto para o empregador quanto para o empregado, seja de forma positiva ou negativa. Ou ainda, o uso de aparatos digitais também afeta a relação entre empresas e clientes no e-commerce. Diante dessa nova realidade, o presente estudo teve como finalidade inicial discorrer o impacto que a tecnologia possui nas relações de emprego e de comércio. Para delimitar essa questão, focou-se no aspecto envolvendo um dos principais princípios constitucionais: a privacidade. Sendo assim, essa pesquisa teve como objetivo central analisar a privacidade digital em face da relação entre empresas e clientes. Para melhor entendimento desse assunto, se faz necessário expor o posicionamento jurisprudencial, apresentando julgados brasileiros que já atendem a demanda sobre essa matéria. A metodologia empregada neste estudo é método de interpretação dialético, com uma abordagem pelo método dedutivo, uma vez que esse tema ainda não possui grande abrangência doutrinária no Brasil. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. Nos resultados encontrou-se que quando além das informações internas, a empresa apresenta a necessidade de gerir ao mesmo tempo os dados pessoais dos clientes, esse cuidado na segurança precisa ser redobrado. Em contrapartida, para que os clientes saibam escolher e o façam com consciência, é essencial que eles conheçam os termos de uso, bem como as melhores práticas de segurança da informação.

Palavras-chave: Privacidade. Empresa. Cliente. Meios digitais.

ABSTRACT: Technology has impacted not only society, but also the job market. As an example, it is a fact that the use of social networks in the work environment has caused numerous situations for both the employer and the employee, whether positively or negatively. Or, the use of digital devices also affects the relationship between companies and customers in e-commerce. Faced with this new reality, the present study had as its

68 E-mail: edineudaaves@gmail.com

69 Advogado e docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

initial purpose to discuss the impact that technology has on employment and trade relations. To delimit this issue, it focused on the aspect involving one of the main constitutional principles: privacy. Therefore, this research aimed to analyze digital privacy in the face of the relationship between companies and customers. For a better understanding of this subject, it is necessary to expose the jurisprudential position, presenting Brazilian judgments that already meet the demand on this matter. The methodology used in this study is a dialectical method of interpretation, with an approach by the deductive method, since this topic still does not have great doctrinal coverage in Brazil. The research technique used was bibliographic. In the results, it was found that when, in addition to internal information, the company has the need to manage customer personal data at the same time, this security care needs to be redoubled. On the other hand, for customers to know how to choose and do so with conscience, it is essential that they know the terms of use, as well as the best information security practices.

Keywords: Privacy. Company. Client. Digital media.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito a privacidade: aspectos gerais. 3. A privacidade digital. 4. A privacidade digital entre empresa e cliente. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos surgidos nas últimas décadas impactaram de forma significativa a sociedade e a área do comércio. A expansão das redes sociais, da tecnologia, da informação, e da inteligência artificial, dentre outros ramos, fizeram com que a sociedade modificasse a forma de se comunicar e de socialização.

Apesar de toda a importância que esses avanços trouxeram ao mundo moderno, com a facilidade de comunicação e transações comerciais, ainda ocasionou inúmeros problemas, dentre os quais a facilidade em apresentar acesso a informações privadas de indivíduos e a transferências de dados sigilosos dentre terceiros.

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo apresentar uma análise jurídica a respeito da privacidade digital e sua constante fragilidade diante da possibilidade de ser violentada e desrespeitada. Para melhor compreensão desse tema, busca-se desenvolver o mesmo, tendo como base as relações de consumo, entre empresas e clientes.

No decorrer da análise desse tema procura-se, responder a seguinte indagação: quais os limites das empresas no que tange ao acesso dos dados dos clientes?

Corrales (2021) ressalta que é necessário que empresas tenham cada vez mais, urgência em preservar os dados pessoais de seus clientes, e não fazerem uso deles para benefícios próprios, uma vez que tal evento sobrevenha fere diretamente ao princípio constitucional da privacidade.

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os meses de março e abril de 2022.

2. O DIREITO A PRIVACIDADE: ASPECTOS GERAIS

Ao introduzir-se, no respectivo assunto deste estudo, se faz necessário destacar algumas linhas gerais sobre a privacidade. Primeiramente é preciso entender que a privacidade é acima de tudo, um princípio constitucional. Está elencado no art. 5º, inciso X que em seu texto afirma que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, podendo ser indenizáveis pelo dano moral ou material quando ocorrer uma violação a esses direitos (BRASIL, 1988).

Além do texto constitucional, no texto civilista brasileiro de 2002 em seu art. 21 normatiza que a vida privada de um indivíduo é inviolável, e o juiz, a pedido do interessado, deve aplicar medidas para impedir ou sanar ato contrário a essa ação (BRASIL, 2002).

Conceitualmente, Hirata (2017, p. 12) afirma que o “direito ao respeito da vida privada consiste no direito que cada pessoa tem de assegurar a paz, a tranquilidade de uma face de sua vida. Trata-se da parte que não está consagrada a uma atividade pública”.

Dworkin (2003 *apud* PEIXOTO; JÚNIOR, 2020) ensina que a privacidade pode ser a) territorial, quando é legítimo que se faça o que se deseja num espaço demarcado; b) pode ser uma questão de confidencialidade, quando por exemplo, as pessoas podem manter suas convicções políticas na esfera privada; por último, c) a privacidade também significa soberania quanto a decisões pessoais. A privacidade, assim, manifesta-se de várias maneiras, a depender do contexto, fazendo-se representar em uma ou mais dimensões, simultaneamente, inclusive.

Uma invasão da privacidade pode se constituir como uma ofensa intrínseca contra a dignidade individual. Intrínseca porque causa dano independentemente das consequências circunstanciais advindas da conduta danosa (PEIXOTO; JÚNIOR, 2020).

Ao se atribuir a característica de “privado” a uma certa coisa, a um determinado assunto, quer se dizer que há uma restrição onde alguém tem um nível de acesso mais profundo que outra pessoa. Há uma relação desigual aqui: uma pessoa tem mais acesso que outra, tendo o poder de restringir, de controlar esse acesso. Essa é a chave para o

entendimento da privacidade, já que carrega o significado de proteção contra o acesso indesejado à coisa por terceiros (PINHEIRO; BONNA, 2020).

A privacidade pode ser violada não somente por comentários negativos, objeções e olhares indesejados, mas também pela interferência positiva, inclusive pela aprovação. Se alguém faz comentários sobre a roupa de outrem, ou um elogio inoportuno, por mais que seja um ato positivo, será uma interferência no modo de agir daquela pessoa (PEIXOTO; JÚNIOR, 2020).

Portanto, entende-se que a privacidade de alguém é algo particular, que faz parte da sua personalidade. É o direito de ter a sua vida segura contra qualquer interesse, tanto do Estado quanto de terceiros. Nesse espectro, pode-se citar a imagem, a intimidade, os dados e informações pessoais, dentre outros (HIRATA, 2017).

A privacidade enfrenta um desafio atual, que é se reinventar numa sociedade da informação, numa nova revolução tecnológica construída nas bases da anterior. Toda estrutura de fluxo de informação construída nas décadas anteriores serve de suporte para esta nova fase do desenvolvimento tecnológico. *Big data*, internet das coisas e vigilância são termos cada dia mais comuns e levam às grandes preocupações com a privacidade. A respeito disso, apresenta-se o tópico seguinte.

3. A PRIVACIDADE DIGITAL

O mundo contemporâneo está totalmente voltado pelos avanços tecnológicos. Por essa razão, a privacidade dos cidadãos estão constantemente sendo colocadas em “cheque”, ou seja, é possível verificar violações da privacidade dos indivíduos de várias formas.

Com o surgimento das redes sociais fez com que se mudasse a forma de interação e socialização dos indivíduos. Exemplos de ferramentas como Facebook, MySpace, Twitter, Instagram, WhatsApp, entre outros, trouxe em voga o poder que esses meios podem realizar ao distribuir e expor informações dos seus usuários (CONSALTER, 2017).

Apesar de trazer benefícios, o uso dessas ferramentas também ocasionou espaço para o empreendimento de crimes. Tavares (2013, p. 14) explica que o uso “constante da internet, que se desenvolve a cada ano, abriu portas para que outros delitos pudessem ser realizados”.

Como bem ressalta Bittencourt (2017, p. 12), de um lado a tecnologia trouxe “aos seus usuários uma maior liberdade e igualdade individual, em contrapartida tirou-lhes a habilidade de distinguir as pessoas com as quais se relacionam virtualmente, não sabendo exatamente se está lidando com um criminoso ou não”.

Outra tensão diz respeito ao constante e aparentemente insuperável risco de invasão e intromissão na sociedade da informação. Com efeito, o compartilhamento online de informações pessoais dificilmente é considerado seguro, mesmo que a tecnologia da informação o anuncie e mesmo que haja vultuoso investimento em criptografia digital. É como se houvesse uma propensão tecnológica à divulgação e ao acesso, em detrimento da proteção e privacidade (PINHEIRO, BONNA, 2020).

Outro ponto marcante da sociedade da informação que tenciona a privacidade é que, quanto mais o setor público e o setor privado se tornam dependentes das tecnologias da informação, mais sujeitos estarão a ataques de pessoas mal-intencionadas. Nesse afã de supervalorizar a tecnologia da informação, quanto mais um governo e uma sociedade dependem de sua rede de comunicação, maior sua exposição a ataques de hackers, crackers e de organizações criminosas, crescendo crimes cometidos em meio eletrônico. Nesse sentido, basta imaginar que um simples conserto de um computador ou celular em uma loja especializada pode permitir a intromissão em todos os vídeos, fotos e conversas daquela pessoa. Da mesma forma, caso uma rede social ou um e-mail fique disponível em um espaço digital a que outras pessoas tenham acesso, facilmente será possível acessar todas as conversas com clientes e diálogos privados, caracterizando uma maior vulnerabilidade de intromissão dada a maior dependência com tecnologias (PINHEIRO; BONNA, 2020).

De fato, no ciberespaço, a privacidade deixa de ser um direito e passa a ser uma commodity, já que “a informática possibilita não só acumular informações em quantidade ilimitada sobre a vida de cada indivíduo (suas condições físicas, mentais, econômicas ou suas opiniões religiosas e políticas), como também confrontar, agregar, rejeitar e comunicar as informações obtidas.” (TEIXEIRA; SABO; SABO, 2017, p. 620).

Os crimes, praticados nessas ferramentas, e assim também como os atentados nas ruas, por exemplo, resultam em danos ao erário público. São tantos prejuízos materiais, financeiros, sociais e estruturais, que a norma jurídica editou leis que regulassem essas ações, limitando a sua ação. Dentre as surgidas nas últimas décadas, menciona-se o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/14).

Fato é que a privacidade digital tem sido tema de inúmeros debates, uma vez que, é cada vez mais frequente encontrar os dados sigilosos de pessoas nas redes sociais ou em outras ferramentas tecnológicas. Ao abordar essa questão, cita-se:

[...] a privacidade nos sites de redes sociais pode ser prejudicada por vários fatores. Além dos os usuários divulgarem informações pessoais, os próprios sites podem não tomar as medidas adequadas para proteger a privacidade do usuário, sendo que terceiros frequentemente usam informações postadas em redes sociais para

uma variedade de propósitos (HIRATA, 2017, p. 15).

Uma das principais imagens que se tem a respeito dos crimes virtuais é em relação a “falsa” impunidade. Diz-se falsa porque mesmo que não sendo plenamente eficiente na prática, o Brasil dispõe de normas e de projetos de leis que tenham como objetivo punir e prevenir que novos atos delituosos sejam realizados no campo informático.

A principal lei que rege sobre o presente tema é a Lei nº. 12.737/2012 conhecida como a Lei Carolina Dieckmann. Essa lei surgiu em razão do fato de que a popularmente atriz Carolina Dieckmann sofreu ameaças de um cibercriminosos que detinha em seu arquivo (que foram hackeadas) suas fotos íntimas. Mesmo não cedendo às ameaças, as fotos acabaram por serem expostas a toda a rede. Diante da repercussão que esse caso tomou, o Congresso Nacional se movimentou até que fora criada a presente lei.

O objetivo da lei em comento é criminalizar a invasão de computadores, o “roubo” de senhas e arquivos, além da exposição de fotos e vídeos íntimos dos usuários. Nestas situações a penalidade prevista é de 03 meses a 01 ano, conforme regula o caput do art. 154-A:

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

Pena - detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, e multa.

(BRASIL, 2012)

O que se percebe neste artigo acima citado é a tutela da privacidade e da intimidade, bens tão valiosos ao ser humano, como também a proteção de dados particulares do proprietário deste dispositivo. Cabe lembrar que na respectiva lei, “prevê que o dono de seus próprios dados deva colocar meios ou medidas que impeçam ou dificultem a invasão desses dados, gerando assim a sua proteção, para que assim, demonstre que esses arquivos não sejam de conhecimento público” (TAVARES, 2013, p. 40).

Ainda nessa lei, também é importante mencionar que ela trouxe penas para os casos onde há possibilidade de invasão, com o intuito de conseguir dados pessoais das vítimas. A sua normatização é decorrente da observância do princípio constitucional da privacidade. Sendo assim, visa esta norma a segurança de dispositivos eletrônicos, como o Smartphone, por exemplo.

Art. 154-A [...]

§2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§4º Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão à terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

(BRASIL, 2012)

Pela lei em destaque, nota-se que ela é muito clara ao fazer entender a responsabilização do indivíduo que invadir, enganando as ferramentas de segurança, com o intuito de violar a intimidade digital de terceiro. Essa norma, portanto, é um importante instrumento normativo no combate aos crimes cibernéticos (BRASIL, 2012).

Além da supracitada lei, há de se mencionar a Lei nº 12.965/2014 que instituiu o Marco Civil da Internet. Assim como a lei anterior mencionada, essa também veio em decorrência do aumento de ataques a websites oficiais do governo, de empresas públicas e de contas privadas. Por essa situação, buscou-se por meio do Marco Civil da Internet a tutela da informação. Assim, no texto da presente norma encontra-se as garantias individuais dos internautas e os direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (BRASIL, 2014).

O Marco Civil da Internet trouxe a organização normativa sobre o uso da Internet no Brasil. Por essa lei visou assegurar uma maior segurança aos indivíduos diante da exposição de dados pessoais frente aos provedores de aplicações de internet. Apesar de benéfica, essa lei não chegou a atender a alta demanda de casos envolvendo a exposição inconveniente de dados.

De acordo com Silva (2020) o Marco Civil da Internet desde a sua promulgação fora debatido. Apesar das discordâncias em alguns pontos da norma, fato é que ela trouxe importantes benefícios aos provedores, que deixou para os usuários a total responsabilidade por aquilo que produzem e consomem, com exceção dos conteúdos expostos em redes sociais. Em caso de retirada, se o provedor não o fizer, responderá em várias esferas judiciais.

Por fim, no contexto mais atual, buscando penalizar essas ações, em 2018 foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). O foco central dessa norma

foi pelo fato de que diante da globalização e dos avanços tecnológicos, foi necessário que se instituísse uma lei que protegesse os dados privativos dos indivíduos.

Segundo Mendes; Doneda (2018) essa norma proporciona ao cidadão garantias em relação ao uso dos seus dados, a partir de princípios de direitos do titular de dados e de mecanismos de tutela idealizados, tanto para a proteção do cidadão, quanto para o mercado e setor público, para que os mesmos possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização.

A razão central para essa normativa se deu ainda pelo aumento do uso de dados principalmente no setor comercial, ou seja, quando empresas utilizam os dados de seus clientes (ou dos concorrentes) para fins diversos ao inicial. Sobre essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

4. A PRIVACIDADE DIGITAL ENTRE EMPRESA E CLIENTE

De acordo com Hirata (2017) o cenário atual no que tange ao comércio tem-se utilizado dos dados dos seus clientes para cometer diversos crimes. Segundo explana o aturo, através da denominada mineração de dados (*data mining*), ou prospecção de dados, as empresas são capazes de melhorar suas vendas e lucratividade. Com esses dados, as empresas podem delinear o comportamento online de clientes em potencial, atingindo seu público alvo facilmente. Pode-se definir a mineração de dados como o processo de explorar grandes quantidades de dados à procura de padrões consistentes.

O fato é, que é quase impossível impedir que os dados pessoais de cada indivíduo não sejam de alguma forma notório. A respeito disso, é importante citar as seguintes palavras:

Antes mesmo que começemos nosso dia, diversas organizações já sabem que estamos acordados. Eles conhecem nossos horários, nossa agenda e têm conhecimento de nossos gostos e inclinações. Por meio das nossas redes, expomos nossa privacidade a essa indústria digital. Sem nossa permissão, conhecem nossos segredos e traçam formas de manipular nosso comportamento. A tecnologia digital usa nossos dados para exercer poder sobre nossas escolhas. Para retomar o poder da nossa privacidade, precisamos proteger nossos dados (VÉLIZ, 2021, p. 10).

A proteção de dados pessoais, é tema com intenso desenvolvimento no Brasil nos últimos anos, em especial com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A importância fundamental dos dados pessoais em uma série de relações sociais e modelos de negócio, é a necessidade de transparência na sua utilização, a adaptação e adequação de empresas e organizações aos padrões de proteção de dados, a criação e

implementação de ferramentas que permitam ao cidadão exercer um controle efetivo, poder monitorar de forma completa o uso de seus dados e impeçam a sua utilização abusiva tornaram-se pauta prioritária (DONEDA, 2021).

Lopes (2021) acentua que independentemente da demanda de armazenamento de dados de clientes, as organizações têm um universo de dados institucionais que precisam ser salvaguardados. Contudo, quando além das informações internas, a empresa precisa gerir os dados pessoais dos clientes também, esse cuidado na segurança precisa ser redobrado.

Bioni (2021) ao analisar essa questão, entende-se que as empresas tomam decisões com base em informações coletadas por sistemas e aproveitam o que sabem dos usuários e clientes para melhorar os processos de comercialização. Mas muitas empresas têm tirado proveito dos dados de seus clientes para cometer variáveis crimes, sempre com o intuito de obter mais ganhos financeiros.

Frente a esse cenário, Garcia (2021) aponta que a privacidade digital é um conceito muito importante no marketing. Recentemente, o vazamento de dados pessoais dos clientes colocou os holofotes na proteção de dados. Cada vez mais, os clientes prezam por sua privacidade e esperam que as empresas saibam respeitar esses limites.

Ao discorrer sobre os tipos de abordagens que podem configurar invasão de privacidade a um cliente Muhlbauer (2019) explica que as mensagens no WhatsApp são um dos meios mais agressivos de comunicação com o cliente. Embora elas ofereçam uma forma de comunicação rápida e direta, caso o cliente não seja o primeiro a entrar em contato, ele pode ter o sentimento que teve sua privacidade invadida. O mesmo é válido também para ligações e mensagens via SMS.

A jurisprudência brasileira já vem se posicionando no sentido de penalizar esses atos, conforme mostra o exemplo abaixo:

CIVIL. CDC. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TELEFÔNICO. FACEBOOK. FALHA: USURPAÇÃO DA LINHA TELEFÔNICA DO CONSUMIDOR (BLOQUEIO) E VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE, POR ACESSO AOS DADOS EXTRAÍDOS DE SUA REDE SOCIAL NO WHATSAPP, A PONTO DE PERMITIR O COMETIMENTO DE FRAUDES POR TERCEIROS, QUE SE FIZERAM PASSAR PELO CONSUMIDOR EM SUA PRÓPRIA REDE SOCIAL (ESTELIONATO CIBERNÉTICO). DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. II. Verifica-se pertinência subjetiva da empresa de telefonia com a presente demanda, na medida em que, ao menos em tese, sua conduta falha na prestação de serviço (ofensa ao dever de segurança - CDC, Art. 14,

§ 1º) pode ter contribuído significativamente para o bloqueio (e usurpação) da linha telefônica do consumidor **e consequente violação de privacidade por acesso aos dados da sua rede social no WHATSAPP**. VIII. Igualmente, inequívoca a falha da empresa FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA, uma vez usurpada a linha telefônica do consumidor e a sua intimidade, em função do acesso aos dados extraídos de sua rede social no WhatsApp (do Facebook), **a ponto de permitir o cometimento de fraudes por terceiros, que se fizeram passar pelo consumidor em sua própria rede social** (estelionato virtual). (Processo nº 07145105920208070016 - (0714510-59.2020.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). Terceira Turma Recursal. Relator: GILMAR TADEU SORIANO. Publicado no DJE: 21/01/2021).

De todo modo, como bem acentua Palhares (2021) as empresas necessitam designar estratégias de gestão, para que não ocorra situações de tal modo, que os dados de seus clientes sejam expostos ou utilizados para fins criminosos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um mundo cada vez mais globalizado, e com os avanços tecnológicos cada vez mais presentes na sociedade, as transações de informações e dados pessoais de indivíduos é uma medida recorrente e instantânea. É algo que o crescimento tem fugido do nosso controle, visto que, cadastro de indivíduos em base de banco de dados é prática usual entre empresas de todos os segmentos.

Ocorre que muito se averiguava que os dados entregues pelos clientes nas empresas, que tem como função principal o registro no sistema como forma de proteção, vinha sendo utilizado para outros fins, muitos deles criminosos.

Com base nessa situação e de outras, o ordenamento jurídico brasileiro promulgou a Lei nº 13.709/2018 denominada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que tem como enfoco principal impor os limites do uso e exposição de dados particulares.

Diante desse cenário, a escolha inicial para discussão do presente temático, se deu por entender que a sociedade atual de consumo, tem presenciado cada vez mais uma vulnerabilidade na preservação de sua privacidade, que nesse caso se remete às suas informações pessoais que estão disponibilizadas nos sistemas operacionais das empresas.

Uma vez que é quebrado o sigilo de um dado pessoal de um cliente, passa a existir para o Direito a obrigação de penalização do responsável, e a devida reparação.

Nos resultados, claro restou que quando além das informações internas, a empresa apresenta a necessidade de gerir ao mesmo tempo os dados pessoais dos clientes, esse

cuidado na segurança precisa ser redobrado. Essa estratégia de gestão de dados pode ser sustentada em três pilares centrais: ser transparente deixando claro o que é oferecido a partir dos dados que os clientes fornecem; solicitar dados razoáveis, ou seja, somente aqueles que realmente serão usados para o cliente utilizar um determinado serviço, e garantir a segurança da informação a cada cliente, trabalhando para que não seja possível mapear de quem são aqueles dados.

Em contrapartida, para que os clientes saibam escolher e o façam com consciência, é essencial que eles conheçam os termos de uso, bem como as melhores práticas de segurança da informação. Somente assim poderá ser vislumbrada uma segurança no cenário digital entre empresa e cliente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. 3º ed. Editora Forense, 2021.

BITTENCOURT, Rodolfo Pacheco Paula. **O anonimato, a liberdade, a publicidade e o direito eletrônico**. 2017. Disponível em: <<https://rodolfoppb.jusbrasil.com.br/artigos/371604693/o-anonimato-a-liberdade-a-publicidade-e-o-direito-eletronico>> Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 27 mar. 2022.

CHERRY, Denny. **Fundamentos da privacidade digital**. 1º ed. Editora: GEN LTC, 2014.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

CORRALES, Juan Andrés. **Conheça o cenário de privacidade digital no Brasil e como as marcas podem se adaptar a ele**. 2021. Disponível em: <<https://rockcontent.com/br/blog/privacidade-digital/>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3º Edição. Revista dos Tribunais, 2021.

GARCEA, Beatriz. **Privacidade digital: como respeitar os dados dos clientes**. 2021. Disponível em: <<https://brasil123.com.br/privacidade-digital/>>. Acesso em: 03 abr. 2022.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campi longo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Tomo:

Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

LOPES, Alan Moreira. **Direito Digital e LGPD na Prática**. 1º ed. Editora: Editora Rumo Jurídico, 2021.

MENDES, Laura Shertel; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 120/2018, p. 555 - 587. Nov. - Dez/2018.

MUHLBAUER, Larissa. **Privacidade digital: quais são os limites?** 2019. Disponível em: <<https://digitalks.com.br/artigos/privacidade-digital-quais-sao-os-limites/>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

PALHARES, Felipe. **Estudos sobre privacidade e proteção de dados**. 1º ed. Revista dos Tribunais, 2021.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. **Os desafios da compreensão do Direito à Privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias**. Ano 6 (2020), nº 2, 389-418.

PINHEIRO, Pátria Peck. **Proteção de Dados Pessoais**. 3º ed. Editora: Saraiva Jur, 2021.

PINHEIRO, Victor Sales; BONNA, Alexandre Pereira. **Sociedade da informação e direito à privacidade no Marco Civil da Internet: fundamentação filosófica do Estado de Direito**. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, 21(3), 365-394. 2020.

SANTOS, V. D.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos Acadêmicos**: Uma orientação para a pesquisa e normas técnicas. Porto Alegre/RS: AGE Ltda., 2006.

SILVA, Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento. **Crimes virtuais e o ordenamento jurídico Brasileiro: análise dogmática**. 1 ed. Editora: Clube dos Autores, 2020.

TAVARES, Vinícius Matias. **Estelionato Eletrônico e Necessidade de Tipificação Legal**. 2013. 58 f. Trabalho de conclusão de curso de Direito – Faculdade UNIRG, Gurupi – TO, 2013.

TEIXEIRA, T.; SABO, P.H.; SABO, I.C. **Whatsapp e a criptografia ponto-a-ponto: tendência jurídica e o conflito privacidade vs. interesse público**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 607 - 638, jul./dez. 2017.

VÉLIZ, Carissa. **Privacidade é poder**. 1º ed. Editora Contracorrente, 2021.

DIREITO À PRIVACIDADE E OS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

, 431.: Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis/SP.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, consagrou o Direito à Privacidade do cidadão, nele abrangidos sua intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurando, inclusive, indenização por qualquer dano moral ou material decorrentes de sua violação. Com o desenvolvimento da sociedade, a utilização dos dados pessoais teve um grande crescimento, tanto pelo setor público, quanto pelo privado. Entretanto, pode ser observado o aumento de fraudes e crimes virtuais, fazendo surgir a necessidade da criação de uma legislação capaz de garantir certa segurança jurídica e virtual. Deste modo, em síntese, o presente Trabalho de Conclusão de Curso buscará trazer uma análise ampla da Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos, tanto no ordenamento jurídico, quanto na sociedade, sob a perspectiva do Direito à Privacidade.

Palavras-chave: privacidade, LGPD, proteção de dados.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988, in its article 5, item X, established the Citizen's Right to Privacy, covering their intimacy, private life, honor and image, including assuring indemnity for any moral or material damage resulting from its violation. With the development of society, the use of personal data had a great growth, both in the public and in the private sector. However, an increase in fraud and cyber crimes can be observed, giving rise to the need to create legislation capable of guaranteeing a certain amount of legal and virtual security. Thus, in summary, this Course Conclusion Paper will seek to bring a broad analysis of the General Data Protection Law and its impacts, both in the legal system and in society, from the perspective of the Right to Privacy.

Keywords: privacy, LGPD, data protection.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRECEDENTES HISTÓRICOS. 1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1.2. Constituição Federal de 1988. 1.3. Legislações Pátrias. 1.4. Emenda Constitucional nº 115. 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. 2.1. Princípios. 2.1.1. Finalidade. 2.1.2. Adequação. 2.1.3. Necessidade. 2.1.4. Livre Acesso. 2.1.5. Qualidade dos Dados. 2.1.6. Transparência. 2.1.7. Segurança. 2.1.8. Prevenção. 2.1.9. Não Discriminação. 3. IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. 3.1. Responsabilidade Civil. 3.2. Das Penalidades. 3.3. Jurisprudência aplicada. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A hiperconexão é, sem dúvida, uma das principais características do mundo moderno. Tal fato se torna evidente quando analisada a intensidade com que a sociedade, não só brasileira, mas do mundo como um todo, vem experimentado os avanços tecnológicos e a globalização. Não esquecendo de citar, é claro, o isolamento social provocado pela pandemia do COVID-19 que acelerou as transformações digitais, criando novos comportamentos, hábitos e tendências.

Segundo dados obtidos pela Ebit/Nielsen, especialista em mensuração e análise do comércio eletrônico no país, a necessidade fez com que 7,3 milhões de brasileiros fizessem pela primeira vez compras online durante o primeiro semestre de 2020, e que o faturamento do e-commerce neste mesmo período de 2021 foi de R\$53,4 bilhões - crescimento de 31% (trinta e um por cento) em comparação ao ano anterior.

Em contrapartida, uma pesquisa da Febraban (Federação Brasileira de Bancos) mostra que 86% (oitenta e seis por cento) dos brasileiros entrevistados sentem medo de cair em algum tipo golpe ou de que suas informações pessoais sejam violadas; já os vazamentos de dados tiveram um aumento de 493% (quatrocentos e noventa e três por cento) em 2019 no Brasil, aponta a ACM (Association for Computing Machinery).

Ora, para uma sociedade que tem a dignidade da pessoa humana como pilar estrutural e a proteção da privacidade dos indivíduos como garantia fundamental, faz-se necessária uma análise mais profunda da tutela dada a referido direito, de modo a compreender os avanços legislativos, sendo o meio eficaz de promover segurança jurídica e efetivação das liberdades individuais.

O Brasil está sob um Estado Democrático de Direito, trazendo na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, a consagração do Direito à Privacidade, nele abrangidos a intimidade, vida privada, honra e imagem dos cidadãos, assegurando, inclusive, indenização por qualquer dano moral ou material decorrentes de uma possível violação. Proteger tal direito fundamental ao ser humano tem sido um dos maiores desafios do presente século.

Nesse âmbito, o presente artigo busca discutir os impactos trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados (nº 13.709/2018) ao direito constitucional à privacidade, e suas implicações aos hábitos e relações dos indivíduos, para tanto serão apresentados seus precedentes históricos, aspectos constitucionais e os instrumentos jurídicos pertinentes à sua defesa e efetivação. Assim, a abordagem aqui discutida surge da necessidade de levar a conhecimento da sociedade o tema, visto não haver cidadania sem privacidade.

1. PRECEDENTES HISTÓRICOS

Antes de adentrar ao estudo da Privacidade em seus aspectos mais práticos e atuais, é importante ressaltar que nem sempre ela se apresentou no ordenamento jurídico nacional da maneira como hoje é conhecida. Suas garantias, e até mesmo seus conceitos e perspectivas, evoluíram com a sociedade.

Para que haja uma maior compreensão dos significativos impactos promovidos pela Lei Geral de Proteção de Dados no atual sistema legal brasileiro, é imprescindível que um retrospecto seja feito acerca de seus precedentes históricos e jurídicos.

1.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

Como já exposto, nem sempre a Privacidade se apresentou como um direito fundamental. Foi na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em 1948, que a necessidade de se garantir legalmente o respeito pela intimidade surgiu pela primeira vez: "Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar."

No mesmo ano, a ONU (Organização das Nações Unidas) proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecendo em seu bojo de garantias o artigo 12 nos seguintes termos:

"Artigo 12º 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 a protecção da lei."

1.2. Constituição Federal de 1988

No âmbito nacional, o primeiro momento em que o Direito à Privacidade ganhou destaque legal foi somente na Constituição Federal de 1988, ao prever em seu artigo 5º, inciso X que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Tal proteção é tida como constitucionalmente garantida a todos, em virtude da universalidade dos direitos fundamentais, assegurando que os indivíduos tenham o controle de suas informações pessoais, vez que a privacidade tem íntima ligação com a dignidade da pessoa humana.

"O direito à privacidade fundamenta-se diretamente na dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana, sendo um desdobramento lógico da autonomia existencial do indivíduo que, em conjunto com a liberdade e a vida digna, forma o núcleo do livre desenvolvimento da personalidade humana. A privacidade envolve o

direito à solidão, o direito de estar só, na sua paz e equilíbrio, o direito de não ser exposto, de não ter sua vida íntima e privada compartilhada, mantendo o controle das informações de sua própria vida, o direito ao segredo e ao sigilo, o direito de ter sua imagem e honra preservados, envolvendo a intimidade e o aconchego do lar e dos locais de descanso da pessoa. ” (DOS SANTOS, pág. 324).

Ao ganhar o *status* constitucional, a preservação da privacidade das informações pessoais estimulou a criação de instrumentos e legislações capazes de agir neste mesmo sentido, de modo a fortalecer as garantias oferecidas, sanar os vícios observados e gerar novas perspectivas jurídicas, tanto para o ordenamento, quanto para o mercado.

1.3. Legislações Pátrias

A primeira legislação pátria, após a promulgação da Constituição de 1988, a trazer regras específicas com relação a dados pessoais e sua proteção foi o Código de Defesa do Consumidor de 1990 (lei nº 8.078/90), que em seu artigo 43 trouxe a garantia de acesso do usuário às suas informações que estejam sem cadastros, fichas e registros, podendo exigir a imediata correção em caso de inexatidão; estabeleceu, ainda, que os cadastros dos consumidores “devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão” e que a abertura de qualquer destes “deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.”.

No ano de 2011 duas novas legislações surgiram como forma de ampliar o rol de instrumentos legais à disposição dos cidadãos quanto à proteção de sua privacidade. A primeira foi a Lei nº 12.414/11 que “disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito”.

Já a segunda foi a Lei nº 12.527/11, também conhecida como Lei do Acesso à Informações, que, dentre outras medidas, assegurou caber aos órgãos e entidades do poder público uma gestão transparente das informações, cuja proteção com garantia de disponibilidade, autenticidade e integridade, além de guardar o sigilo daquelas que assim o exijam, respaldadas na integridade e eventual restrição de acessos.

Percorrido todo este caminho, no ano de 2014 foi aprovado o Marco Civil da Internet estabelecendo os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, tais como a proteção da privacidade e dos dados pessoais, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações, e a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas.

1.4. Emenda Constitucional nº 115

Uma recente, e importante atualização legislativa que corrobora com a demonstração de importância desta temática, foi a aprovação da PEC 17/2019 que incluiu a proteção dos dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal.

Dentre as alterações trazidas, está a inclusão do inciso LXXIX no artigo 5º com a seguinte redação: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”. Incluiu, ainda, o inciso XXVI ao artigo 21, e o inciso XXX ao artigo 22, ambos da CF, fixando a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

Observa-se, assim, a tendência legislativa no sentido de aumentar os instrumentos normativos de proteção e fiscalização dos dados dos cidadãos.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Após análise da evolução do Direito à Privacidade no ordenamento pátrio, incluindo as influências recebidas de legislações internacionais, surge a necessidade de abordar com minuciosa atenção os principais aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e os impactos por ela trazidos ao estudo em tela.

2.1. Princípios

Tratar dos princípios é extremamente fundamental para o direito, em qualquer que seja a área, são como pilares que fundamentam toda uma estrutura jurídica. Neste sentido leciona Poletti (2009, p. 319):

“Não basta conhecer leis, nem a doutrina, os julgados e as interpretações dos tribunais. É preciso ter a chave da lógica jurídica que se resume nos princípios gerais do direito. Deles tudo decorre. Quem os conhece, melhor penetrará? no universo jurídico e estará? apto a resolver os problemas teóricos e práticos.”

A LGPD traz um enfoque muito grande nos princípios e fundamentos que devem ser observados quando da aplicação de seus dispositivos, servindo como uma base ampla e geral de interpretação norteadora.

Seu artigo 6º apresenta um rol com tais pilares, sendo a boa-fé prevista no próprio *caput*, além dos seguintes: I – Finalidade; II- Adequação; III – Necessidade; IV – Livre Acesso; V – Qualidade dos Dados; VI – Transparência; VII – Segurança; VIII – Prevenção; IX – Não Discriminação; e X – Responsabilização e Prestação de Contas.

Para uma melhor compreensão do tratamento que a LGPD busca dar às relações, importante que uma análise pontual de cada um dos princípios seja feita.

2.1.1. Finalidade

O Princípio da Finalidade busca realizar o tratamento dos dados para propósitos que sejam legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular. Desta forma, garante que a prerrogativa de análise e concessão dos dados é do titular, que autorizará a coleta tendo ciência da finalidade que atenderão.

Garante, ainda, que, uma vez coletados com determinado propósito, não poderá haver o desvirtuamento da finalidade inicialmente pactuada.

Portanto, desde o início do projeto, as finalidades de tratamento dos dados pessoais deverão ser claras e precisas, para que o titular faça uma avaliação consciente antes de anuir com a operação.

2.1.2. Adequação

O Princípio da Adequação vem ao encontro do Princípio da Finalidade no sentido de garantir que o tratamento dos dados seja compatível com as finalidades inicialmente informadas ao titular no momento da anuência.

2.1.3. Necessidade

O Princípio da Necessidade estabelece que devem ser coletados o mínimo possível de dados para uma determinada finalidade, ou seja, só se coletam as informações pessoais estritamente necessárias para que a finalidade buscada seja satisfeita.

Ao tratar deste princípio, Oliveira assevera que:

“Um possível exemplo de utilização que viola o princípio da necessidade seria um aplicativo de mapa, que depende apenas do sinal de localização do aparelho, solicitar acesso ao microfone, com a autorização para gravação inclusive. A não ser que haja a função de ativação por comando de voz, não há necessidade de o aplicativo do caso hipotético ter acesso ao microfone.” (OLIVEIRA, 2019, p. 19).

2.1.4. Livre Acesso

O Princípio do Livre Acesso busca a transparência, vez que o cidadão, ainda que consinta com a coleta de seus dados, continua sendo o titular dos mesmos, logo, precisa ter a garantida a possibilidade de acessá-los para acompanhar se os princípios da finalidade e adequação estão sendo seguidos e respeitados em sua plenitude.

2.1.5. Qualidade dos Dados

O Princípio da Qualidade dos Dados garante que os dados serão coletados com exatidão, clareza e sempre atualizados.

Maldonado e Blum, citados por Oliveira, alertam sobre o perigo que a desatualização ou a imprecisão podem causar ao titular:

Qualquer imprecisão, seja um dado pessoal equivocado, seja desatualizado, pode ser catastrófico ao titular, como ocasionar um erro de tratamento médico, recusa de crédito, vedação de participação em concursos públicos, eliminação em processo seletivo, ou, até mesmo, uma prisão injusta (OLIVEIRA, 2019, p. 20).

2.1.6. Transparência

O Princípio da Transparência busca assegurar que o titular do consentimento esteja inteiramente informado sobre todo o ciclo de processamento dos dados coletados, garantindo a efetividade de toda a lei, já que o próprio cidadão será o fiscal das práticas realizadas com as informações – verificando, inclusive, se as finalidades foram atendidas, as adequações obedecidas e as necessidades satisfeitas.

2.1.7. Segurança

A segurança deve ser uma das primeiras preocupações dos agentes de tratamento de dados, já que toda a ideia da LGPD ira em torno da proteção das informações dos titulares. Assim, devem ser empregados todos os meios possíveis para que os dados sejam armazenados de maneira segura de modo a evitar vazamentos, falhas ou violações.

2.1.8. Prevenção

O Princípio da Prevenção vem ao encontro, e como um complemento, ao Princípio da Segurança já que todas as medidas de proteção devem ser elaboradas e implementadas desde a concepção do projeto de coleta dos dados.

Logo, a segurança deve ser observada não apenas no ciclo e durante o tratamento, mas desde o momento em que as finalidades e dados essenciais estão sendo apresentados ao titular para que este consinta.

2.1.9. Não Discriminação

Como já dito no início do presente artigo, na atual sociedade em que vivemos os dados são extremamente úteis, possibilitando a identificação de padrões, um aumento de produtividade, uma análise de corte e diminuição de despesas, uma agilidade da divulgação de ideias, dentre outros. Mas com os benefícios, há também aqueles que

buscam utilizar estas facilidades para atingir fins considerados ilícitos, abusivos ou discriminatórios.

Por isso a transparência se torna tão importante, já que a apresentação das finalidades, justificativas e forma como os dados estão sendo utilizados devem sempre estar à disposição dos titulares.

2.1.10. Responsabilização e Prestação de Contas

Mas e se algum dos princípios aqui apresentados e analisados forem desrespeitados? Surge então a possibilidade de cobrar a prestação de contas e uma possível responsabilização daqueles que descumprirem a lei e causarem danos aos titulares.

3. IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Superados os conceitos iniciais acerca dos fundamentos protecionistas trazidos pela LGPD ao ordenamento, e a segurança garantida aos cidadãos, surge a necessidade de abordar os impactos que ela ocasionará em outros ramos do direito e para os titulares, além das empresas e controladores.

3.1. Responsabilidade Civil

A responsabilização dos agentes é um dos pontos centrais da LGPD, buscando, ao máximo, coibir eventuais danos que os titulares possam sofrer com a exposição ou o mau tratamento de seus dados e informações pessoais

A LGPD disciplina a responsabilidade de dois agentes por ela criados em seu bojo – o controlador e o operador, quais sejam: “controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;” e “operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”.

Importante ressaltar que nem todos os casos são passíveis de aplicação das normas da LGPD; há relações jurídicas, como as de consumo (CDC), em que normas específicas serão adotadas.

O artigo 42 da LGPD contém uma cláusula geral de responsabilidade, imputando a obrigação solidária de indenizar aos agentes de tratamento que, descumprindo a legislação de proteção de dados, causarem dano patrimonial ou extrapatrimonial aos titulares dos dados:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

Mas a responsabilidade não decorre apenas da violação do microsistema jurídico de proteção de dados. É preciso interpretar o artigo 42 em conjunto com o artigo 44, parágrafo único, que assim estabelece: "Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano."

Há ainda uma previsão quanto a exclusão da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados quando onexo entre a conduta e o dano for rompido, previsão expressa no artigo 43:

"Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro."

3.2. Das Penalidades

Uma vez tratada a forma de análise da responsabilização dos agentes no tratamento dos dados, um dos mais severos impactos trazidos pela LGPD diz respeito às sanções e penalidades a serem suportadas, quando da violação dos princípios estabelecidos.

O não cumprimento das determinações pode resultar nas mais diversas sanções administrativas, podendo aqui citar advertência, multa simples, multa diária, publicização da infração, bloqueio dos dados pessoais e eliminação dos dados pessoais.

Apesar de aparentemente simples, tais sanções podem representar desfalques altíssimos para o capital das empresas ou grupos. No tocante às penalidades pecuniárias, a multa simples poderá ser calculada no montante de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica, limitada a cinquenta milhões de reais por infração; valor limite também aplicado à multa diária.

Por mais que as multas de forma direta possam representar um prejuízo financeiro para as pessoas jurídicas infratoras, todas as outras medidas sancionadoras, ainda que indiretamente, geram perdas para a mesma. No caso da publicização da infração, a imagem da empresa sofrerá certo desgaste com os seus consumidores/usuários; já o bloqueio e eliminação dos bancos dados impede a identificação dos padrões, análises dos consumos e acesso aos dados autorizados de seus clientes, dificultando sua publicidade, produtividade e eficiência produtiva.

3.3. Jurisprudência aplicada

Por ser uma legislação relativamente recente, grande parte de seus julgados ainda são de primeira instância, mas os casos que chegam aos Tribunais já começam a explicitar como o Poder Judiciário tratará a LGPD quando de sua aplicação a casos concretos.

Um relatório elaborado pelo escritório OPICE BLUM, BRUNO E VAINZOF, após análise de 1.265 decisões judiciais sobre a LGPD em cortes superiores, tribunais de sete estados e três tribunais regionais federais no período de 01/01/2021 e 06/12/2021, trouxe importantes números e perspectivas.

A primeira, e que merece grande destaque, é o fato de que aproximadamente “70% das decisões em processos que trataram da matéria trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados não resultaram em qualquer condenação” (OPICE BLUM, BRUNO E VAINZOF ADVOGADOS ASSOCIADOS, 2021), sendo extintas ou julgadas improcedentes.

Já em se tratando das decisões condenatórias, em “20% dos casos, as condenações somente geraram indenização pecuniária, em outros “53% dos casos, as condenações somente geraram obrigações de fazer ou não fazer” (OPICE BLUM, BRUNO E VAINZOF ADVOGADOS ASSOCIADOS, 2021).

Uma certa tendência que tem se verificado é a de maior vigilância do Judiciário na busca por não legitimar processos indevidos, visto que a ampla maioria das decisões (90%) exigiram comprovação do dano moral, indicando que não há natureza *in re ipsa* (OPICE BLUM, BRUNO E VAINZOF ADVOGADOS ASSOCIADOS, 2021), como pode-se notar por meio da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo que já concentra a maior parte dos processos nesta questão:

RECURSO INOMINADO RESPONSABILIDADE CIVIL ELEMENTOS – DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZAÇÃO VAZAMENTO DE DADOS AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANOS – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

(TJ-SP – RI 1000654-84.2021.8.26.0405 SP, Relator: JOSÉ MARIA ALVES DE AGUIAR JÚNIOR, Data do Julgamento: 04/03/2022, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 11/03/2022).

Apelação. Responsabilidade civil. Prestação de serviços. Energia elétrica. Vazamento de dados do sistema da prestadora do serviço. Ação de reparação por danos morais. Sentença de improcedência. Invasão de sistema da concessionária. Responsabilidade objetiva da empresa no tratamento de dados (art. 42 da LGPD). Falha na prestação de serviços (art. 14 do CDC). Dados que não se relacionam à intimidade e não envolve dado pessoal sensível (art. 5º, II, da LGPD). Dados básicos informados com frequência em diversas situações, muitos constantes em simples folha de cheque. Ausente utilização dos dados vazados e efetivo dano. Impossibilidade de indenizar expectativa de dano. Sentença mantida. Honorários majorados. RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-SP – AC 1024481-61.2020.8.26.0405 SP, Relator: L.G. COSTA WAGNER, Data do Julgamento: 23/08/2021, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/08/2021).

Há, ainda, jurisprudência do mesmo Tribunal demonstrando que a comprovação do dano tem sido fundamental para uma possível condenação ao pagamento de indenização:

Apelação. Ação de indenização por danos morais. Prestação de serviço de telefonia. Direito do Consumidor. Responsabilidade civil. Sentença de improcedência. Recurso do Autor. Ré que confirmou dados do Autor à pessoa estranha não titular da linha telefônica. Conduta perpetrada pela Ré que violou seu dever de sigilo de dados. Ofensa aos ditames da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Falha na prestação de serviço verificada. Responsabilidade objetiva do prestador de serviço. Risco da atividade que não pode ser transferido ao consumidor. Situação que levou ao fim do noivado do Autor. Indenização por danos morais no importe de R\$10.000,00 (dez mil reais). Sentença reformada. Litigância de má-fé afastada. Sucumbência invertida. RECURSO PROVIDO.

(TJ-SP – AC 1065936-51.2020.8.26.0002 SP, Relator: L.G. COSTA WAGNER, Data do Julgamento: 20/02/2022, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/02/2022).

Ademais, cabe aqui ressaltar que as jurisprudências apresentadas tratam de decisões proferidas pelo Judiciário no âmbito da responsabilização civil dos agentes quando da violação à LGPD. Mas podem ocorrer situações em que a punição gerada seja meramente administrativa, já que a própria legislação em comento, em seu artigo 55-A, trata da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) que tem por finalidade “fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso”. Tal diferenciação se torna importante, tanto em relação a gravidade e consequências de uma violação, quanto ao procedimento a ser instaurado para responsabilização da empresa.

CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados representa uma grande conquista para a população brasileira, visto que a proteção à privacidade evoluiu com a própria sociedade sofrendo grandes impactos dos avanços tecnológicos e informacionais, trazendo um novo modo de ver a privacidade e como ela afeta a construção da identidade humana. Sem tal garantia, por meio da proteção dos dados pessoais, não se pode falar em dignidade humana ou em exercício pleno de cidadania.

A LGPD estabeleceu um amparo legal para o tratamento de dados pessoais, trazendo uma série de direitos aos titulares dos dados e conseqüentemente obrigações às empresas que coletam e tratam esses dados. Tal legislação pode ser vista como um produto direto da necessidade de um ramo do Direito ainda recente, mas essencial para a construção do respeito à identidade e privacidade dos indivíduos.

Nota-se, também, a importância da urgente adequação das empresas, e o preparo de profissionais que ofereçam tal análise e implementação de maneira eficiente, evitando prejuízos, não só financeiros à empresa, como também de imagem.

A proteção, transparência e qualidade no tratamento dos dados pessoais, além da responsabilização daqueles que causarem dano aos titulares, são práticas de cidadania. Somente assim pode-se dizer que o país está caminhando em busca da concretização do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOGADOS, Veriano. Vazamentos de dados aumentaram 493% no Brasil, segundo pesquisa do MIT. *in*: **VC/SA**. Disponível em: <https://vocesa.abril.com.br/sociedade/vazamentos-de-dados-aumentaram-493-no-brasil-segundo-pesquisa-do-mit/>. Acesso em: 26/09/2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Lei do Acesso à Informações**, 2011.

BRASIL. **Lei do Crédito**, 2011.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**, 2018.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**, 2014.

DOS SANTOS, Eduardo. Direito constitucional sistematizado. Editora Foco. Disponível em: <https://elibro.net/pt/lc/universidadebrasil/titulos/187188>. Acesso em: 11/10/2021.

E-commerce bate recorde no Brasil, indica Ebit | Nielsen. In: **Meio&Mensagem**. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2021/08/11/e-commerce-bate-recorde-no-brasil-indica-ebit-nielsen.html>. Acesso em: 26/09/2021.

MARTUCCI, Mariana. A pandemia fez o e-commerce decolar. Ainda há fôlego para mais?. In: **Exame**. Disponível em: <https://exame.com/negocios/a-pandemia-fez-o-e-commerce-decolar-ainda-ha-folego-para-mais/>. Acesso em: 26/09/2021.

NOVAKOSKI, André Luis Mota, NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Responsabilidade Civil na LGPD: Problemas e Soluções. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/7024>. Acesso em: 12/10/2021.

OLIVEIRA, José Eduardo da Silva. Responsabilidade Civil dos Agentes de Proteção de Dados no Brasil. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16584/1/JESO04102019.pdf>. Acesso em: 12/10/2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

OPICE BLUM, BRUNO E VAINZOF ADVOGADOS ASSOCIADOS. **Relatório Anual de Jurimetria 2021**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://opiceblum.com.br/wp-content/uploads/2019/07/Relatorio_Anual_Jurimetria_28.01_versao_final.pdf. Acesso em: 20/04/2022.

POLETTI, Ronaldo. Introdução ao Direito. 4ª. ed. Saraiva, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135543/cfi/342>. Acesso em: 11/10/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Turma Cível). **Recurso Inominado Cível**, 1000654-84.2021.8.26.0405 SP. Relator: José Maria Alves de Aguiar Júnior. Julgamento: 04/03/2022. Disponível em: <https://tj->

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1410263319/recurso-inominado-civel-ri-10006548420218260405-sp-1000654-8420218260405. Acesso em 20/04/2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (34ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível**, 1065936-51.2020.8.26.0002 SP. Relator: L.G. Costa Wagner. Julgamento: 21/02/2022. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1402129041/apelacao-civel-ac-10659365120208260002-sp-1065936-5120208260002>. Acesso em 20/04/2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (34ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível**, 1024481-61.2020.8.26.0405 SP. Relator: L.G. Costa Wagner. Julgamento: 23/08/2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1271433036/apelacao-civel-ac-10244816120208260405-sp-1024481-6120208260405>. Acesso em 20/04/2022.

TEIXEIRA, Guilherme Cardoso. O Papel Social da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/7514/1/Monografia%20Guilherme%20Cardoso%20Teixeira.pdf>. Acesso em: 12/10/2021.

86% dos brasileiros têm medo de fraudes ou violação de dados pessoais. In: **CNN Brasil**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/86-dos-brasileiros-tem-medo-de-fraudes-ou-violacao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 26/09/2021.

A AUSÊNCIA DE VAGAS EM HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS: UMA POSSÍVEL VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

LAISSE ARAÚJO DOS SANTOS: Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).⁷⁰

BRUNO VINÍCIUS NASCIMENTO OLIVEIRA ⁷¹

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa trata-se de um estudo das medidas de segurança, que são sanções penais aplicadas pelo Estado aos agentes inimputáveis ou semimputáveis que cometeram um ilícito penal, quais sejam: tratamento laboratorial e internação em Hospitais de Custódias e Tratamento Psiquiátrico. O problema de pesquisa consiste na possível violação da dignidade humana dos réus inimputáveis pela ausência de vaga em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Objetiva-se, pois, verificar se a falta de hospitais de custódias e tratamento psiquiátrico, viola garantia constitucional na medida em que os agentes inimputáveis, na ausência de estabelecimento penal adequado, são ergástulos em prisão comum. Utilizou-se de método dedutivo, com pesquisa jurídica bibliográfica, baseada na coleta de dados doutrinários, legais e jurisprudenciais, com abordagem de dados qualitativa. Concluiu-se pela necessidade das Unidades Federativas se adequarem e instituírem os chamados Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, pois, a falta de tais estabelecimentos penais configura violação da dignidade humana.

Palavras-chave: Medidas de segurança; Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico; inimputáveis ou Semimputáveis; Doentes mentais.

ABSTRACT: The present research is a study of security measures, which are criminal sanctions applied by the State to non-imputable or semi-imputable agents who committed a criminal offense, namely: laboratory treatment and hospitalization in Custody Hospitals and Psychiatric Treatment. The research problem consists of the possible violation of the human dignity of the non-imputable defendants by the absence of vacancies in Hospitals of Custody and Psychiatric Treatment. The objective is, therefore, to verify if the lack of custody hospitals and psychiatric treatment violates the constitutional guarantee insofar as the non-imputable agents, in the absence of an adequate penal establishment, are ergastulos in a common prison. A deductive method was used, with bibliographic legal research, based on the collection of doctrinal, legal and jurisprudential data, with a qualitative data approach. It was concluded that the Federative Units need to adapt and

⁷⁰ E-mail:laise.araujos@gmail.com

⁷¹ Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail:brdamaso@gmail.com

institute the so-called Custody and Psychiatric Treatment Hospitals, since the lack of such penal establishments constitutes a violation of human dignity.

Keyword: Security measures; Custody and Psychiatric Treatment Hospitals; Non-imputable or Semi-imputable; mentally ill.

1 INTRODUÇÃO

As medidas de segurança são sanções penais aplicadas pelo Estado após agentes inimputáveis ou semimputáveis cometerem um ilícito penal, essas medidas se dividem em duas, as quais são, tratamento laboratorial e internação em Hospitais de Custódias e Tratamento Psiquiátrico. Os hospitais no decorrer dos anos sofreram mudanças na forma de tratamento do internado, conforme trouxe a lei de reforma da saúde mental, lei 10.216/2001.

Atualmente, esses estabelecimentos são o local adequado para o cumprimento das medidas de segurança, tanto o tratamento laboratorial, como, a internação, mas na falta, o Estado tem a obrigação de encaminhar esses agentes para locais considerados adequados, para seu devido tratamento, conforme artigo 96 do Código Penal.

Desta forma, tem-se por análise acerca do cumprimento de medidas de segurança em hospitais de custódia, originando assim, o problema presente na pesquisa: A dignidade humana dos réus inimputáveis será violada pela falta de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico?

Para se melhor entender, sobre as medidas de segurança e as suas espécies aplicadas, se observa conforme o Código Penal e a Lei de Execução Penal, juntamente com os requisitos para sua imposição e os prazos de duração das medidas que são cumpridas nos HCTP. Assim, como a violação da dignidade da pessoa humana, quando o Estado não presta um tratamento adequado aos réus inimputáveis ou semi-imputáveis, busca-se através de alguns princípios e institutos que justificam a necessidade dos estados de construir hospitais especializados para os doentes mentais.

A lei determina que, os inimputáveis devem ser tratados em hospitais de custódias e tratamento psiquiátrico e na falta, deverão ir para outros estabelecimentos adequados, mas na falta dos hospitais, acabam cumprindo as medidas de segurança em locais impróprios, sem receber um devido tratamento, colocando assim em risco sua recuperação e ressocialização. Assim, violados inúmeros direitos fundamentais ao expor doentes mentais em ambientes inadequados, um deles será discorrido no decorrer deste estudo, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto no artigo 1, inciso III da CF/88.

O estudo do tema, tem como objetivo geral verificar que a falta de hospitais de custódias e tratamento psiquiátrico, viola a dignidade humana dos réus inimputáveis, que estão sendo enviados locais inadequados, ao invés de cumprir medidas de segurança em hospitais capacitados para oferecer tratamento específico para seu tipo de doença mental, conforme artigo 96, inciso I do Código Penal.

Objetivando especificamente em compreender como são tratados os pacientes portadores de doenças mentais que cometem crimes e verificar se é violado a dignidade humana dos réus inimputáveis portadores de doenças mentais, que são enviados para locais inadequados.

Justifica-se o tema, através de uma melhor compreensão e análise do artigo 96 do Código Penal, que dispôs acerca das medidas de segurança que os réus inimputáveis podem sofrer, sendo uma destas medidas a do inciso I, do mesmo artigo, que é a internação do paciente psiquiátrico para tratamento.

A pesquisa utilizará a metodologia dedutiva e se tratará de um estudo sobre a presente pesquisa bibliográfica, com coleta de dados doutrinários, legais e jurisprudenciais, com abordagem de dados qualitativa, assim, discorrer-se-á sobre os motivos fundamentais que embasam do porquê da necessidade de construção de hospitais de custódia e de tratamento psiquiátrico.

O tema terá como análise doutrinadores renomados na área de constitucionalidade e dos Sistemas penais, como por exemplo Guilherme de Souza Nucci, Pedro Lenza, Fernando Capez, César Roberto Bitencourt e Ricardo Antônio Andreucci, entre outros, bem como estudo de jurisprudências de tribunais.

Assim, tem como foco, verificar a necessidade de hospitais de custódias e tratamento psiquiátrico para cumprimentos de medidas de segurança, garantindo e respeitando os princípios fundamentais como da dignidade da pessoa humana. Além disto, visa estudar os doentes mentais e como são tratados ao cumprirem medidas de segurança.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO DOENTE MENTAL

Atualmente a Constituição Federal brasileira de 1988, conhecida como Constituição cidadã, trouxe garantias e direitos ao Homem. Fixou direitos individuais para cada indivíduo, com alusão a princípios fundamentais tal como da dignidade da pessoa humana. Este princípio se estende por todo ordenamento jurídico, especialmente ao doente mental que necessita de uma atenção especial para que seja garantido a não violação de seus direitos fundamentais.

Desta forma, para ter-se uma devida aplicação da dignidade da pessoa humana ao doente mental deve-se levar em conta sua base constitucional, o princípio da humanidade e adentrando no direito penal as sanções penais adequadas consideradas como medidas

de segurança aplicadas aos doentes mentais com total ou parcial entendimento da sua ilicitude.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BASE CONSTITUCIONAL

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, trazido através da Constituição Federal de 1988, elencado em seu artigo 1º, inciso III. Sendo um princípio que possui cláusula pétrea, irrevogável, podendo ser modificada somente de forma benéfica (LENZA, 2020).

Conceitua-se que todos os seres humanos são dotados da dignidade da pessoa humana exercidas através dos valores atribuídos durante a vida, estes princípios regem o homem, obtendo sistematicamente sua aplicação de maneira plena e absoluta. (NUNES, 2002)

Nesse sentido, Pedro Lenza no seu livro de Direito penal - Brasil I. Título. II. conceitua a dignidade da pessoa humana, como:

A dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, o mais importante dos princípios constitucionais. Muito embora não constitua princípio exclusivamente penal, sua elevada hierarquia e privilegiada posição no ordenamento jurídico reclamam lhe seja dada a máxima atenção. Nossa Constituição elege-a como fundamento da República, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político (art. 1º)" (LENZA, 2020, p.222).

Diante do conceito de Lenza (2020), mesmo não sendo um princípio exclusivamente penal, este está relacionado todas as áreas, pois a dignidade humana é considerado um princípio que rege todos os seres humanos.

Como cláusula pétrea Lenza traz o seguinte conceito:

"A Constituição Federal de 1988, repise-se, consagrou-o no art. 5º, XXXIX, de modo que, no Brasil, integrando seu núcleo imutável, constitui verdadeira cláusula pétrea" (LENZA 2020, p.240).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) no seu artigo 4º, inciso II, definiu a primazia dos direitos humanos, mas diante do regimento brasileiro atualmente adotado, se transporta uma superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana.

A doutrina classifica o princípio da dignidade da pessoa humana como o princípio que rege o direito penal:

"Trata-se de um braço genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente desse moderno perfil político do Estado brasileiro, a partir do qual partem inúmeros outros princípios próprios afetos à esfera criminal, que nele encontram guarida e orientam o legislador na definição das condutas delituosas. Estamos falando do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III).

Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado." (CAPEZ, 2020, p.76).

Segundo Capez, o Direito advém do princípio da dignidade humana, como um princípio que rege o homem, este também rege os doentes mentais e a garantia de seus direitos e garantias no regimento do direito penal.

O doente mental nos dias atuais é considerado a pessoa que possui relativa capacidade mental ou total incapacidade de suas faculdades mentais. No direito penal, são considerados inimputáveis ou semi-imputáveis, sendo isento de pena, cabendo somente aplicação de medidas de segurança para aqueles que cometem algum crime (MALCHER, 2007).

Sobre o conceito de doença mental à luz do Direito Penal, Fernando Capez ensina que:

É a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia conduto pática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc. A dependência patológica de substância psicotrópica, como drogas, configura doença mental, sempre que retirar a capacidade de entender ou de querer (vide arts. 45 a 47 da Lei n. 11.343/2006)." (CAPEZ, 2020, p.812).

Assim, o doente mental deve receber sanção adequada, não sendo aplicada medidas de um infrator comum, se não estiver lúcido na hora dos fatos. O ordenamento jurídico indica no artigo 96 do Código penal, as aplicações de medidas de segurança em instituições apropriadas ou em locais apropriados para receber seu devido tratamento (Código Penal,1940).

Capez adianta-se sobre a atuação dos princípios constitucionais sobre o direito penal:

"Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da" (CAPEZ, 2020, p.80).

A doutrina de Capez (2020) é explícita acerca do que se considera doença mental, como a aplicação dos princípios constitucionais e garantias, como também quais as sanções para estes que não possuem entendimento total ou parcial de suas ações no tempo do cometimento ato criminoso, com uma justa aplicação do direito penal para cada caso, respeitando os direitos constitucionalmente previstos.

2.2 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da Humanidade corresponde ao princípio geral que regulamento do tratamento que o apenado recebe como ser humano. Este princípio garante a integridade física e moral dos presos, dentro do ordenamento jurídico está diretamente relacionado com o princípio da dignidade humana.

O artigo 5º, incisos XLVII a XLIX da Constituição (1988) trouxe um rol de penas que o preso não pode ser submetido para que assim sejam respeitado o princípio da humanidade, consistem:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988).

Sobre este princípio a doutrina garante:

Disso resulta ser inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém (atentar necessariamente significa restringir alguns direitos nos termos da Constituição e quando exigido para a proteção do bem jurídico).

Do princípio da humanidade decorre a impossibilidade de "a pena passar da pessoa do delinquente, ressalvados alguns dos efeitos extrapenais da condenação, como a obrigação de reparar o dano na esfera cível, que podem atingir os herdeiros do infrator até os limites da herança (CF, art. 5º, XLV)." (CAPEZ, 2020, p.110).

A constituição e a doutrina são explícitas nas penas que os presos não podem ser submetidos, como morte, caráter perpétuo, cruéis, entre outros, este rol veio para orientar o estado do tratamento adequado para o condenado, não ferindo seus direitos fundamentais, como o cumprimento efetivo da sua sanção penal ou cível, dando a estes um tratamento digno e humano.

Cezar Roberto Bitencourt em sua obra Tratado de Direito penal 2020, relata como é tratado o princípio da humanidade dentro do direito penal, veja-se:

"O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade" (BITENCOURT, 2020, p.143).

Desta forma, o autor sustenta que não se pode o direito penal aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou a constituição físico-psíquica dos condenados, sendo totalmente vedado quaisquer dessas medidas que possa ser adotada pelo Estado, conforme o princípio da humanidade.

Dentro deste mesmo princípio da humanidade se aplica também a relação de direitos da assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, com atendimentos médico, farmacêutico e odontológico (MORAES 2007).

Em caso de detentos que tem a restrição da sua liberdade pelo Estado, não

podendo se deslocar para atender suas necessidades assistenciais de saúde, assim, o Estado tem a obrigação de prestar o acesso dentro ou fora dos estabelecimentos prisionais, garantindo o livre acesso ao direito a saúde, como garante o artigo 14 da Lei de Execuções Penais:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Lei de Execuções Penais de 1984).

De acordo com o artigo da Lei de Execuções Penais (1984) elencado acima, o Estado deve prestar assistência à saúde ao preso ou internado, como o caso do doente mental que sofre medidas de segurança, fornecendo todos os aparatos para tratamentos e garantias de o acesso adequado a saúde de cada indivíduo.

2.3 SANÇÕES PENAIS AOS INIMPUTÁVEIS OU SEMI-IMPUTÁVEIS

Desde os primórdios, para que a sociedade conseguisse viver em harmonia, havia-se o mínimo de regras e passíveis sanções caso descumprissem estas. Nasceu deste berço o direito penal que surgiu através do interesse punitivo do Estado em punir alguém que infringia alguma lei ou regra social, aplicando assim, sanções ou o que chamamos de penas, com intuito de preservar a sociedade e punir o infrator (LIBERATTI, 2014).

O conceito analítico de crime se dá ao que é considerado uma conduta que configure fato típico, antijurídico e culpável. Atualmente a teoria adotada pelo direito penal brasileiro é a teoria tripartida do crime que consiste no poder punitivo do Estado (NUCCI, 2020).

O grau de culpabilidade é uma condição significativa a ser examinado no agente criminoso, pois, este determina a fixação da medida cabível para o infrator, tendo em vista, que caso não possuía consciência da ilicitude no momento dos fatos, não se poderá aplicar sanções penas como um agente que tinha plena capacidade mental (BITENCOURT, 2012).

A culpabilidade é um dos requisitos básicos na teoria tripartida do crime, Nucci traz o entendimento que para um fato ser considerado culpável deve se existir uma reprovação sociável:

“um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo seu agente ser imputável, atuar com consciência social potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de modo, segundo as regras impostas pelo Direito (Teoria normativa pura, proveniente do finalismo)” (NUCCI, Guilherme de Souza, 2013, p.308).

Segundo a doutrina nacional entende Estefam, que:

"A culpabilidade é entendida, pela maioria da doutrina nacional, como o juízo de reprovação que recai sobre o autor culpado por um fato típico e antijurídico. Constitui, para muitos, requisito do crime e, para outros, pressuposto de aplicação da pena." (ESTEFAM, 2021, p.720).

Os entendimentos consideram que, o agente somente será considerado culpável do fato se este tiver consciência dos seus atos e possa ser imputável a culpabilidade deste, além de outras excludentes.

Segundo NUCCI:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade. (NUCCI, 2010, p.250).

Desta forma a culpabilidade se dá a pessoas imputáveis, não se considerando os inimputáveis e semimputáveis, o Código Penal no artigo 26 detém que:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Código Penal de 1940).

Sobre as excludentes de culpabilidade, a doutrina indica:

"Em nosso Código Penal, o exame das excludentes de culpabilidade permite inferir quais são os elementos que a compõem. Assim, o art. 21 exime de pena quem pratica o fato desconhecendo seu caráter ilícito (erro de proibição); o art. 22 registra isenção de pena para o sujeito de quem não se pode exigir outra conduta (inexigibilidade de conduta diversa); os arts. 26 a 28 referem-se às pessoas que não detêm capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar conforme esse entendimento (inimputabilidade). Conclui-se, daí, que a culpabilidade, de acordo com nosso Estatuto Penal, resulta da soma dos seguintes elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; e c) exigibilidade de outra conduta." (ESTEFAM, 2021, p.720).

O legislador diante da falta de culpabilidade, isenta de pena os portadores de doenças mentais ou com desenvolvimento incompleto ou retardo, agentes estes que ao cometerem uma infração penal, não possuindo capacidade mental total ou com parcialidade em suas ações, não sendo possível o cumprimento de sanções penas, cabendo somente sanções de medidas de segurança previstas no Código penal.

Fernando Capez em seu livro curso do direito penal enumera as causas que excluem a imputabilidade:

CAUSAS QUE EXCLUEM A IMPUTABILIDADE: São quatro:(i) doença mental;(ii) desenvolvimento mental incompleto;(iii) desenvolvimento mental retardado; (iv) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior." (CAPEZ, 2020, p.812).

Diante das causas de exclusão de imputabilidade, o agente encaixando-se dentro das excludentes apresentadas, terá a culpabilidade excluída. A imputabilidade poderá ser alegada a qualquer tempo durante um processo judicial, podendo ser chamado de incidente de insanidade mental que será constatado através de laudos produzidos por médicos peritos na área, conforme previsto nos artigos 149 a 154 do Código de Processo Penal:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. § 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a

ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar. § 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo. § 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149. § 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado. § 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

Art. 153. O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal.

Art. 154. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682. (Código de Processo Penal, 1941).

A doutrina de Direito Processual Penal assegura que:

"Quando a circunstância dirimente reconhecida for a inimputabilidade por doença ou perturbação da saúde mental ou, ainda, por desenvolvimento incompleto ou retardado (art. 26 do CP), o juiz deverá absolver sumariamente o acusado apenas se não houver outra tese defensiva (art. 415, parágrafo único). Essa distinção justifica-se pela circunstância de que o reconhecimento da inimputabilidade sujeita o agente à medida de segurança (absolvição sumária imprópria). Assim, se o réu assume a autoria do crime e sua defesa se limita a alegar inimputabilidade por doença mental, o juiz,

caso provada a inimputabilidade, absolverá sumariamente o réu e aplicará a medida de segurança. " (REIS, 2020, p.1533 - 1534).

Desta forma, entende-se que em caso de o réu presente em qualquer momento do processo ou o juiz caso haja dúvidas da sua integridade mental, deve-se formatar um laudo, sendo este inimputável, constatará o laudo de incidente de insanidade mental, reconhecendo a inimputabilidade o réu e aplicando a sanção de medidas de segurança (REIS, 2020).

Entende-se que segundo o artigo 26 do Código Penal (1940), na garantia de absolvição imprópria diante de incidente de insanidade mental, cabendo somente a sanção de medidas de segurança:

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL - LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A ABSOLUTA INCAPACIDADE DA RÉ DE ENTENDER O CARÁTER CRIMINOSO DO FATO OU DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO - CAUSA DE ISENÇÃO DE PENA - ART. 26 DO CÓDIGO PENAL - ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA - AÇÃO REVISIONAL JULGADA PROCEDENTE. 1- A requerente foi condenada pelo delito de tráfico de drogas, por ter sido presa em flagrante, no dia 29 de abril de 2018, tentando adentrar com 1,2g (um grama e dois decigramas) de maconha no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas - CASE para entregar a seu filho que se encontrava internado no referido estabelecimento. 2- Comprovado que a doença mental diagnosticada em junho de 2019 já existia em abril de 2018, data em ocorreu o crime tratado na ação penal nº 0025829-87.2018.827.2729, a condenação da requerente deve ser desconstituída, impondo-se o reconhecimento da causa de isenção de pena, prevista no artigo 26 do Código Penal e a rescisão do provimento judicial, tendo em vista a ausência de imputabilidade penal, como elemento da culpabilidade, assim considerada no âmbito do terceiro substrato do conceito analítico de crime (teoria tripartite). 3- Revisão Criminal julgada procedente para reconhecer a causa de isenção de pena, prevista no artigo 26 do Código Penal, decretando a absolvição imprópria da requerente, devendo o Juiz da Execução aplicar-lhe a medida de segurança prevista no artigo 96, inciso II, do Código Penal, com tratamento psiquiátrico periódico. (Revisão Criminal 0005463-46.2020.8.27.2700, Rel. MAYSA VENDRAMINI ROSAL, GAB. DA DESA. MAYSA VENDRAMINI ROSAL, julgado em 18/06/2020, DJe 26/06/2020 11:21:24)

Sobre estas possíveis sanções, o artigo 96 do Código Penal (1940), lista as possíveis medidas de segurança que podem ser imputadas aos que são considerados inimputáveis ou semimputáveis, são:

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (Código Penal de 1940).

Assim, em casos de incidentes de insanidade mental caberá a aplicação da medida de segurança cabível para o grau da ação ou omissão cometida pelo infrator. Não sendo possível as sanções penas e condenações em unidades de penas privativas de liberdade.

Andreucci em sua obra, relata o entendimento sobre a inimputabilidade dos doentes mentais, afirmar que:

Na presença de doença mental que leve à incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato e à incapacidade de determinação de acordo com esse entendimento, o agente será inimputável e, conseqüentemente, não terá culpabilidade. O crime persiste (fato típico e antijurídico), faltando ao agente culpabilidade, que é pressuposto de aplicação da pena. A sanção penal aplicável ao agente, portanto, não consistirá em pena, mas, antes, em medida de segurança. 10 Dispõe o art. 149, caput, do Código de Processo Penal que, "quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal". Deve ser ressaltado que, a teor do art. 153 do Código de Processo Penal, "o incidente de insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal". (ANDREUCCI, 2021, p.283).

Conforme se infere o doutrinador, a doença mental pode ser considerada uma forma de incapacidade para o agente entender a ilicitude do fato.

A teoria tripartida do crime, adotada no direito penal brasileiro assegura que na falta de entendimento do caráter ilícito exclui a culpabilidade do fato. Diante disso, a

sanção aplicada não será sanção pena, mas sanção de medidas de segurança (NUCCI, 2020).

As medidas de segurança serão aplicadas de acordo com o grau de entendimento do agente ao praticar o ilícito penal, dispondo sobre seu grau de periculosidade e o tratamento adequado.

2.3.1 As medidas de segurança

O Código de Direito Penal (1940) no artigo 96, inciso I e II, trouxe as duas espécies de medidas de segurança: o tratamento ambulatorial e a internação compulsória, essas medidas são empregadas aos réus considerados inimputáveis ou semimputáveis.

Sobre as medidas de segurança Pedro Lenza, conceitua, que:

As medidas de segurança constituem espécies do gênero sanção penal. Nosso Código as reserva aos agentes inimputáveis ou semimputáveis em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CP, art. 26), que, comprovadamente, praticaram o fato definido como crime ou contravenção penal. Dividem-se em medida de segurança detentiva, consistente na internação em hospital de custódia e tratamento, e medida de segurança restritiva, consubstanciada em tratamento ambulatorial (arts. 96 a 98 do CP)." (LENZA, 2020, p.622).

Segundo o entendimento acima, a sanção penal para o réu inimputável ou semimputáveis, constitui medidas de segurança, sendo aplicadas em dois locais específicos: Hospitais de Custódias e de tratamento psiquiátrico (HCTPs) e o tratamento ambulatorial. Não tendo a intenção de punir o agente, mas somente promover o tratamento.

Conceitua como:

"(...) uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado." (NUCCI, 2007).

O Código Penal no capítulo IV dispõe em seus artigos 97 e 98 sobre a regulamentação das Medidas de Segurança, dispondo que:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. (Código Penal de 1940).

A internação e o tratamento nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, prevista na Lei de Execuções Penais, são espécies de estabelecimento prisional, destinados a internação e tratamento obrigatório dos inimputáveis e semimputáveis que sofrem medidas de segurança, advém que na falta dos hospitais devem ser mandados a outro local adequado com assistência médica, para assim ser realizado seu devido tratamento (BRASIL, 1984).

As medidas de segurança é a medida adequada para o agente que foi constatado incapacidade de fato, após a realização de laudo de insanidade mental. O entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins sobre as medidas de segurança, nos termos seguintes:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO SIMPLES. ARTIGO 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. RÉU INIMPUTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS DUAS TESES DEFENSIVAS. APLICAÇÃO DO § ÚNICO DO ART. 415 DO CPP. PRECEDENTES STJ E TJTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Na espécie, o Recorrente foi pronunciado por homicídio simples, previsto no artigo 121, caput, do Código Penal, ficando sujeito a julgamento pelo Tribunal do Júri. 2. Conquanto a Perícia Médica tenha concluído pela inimputabilidade do Réu, nos termos do artigo 415, parágrafo único, do Código Processual Penal, a absolvição sumária nesta fase de cognição tão somente poderia ocorrer caso a causa de isenção de pena ou a exclusão do crime fossem as únicas teses defensivas. Precedentes STJ, desta Corte de Justiça e outros Tribunais pátrios. 3. Na hipótese, além da inimputabilidade do réu, também foram sustentadas em sede de alegação final, as teses da excludente de ilicitude da legítima defesa, bem como da inexigibilidade de conduta diversa. Assim, caso o Juízo a quo acolhesse de plano o pedido de absolvição sumária face à

inimputabilidade do Réu, com aplicação de medida de segurança, poderia privá-lo de obter eventual decisão mais favorável do Conselho de Sentença, que é o juiz natural da causa. 4. Recurso conhecido e não provido. Pronúncia mantida. (Recurso em Sentido Estrito (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) (0012484-73.2020.8.27.2700, Rel. JOCY GOMES DE ALMEIDA, GAB. DO DES. RONALDO EURIPEDES, julgado em 09/02/2021, DJe 19/02/2021 08:37:34).

Ante a jurisprudência, se constatado a inimputabilidade do agente, este será absolvido sumariamente, assim, será aplicada a medida de segurança mais adequada. A sanção terá caráter curativo ou de controle, até a cessação da periculosidade do agente.

O tratamento adequado será designado de acordo com a infração e o grau de periculosidade do agente, no artigo 26 do Código penal prevê a hipótese de periculosidade presumida se for inimputável, quanto ao semimputáveis a periculosidade real será constatada pelo juiz. (BRASIL, 1940)

A Lei de Execuções Penais trouxe em seu artigo 175, dispõe:

Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:

I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;

II - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;

III - juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um;

IV - o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;

V - o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;

VI - ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias (BRASIL, 1984).

Desta forma, analisado os incisos dispostos no artigo será posto fim a medida imposta ao agente.

Entretanto, mesmo não cessando a periculosidade, se a medida de segurança atingir o limite da pena abstrata, deve-se o agente ser posto em liberdade, de acordo com a súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça que consolida sobre o tempo determinado de cumprimento da Medida de segurança:

O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. (BRASIL, 2015).

Desta forma, seguindo o que foi entendido a medida de segurança é a sanção adequada para ser aplicada aos doentes mentais, levando em conta o grau da infração e a periculosidade do agente na ação ou omissão, não sendo de caráter perpétuo, mas até a cessação da periculosidade ou até atingir a pena abstrata do crime.

3 A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSQUIÁTRICO

Ante a exposição da necessidade de Hospitais de Custódia e Tratamento psiquiátrico, primeiramente é importante evidenciar acerca da reforma da Lei de saúde mental e as medidas de segurança, em como a reforma trouxe novas regras e os conceitos da referida Lei. Assim, um estudo sobre os Hospitais de Custódias e em como este se faz necessário em cada estado brasileiro.

3.1 A REFORMA DA LEI DE SAÚDE MENTAL

A proteção aos direitos dos doentes mentais, advém da luta antimanicomial, que se deu início em 1970 ainda. (CAMPOS et al, 2019).

A luta trouxe a reforma psiquiátrica e a extinção dos antigos manicômios judiciais, resultou inovações nas execuções de medidas de segurança e orientação de um novo modelo de saúde mental:

A Lei 10.216/01 é expressão dos anseios do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial – MNLA – (AMARANTE, 1995). Ela sedimenta longa trajetória de lutas que a antecederam e a construíram, assim como é a atual bandeira empunhada para servir de norte às necessárias e constantes lutas, ainda em curso, pela mudança

concreta de paradigma no campo da saúde mental e da atenção psicossocial (AMARANTE, 2007). Se, por um lado, a lei antimanicomial promoveu o dever de releitura de todos os institutos de direito penal e processual penal, especialmente, no que tange à execução de medidas de segurança, conforme o novo paradigma de reorientação do modelo de saúde mental; por outro, verifica-se que a dificuldade de diálogo entre direito, saúde mental e atenção psicossocial invisibiliza as pessoas, cujas histórias estão aprisionadas dentro dos muros do manicômio (CARVALHO, 2013, p. 305). (MAGNO, 2017, p. 2-3)

Com advento da Lei 10.216/2001 a Lei da Reforma psiquiátrica, trouxe essa proteção de direitos para as pessoas que possuem doenças mentais e assistencialismo a saúde mental no Brasil, além de tipificar tratamentos mais humanizados. (BRASIL, 2001).

Algumas das mudanças fundamentais advindas da Lei, foram: o amparo de direitos aos doentes mentais; a obrigação do Estado de prover políticas públicas na assistência à saúde; manter serviços públicos a saúde mental: medida de internação em hospitais; e buscar uma possível reinserção. (BRASIL, 2001).

A Lei 10.216/2001 estabeleceu ainda no seu art. 4:

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. § 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. § 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º. (BRASIL, 2001)

Assim, conforme o artigo mencionado, a Lei autoriza a aplicação da internação como um último e importante recurso do Estado. Esse recurso está em consonância com o artigo 97 do Código Penal que estabelece sobre a inimputabilidade do agente, sendo de competência do juiz do caso apontar a internação, de acordo com o ilícito penal.

Garcia entende, que:

O Código Penal, entretanto, esclarece que, se o entender conveniente o juiz, poderá aplicar ao insano mental absolvido, não essa medida de segurança, mas uma outra, a internação em casa de custódia e tratamento. Essa medida é precipuamente destinada aos indivíduos de imputabilidade restrita a que alude o art. 22, § único, do Código. (GARCIA, pág 97).

A internação do agente como cumprimento de medidas de segurança se dará em hospitais especializados para ser submetido ao devido tratamento, conforme o artigo 99 do CP "internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento" (BRASIL, 1940).

A Lei de Execuções Penais instrui, sobre o momento da aplicação da medida de segurança "**Art. 171.** Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução." (BRASIL, 1984).

Assim como a cessação da periculosidade:

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior. (BRASIL, 1984).

O art. 43 da Lei de Execuções Penais detém, que:

Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento. (BRASIL, 1984).

O artigo elucida que poderá ser realizado o tratamento ambulatorial em outro local adequado com o devido tratamento médico dos inimputáveis e semimputáveis.

Além da internação, a lei da reforma psiquiátrica trouxe o tratamento ambulatorial, preferível na maioria das vezes, uma modalidade para crimes de menores potenciais ofensivos, conforme dispõe o art. 101 da Lei de Execuções Penais essa medida de segurança também é feita em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, à qual, o agente receberá tratamento, mas não sofrerá privação de liberdade. (BRASIL, 1984)

Sobre tratamento ambulatorial Queiroz (2010), diz:

“(...) independente da gravidade da infração penal cometida, preferir-se-á o tratamento menos lesivos á liberdade do paciente, razão pela qual, independentemente da pena cominada (reclusão ou detenção), o tratamento ambulatorial (extra-hospitalar) passa a ser regra, e a internação, a exceção, apesar de o Código dispor em sentido diverso.” (QUEIROZ, 2010).

O tratamento ambulatorial como entende os autores supracitado é uma medida menos gravosa de medida de segurança imposta ao agente que comete ilícito penal, ao sofrer sanção de medida de segurança nesta modalidade, o CP prevê que o tratamento deverá ser realizado em Hospitais de Custódias e Tratamento Psiquiátrico, mas em falta poderá ser realizado em locais adequados, um dos locais adequados que o Sistema Único de Saúde (SUS) atualmente oferece e os chamados Centros de Atendimento Psicossocial (CAPs).

3.2 CENTRO DE ATENDIMENTO PSICOSSOCIAL (CAPS)

Atualmente no Brasil o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece o atendimento médico psiquiátrico em unidades de Centro de Atenção Psicossocial (CAPs), regulados pela Portaria 336 de 19 de fevereiro de 2002 que visa a comunidade, a proteção e a assistência médica, como diretrizes de funcionamento (GM/MS, 2002).

Segundo o Ministério da Saúde ficou instituído ao CAPs, as seguintes finalidades:

Art. 1º Fica instituída a Rede de Atenção Psicossocial, cuja finalidade é a criação, ampliação e articulação de pontos de atenção à saúde para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). (BRASIL, 2011)

Ainda sobre as atribuições, ficou a encargo do CAPs:

Prestar atendimento clínico em regime de atenção diária, evitando as internações em hospitais psiquiátricos; acolher e atender as pessoas com transtornos mentais graves e persistentes, procurando preservar e fortalecer os laços sociais do usuário em seu território; promover a inserção social das pessoas com transtornos mentais por meio de ações intersetoriais; regular a porta de entrada da rede de assistência em saúde mental na sua área de atuação; dar suporte à atenção à saúde mental na rede básica; organizar a rede de atenção às pessoas com transtornos mentais nos municípios; articular estrategicamente a rede e a política de saúde mental num determinado território;

promover a reinserção social do indivíduo através do acesso ao trabalho, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços familiares e comunitários. (BRASIL, 2004).

Desta forma, se vê a atuação do CAPs ao doente mental, uma forma de atuação do Estado em prestar assistência médica. Em medidas de segurança, essas podem ser impostas como tratamento ambulatorial nos referidos centros como uma forma menos gravosa sem a privação da liberdade do infrator e a realização de um devido tratamento.

3.3 HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL

Atualmente no Brasil há registro de 23 unidades de Hospitais de Custódia e Tratamento psiquiátrico, divididos em 18 estados do país, sendo, que além destes existem mais 2 alas psiquiátrica em presídios e 6 hospitais penais, segundo a fonte de dados do site de Sistema Integração de Informações Penitenciárias. (INFOPEN, 2017).

Autora Debora Diniz detém também de dados de coletas sobre HCTP no Brasil, como da distribuição por cada estado e dos indivíduos que se encontram em medida de segurança, tem-se os seguintes dados:

Em 2011, o conjunto dos Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs) no Brasil era formado por 23 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) e 3 Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATPs), localizadas em complexos penitenciários. Nos estados de Acre, Amapá, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Roraima e Tocantins, não havia ECTPs. As três ATPs estavam localizadas no Distrito Federal, no Mato Grosso e em Rondônia. Os estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo possuíam três unidades de HCTP, e os demais 17 estados possuíam uma única unidade HCTP cada um. Em 2011, a população total dos 26 ECTPs era de 3.989 indivíduos, entre os quais 2.839 estavam em medida de segurança, 117 estavam em medida de segurança por conversão de pena e 1.033 estavam em situação de internação temporária. A população total era formada por 92% (3.684) de homens e 7% (291) de mulheres. (DINIZ, 2011, p.35).

Desta forma, diante da existência de dados concretos de HCTP, assim como uma aplicação de internações como medidas de segurança nestes hospitais. Analisado os dados presencia-se que atualmente há estados que não possuem qualquer hospital especializado para o tratamento dos doentes mentais, assim como estados que possui somente uma unidade para suportar toda a demanda.

Segundo o Tribunal de Justiça do Tocantins, o estado do Tocantins como um dos estados que não possui Hospitais de Custódia e tratamento psiquiátrico ou local adequado, pode está infringindo os direitos dos agentes, pois, pode causar ao agente constrangimento ilegal, além de privação de direitos e garantias fundamentais como da assistência à saúde, conforme:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 218 DO CP E ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. PACIENTE PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL. PACIENTE EM ESTABELECIMENTO PENAL COMUM. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. 1.PACIENTE É PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA, COM DECRETAÇÃO DE INTERDIÇÃO, POIS É INCAPAZ DE GERIR SEUS BENS E SUA VIDA CIVIL.HÁ CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANTER O PACIENTE EM PRISÃO COMUM, AINDA QUE O MOTIVO SEJA A ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO.É DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO MANTER O PACIENTE EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO, NÃO PODENDO O PACIENTE SER PENALIZADO PELA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS, PORTANTO NECESSÁRIO A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELAS MEDIDAS CAUTELARES, BEM COMO O COMPARECIMENTO REGULAR AO CENTRO DE ATENÇÃO PSICISSOCIAL (CAPS). HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Habeas Corpus Criminal 0038163-61.2019.8.27.0000, Rel. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE, GAB. DA DESA. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE, julgado em 18/02/2020, DJe 20/02/2020 13:18:57)

Seguindo este entendimento, o Estado dever-se manter um local adequado para o tratamento do doente mental conforme o art. 96 do CP, bem como, a não penalização do agente inimputável e semi-imputáveis, segundo art. 26 do Código Penal.

Em conformidade com o entendimento o Superior Tribunal de Justiça, interpreta que “a jurisprudência é no sentido de que a manutenção de inimputável em prisão comum é constrangimento ilegal, mesmo quando da falta de vaga em hospital psiquiátrico” (BRASIL, 2013).

O Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da manutenção de agentes em regime prisional mais gravoso, através da Súmula vinculante 56:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso,

devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. (BRASIL, 2016).

Conforme entendimento da súmula acima, enfatizou-se acerca da falta de estabelecimentos adequados para sua manutenção dos agentes que sofrem sanções penais, tendo o Estado dever de observar o que dispõe o julgado no Recurso Especial 641.320/RS para se determinar os parâmetros que poderão ser fixados:

EMENTA: Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). **A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.** 3. **Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes.** São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. **Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.** 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; **(iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas;** (...).

(RE 641320, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016) (GRIFO DA AUTORA)

Assim, considerando as prerrogativas, havendo a falta de vagas em estabelecimentos adequados para os agentes, deverão ser imposta medidas mais brandas em suas sanções, conforme listadas na ementa do julgado apresentado. Visto isto, poderá aplicar-se analogicamente a súmula diante da falta de estabelecimento de hospitais de custódias, não se permitindo encaminhar o agente inimputável a unidades prisionais, considerado está ser medida mais gravosa, além de facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas.

Os Hospitais de Custódias e Tratamento Psiquiátrico segundo Ferrari, entende que:

Trata-se de um hospital-presídio, destinado a tratamento e, paralelamente, à custódia do internado. (FERRARI, 2001).

Como um hospital-presídio tem-se a seguinte estrutura:

Como os hospitais psiquiátricos, possuem uma equipe terapêutica (composta de psiquiatras, psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais e terapeutas ocupacionais) encarregada de tratar os pacientes até a sua recuperação. Porém, como parte do sistema prisional, os hospitais de custódia e tratamento possuem, além disso, guardas penitenciários. (Jacó-Vilela, 2012, p. 240).

O artigo 10 da Lei de Execuções Penais (1984) afirma que o Estado tem o dever de fornecer tratamento adequado à cura ou recuperação do detento, mas não pode garantir a cura de doentes mentais, até porque há algumas doenças incuráveis. Seguindo a estrutura que atualmente os HCTP possuem, este poderá oferecer um tratamento digno para os doentes mentais.

A função dos HCTP é do devido tratamento, como também manter o agente custodiado, até que sua periculosidade seja cessada ou o cumprimento do tempo da pena base do ilícito cometido.

Conforme as seguintes autoras, HCTP, é:

O HCTP é um órgão de defesa social e de clínica psiquiátrica, de atuação estadual. Atende a pessoas portadoras de distúrbios mentais que cometeram algum delito e, por isso, estão sob custódia, sendo essa a única instituição do gênero no Estado. De acordo com o

Regimento Interno, seu objetivo é oferecer tratamento psiquiátrico ao paciente internado, preservar os direitos humanos e a dignidade do mesmo, bem como garantir qualidade de vida e bom atendimento durante a hospitalização. Visa tratar e recuperar seus internos, buscando reintegrá-los ao meio social e custodiar esses indivíduos que, por determinação judicial, têm uma medida de segurança a cumprir (CORDIOLI; BORENSTEIN; RIBEIRO, 2006).

Em conformidade com as autoras, a atuação dos HCTP tem como objetivo o atendimento aos doentes mentais, preservando os direitos humanos e a dignidade humana do internado. Tem-se como função o melhor tratamento para o custodiado.

Os Hospitais tem destinação aos inimputáveis e semimputáveis na hipótese de internação compulsória para cumprimento de medida de segurança conforme o art. 6º, parágrafo único, inciso III da Lei 10.216. (BRASIL, 2001).

Assim como o artigo 9º da referida Lei dispõe:

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários. (BRASIL, 2001).

Determinado a internação do agente inimputável e dos semimputáveis deveram este ser enviado para os referidos Hospitais. A Lei de Execuções Penais determina que o internado deva ser posto em locais com condições para atender suas necessidades e de tratamentos adequados. (BRASIL, 1984).

O Código Penal no art. 99, determina sobre o local de recolhimento do internado:

Art. 99 - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento. (BRASIL, 1940).

Assim como determina o CP e levando em conta sobre as determinações dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, está se qualifica como o local adequado para o cumprimento das medidas de segurança.

Em consonância com o Código Penal o Tribunal de Justiça de Sergipe determinou sobre local adequado para a aplicação da medida de segurança, observa-se:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA – INTERNAÇÃO. HOSPITAL DE CUSTÓDIA. LOCAL ADEQUADO PARA O CUMPRIMENTO DESTA

MEDIDA. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DE ORDEM. (Habeas Corpus Criminal nº 2013300317139 nº único0008513-33.2013.8.25.000 - CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): Luiz Antônio Araújo Mendonça – Julgado em 11/11/2013).

A jurisprudência ratifica o entendimento de que o local adequado para o cumprimento da medida de segurança, para que não ocorra constrangimento ilegal, é o Hospital de Custódia.

Neste mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, determinou que a execução da medida de segurança, em casos de inexistência de vagas em hospitais de custódia, deve assim ser determinado o tratamento ambulatorial, até o Estado providencie vagas nesses locais adequados, conforme:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO - EXPEDIÇÃO DE MANDADO PARA CUMPRIMENTO DA MEDIDA - INVIABILIDADE POR ORA - AUSÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO OU EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO - SUBMISSÃO DO AGRAVADO A TRATAMENTO AMBULATORIAL ATÉ O SURGIMENTO DE VAGA - NECESSIDADE. 1. **A medida de segurança de internação, decorrente da absolvição imprópria, deve ser executada em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em estabelecimento adequado - nos termos dos artigos 97 e 99 do Código Penal** -, de modo que, na ausência de vaga disponível, inviável determinar a expedição de mandado de internação, por ser tal medida, in casu, inócua. 2. Demonstrada a ausência de disponibilidade de vaga para o início do cumprimento da medida de segurança por parte do agravado e estando ele em local incerto e não sabido, necessária a determinação de submissão a tratamento ambulatorial até o surgimento de vaga adequada para a internação. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0687.16.003392-8/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/01/2021, publicação da súmula em 29/01/2021). (grifo da autora)

Diante disso, pode-se perceber que o Estado deve fornecer o tratamento adequado para os internados por medidas de segurança, assim como a manutenção e o oferecimento de vagas nos referidos estabelecimentos.

É evidente a necessidade de criação de Hospitais de Custódia e Tratamento psiquiátrico, a partir do ponto em que o Estado deve manter locais adequados para cumprimento de medida de segurança. Assim, diante da falta dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico o Estado deixa de fornecer um tratamento adequado para os doentes mentais, sendo violados seus direitos e garantias, como do princípio da dignidade humana.

Em consonância com a Lei 10.216/2001 que reformou a psiquiatria brasileira, restou-se demonstrada que a internação como um recurso do Estado, pode ser aplicada, desde que resguardado os direitos dos doentes mentais, assim como, oferecer o melhor tratamento para cada agente. (BRASIL, 2001).

Ante o exposto, os estados que não possuem os referidos estabelecimentos para cumprimento de medidas de segurança, devem-se adequar e instalar, visto ser necessário para o fornecimento de um devido tratamento, tanto de internação como de tratamento ambulatorial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se baseou no objetivo geral, que foi o de verificar que a falta de hospitais de custódias e tratamento psiquiátrico, viola a dignidade humana dos réus inimputáveis, ao deixarem de ser enviados para estabelecimentos adequados para cumprimentos de medidas de segurança.

O percurso desenvolvido para chegar as atuais conclusões, trouxe uma perspectiva dos agentes inimputáveis e semimputáveis, como da atuação dos hospitais de custódias e tratamentos psiquiátricos. Para esse fim, foram de suma importância o estudo do princípio da dignidade humana e do princípio da humanidade, vendo a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico.

Conforme os princípios acima listados, pode-se perceber a proteção dos direitos dos doentes mentais que cumprem medidas de segurança e das garantias constitucionais de tratamentos adequados, como do melhor acesso a saúde e a humanidades das sanções aplicadas.

Desta forma, chegando-se a conceitos de como são tratados os doentes mentais e as espécies de medidas de segurança aplicadas, podemos assim, verificar as formas de tratamentos.

Ao ponto em que, os inimputáveis e semimputáveis cumprem medidas de segurança, deve o Estado provê locais que sejam adequados para recebimento e tratamentos, garantindo seus direitos fundamentais

A necessidade de construção de hospitais de custódias e tratamento psiquiátrico é presumida, na forma, em que atualmente alguns estados no país não possuem nenhuma unidade e outros estados possuem somente uma unidade, comportando com super lotações.

Visto que, ao deixarem de mandarem os agentes para os HCTP ou algum local considerado adequado, está causando constrangimento ilegal ao agente, além de ferir a dignidade humana deste. O Estado tem o dever de manter locais de tratamentos e internações para cumprimentos de medidas de segurança, não podendo enviar os inimputáveis ou semimputáveis para quaisquer instituições, até em alguns casos para cadeias comuns.

Verificou-se, que atualmente o Brasil consta somente com 23 unidades de HCTP distribuídas em 20 estados, vimos uma sobrecarga nessas unidades, como também, foram vistos que em 7 estados não se possuíam nenhuma unidade.

No Brasil atualmente, existem centros atendimentos psicossociais que prestam serviços aos doentes mentais, esses centros tem como foco prestar assistência aos doentes mentais, mas não comportando a espécie de internação, somente tratamento laboratorial com prestações de assistência médica e assistencial. Nos casos de internações, não há unidades que comportem ou preste um devido tratamento e assistência médica, a não ser os HCTP.

Com advento da lei de reforma mental, se verificou que as internações passaram a ser último caso aos inimputáveis e semimputáveis, mas quando o Estado não tem outra opção, a não ser resguardar a sociedade e o agente aplicando a medida de segurança internação, deve o Estado fornecer um local apropriado para o feito.

Conforme o Código Penal e a Lei de Execuções Penais, estes indicam diretamente este local, como sendo os HCTP, desta forma considerando que estes são locais adequados e recomendados pelas legislações vigentes, há uma necessidade de criações desses estabelecimentos em estados que não possuem nenhuma unidade, assim como estados que possuem unidades, mas se encontram com lotações.

A violação da dignidade humana dos doentes mentais fica clara, ao ponto, em que a não irem para estabelecimentos adequados, não recebem devido tratamento ou não recebem tratamento algum, sem a chance de cura ou controle das suas enfermidades.

A partir da pesquisa realizada, constata-se que é presumida a necessidade de criações de HCTP, para garantias de um assistencialismo a saúde mental dos inimputáveis e semimputáveis. No entanto, esses estabelecimentos receberam e recebem muitas críticas

no decorrer dos anos, por serem comparados com os antigos manicômios judiciais, que foram extintos.

Observados que mesmo com críticas, os HCTP são atualmente a melhor opção de assistencialismo aos agentes que sofrem sanções de medidas de segurança, pois preserva os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, os estados devem criar unidades de hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, para uma melhor prestação de serviço ao doente mental, garantindo seu retorno à sociedade de forma digna. Diante da evidente escassez desses estabelecimentos no país, devem-se, um melhor apoio e conscientização dos estados, acerca da evidente necessidade da construção das unidades de Hospitais de Custódias.

REFERÊNCIAS

_____. Decreto-Lei 2.848/40, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

ANDREUCCI, R. A. Manual de Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Ebook.

BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal - parte especial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei de Execuções Penais. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11702592/artigo-10-da-lei-n-7210-de-11-de-julho-de-1984>

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN - Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 56. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Diário da Justiça: seção 1, Brasília, DF, n. 56, 08 ago. 2006.

CAPEZ, F. Curso de direito penal. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 527. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Os parâmetros fixados no AgRg no AREsp 357508, da TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A PUNIÇÃO DO SOFRIMENTO PSÍQUICO NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS DA REFORMA PSIQUIÁTRICA NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL. Revista de Estudos Criminais, v. 48, jan/mar 2013, Doutrina Nacional.

CORDIOLI, Maria Sirene; BORENSTEIN, Miriam Süsskind; RIBEIRO, Anesilda Alves de Almeida. **Hospital de custódia**: os direitos preconizados pela reforma psiquiátrica e a realidade dos internos. 2006.

DINIZ, Deborah. **A Custódia e Tratamento Psiquiátrico no Brasil**: censo 2011. Brasília: Letras Livres : UNB, 2013.

Direito penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

ESTEFAM, A. Direito penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Revista Tribunais, 2001. P.84

Garcia, Basileu (1945). "**Medidas de segurança**". Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São. Paulo, vol. 40. Jacó-Vilela, A. (Org.). (2011). *Dicionário histórico de instituições de Psicologia no Brasil*. Rio de Janeiro

LIBERATTI, Giovana de Oliveira. A evolução histórica e doutrinária da pena e sua finalidade à luz do ideal da ressocialização.

MALCHER, Farah de Sousa. A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual.

MORAES, Alexandre de, Legislação penal especial – Gianpaolo Poggio Smanio – 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 7. Ed. São Paulo: revistas dos tribunais, 2007. p.479.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 6ª edição, p. 289.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, A. C. A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0687.16.003392-8/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Calmon Nogueira da Gama , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/01/2021, publicação da súmula em 29/01/2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE. Habeas Corpus Criminal nº 2013300317139 nº único0008513-33.2013.8.25.000- CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): Luiz Antônio Araújo Mendonça – Julgado em 11/11/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. Habeas Corpus Criminal 0038163-61.2019.8.27.0000, Rel. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE, GAB. DA DESA. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE, julgado em 18/02/2020, DJe 20/02/2020 13:18:57.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) (0012484-73.2020.8.27.2700, Rel. JOCY GOMES DE ALMEIDA, GAB. DO DES. RONALDO EURIPEDES, julgado em 09/02/2021, DJe 19/02/2021 08:37:34.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. Revisão Criminal 0005463-46.2020.8.27.2700, Rel. MAYSA VENDRAMINI ROSAL, GAB. DA DESA. MAYSA VENDRAMINI ROSAL, julgado em 18/06/2020, DJe 26/06/2020 11:21:24.

ARMAMENTO CIVIL: EFICAZ OU PERIGOSO?

LARISSA BARBIERI DE OLIVEIRA:

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis.

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: Esta pesquisa apresenta discussões sobre o armamento civil, com apontamentos sobre a importância da compreensão da posse e porte de arma de fogo, mesmo que desmuniada, pela evolução social, tendo em vista uma maior prática de aquisição de armas de fogo para proteção em casos de risco, mas também com premissas voltadas a considerações sobre os perigos de uma sociedade armamentista. Aponta-se, portanto, considerações sobre a posse e arma de fogo, trazendo a sua devida distinção. Também são feitos apontamentos quanto a posse de arma de fogo desmuniada, pela compreensão também acerca do garantismo penal, conceituado por Ferrajoli e devidas considerações acerca do armamento civil, relativo a um perigo ou a sua eficácia, para a proteção de cidadãos ou para a redução da criminalidade. Conclui-se que, o uso indevido desse instrumento é uma prática criminosa, consoante os instrumentos legais. Aponta-se que, em casos que é permitida a posse da arma de fogo, há a necessidade da discussão quanto a tipificação penal acerca da posse de arma de fogo desmuniada. Contudo, também foi apresentado que, é preciso que haja controle social por parte do Estado, para garantir o devido acesso aos que buscam o exercício do direito à liberdade, contudo, é preciso que hajam políticas de prevenção, para que o Brasil não se torne um cenário de incentivo a uma sociedade armamentista como a solução para os diversos problemas derivados das lacunas de políticas na área da segurança pública.

Palavras-chave: Arma de fogo. Armamento civil. Posse. Porte.

ABSTRACT: This research presents discussions about civilian weapons, with notes on the importance of understanding the possession and carrying of firearms, even if unequipped, by social evolution, in view of a greater practice of acquiring firearms for protection in cases of risk, but also with premises aimed at considering the dangers of an arms society. Therefore, considerations about possession and firearms are pointed out, bringing their due distinction. Notes are also made regarding the possession of unarmed firearms, for the understanding also about the criminal guarantee, conceptualized by Ferrajoli and due considerations about the civil armament, related to a danger or its effectiveness, for the protection of citizens or for the reduction of criminality. It is concluded that the misuse of this instrument is a criminal practice, according to the legal instruments. It is pointed out

that, in cases where the possession of a firearm is allowed, there is a need to discuss the criminal classification about the possession of a firearm without ammunition. However, it was also presented that there must be social control on the part of the State, to guarantee due access to those who seek the exercise of the right to freedom, however, there must be prevention policies, so that Brazil does not become a scenario to encourage an arms society as the solution to the various problems arising from policy gaps in the area of public security.

Keywords: Firearm. Civil armament. Possession. size

INTRODUÇÃO

Após o advento da Lei n. 10826/2003 foi retomada a discussão acerca da restrição quanto ao acesso de armas de fogo para a sociedade civil. O País já apresentava legislações e medidas atuantes na coibição do acesso de armas, mas essas medidas não estavam se mostrando eficazes para a redução da violência.

Silva (2015) aponta que, com o Referendo em 2005, em consulta da população acerca da vedação da comercialização de munições e armas no Brasil, representou uma grande reviravolta para a segurança pública embasada no desarmamento, pois, demonstrou uma desaprovação de uma média de 70% quanto a desaprovação da vedação.

Apresenta-se que, existem dois vieses que embasam toda a discussão: aqueles que são a favor e os que são contra. Os desarmamentistas apontam o pensamento acerca da não violência e que as armas são instrumentos que facilitam as mortes, pois, agravam crimes passionais, acidentes com menores e suicídios, sendo negado a população quanto ao acesso, o que traz a instrumentalização, por intermédio do Estado, de uma política de total submissão ao criminoso, com anseio para que assim não sejam realizadas ações maldosas.

O pensamento armamentista contrapõe sobre a liberação da aquisição de armas e munições pela sociedade civil, alegando que, desse modo, o cidadão possui meios de se defender e assim a criminalidade diminuirá, em razão da ameaça ao agressor quanto a possível vítima possuir um meio de defender sua integridade.

Nesse sentido, surge a discussão levantada aqui nesta pesquisa acerca da ineficácia do Estatuto do Desarmamento para a redução da criminalidade, como argumentado pelos apoiadores do armamento. Para isso, apresentam-se os resultados discutidos na próxima seção deste artigo.

1. TEORIA DO GARANTISMO PENAL

No ano de 1989, Luigi Ferrajoli, magistrado e professor de Direito na Itália, por intermédio de suas pesquisas na área do Direito Penal, publicou direcionamento acerca do

ordenamento jurídico. Em seu livro intitulado: “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, nota-se uma nova visão acerca da devida efetivação na ótica jurídica do que se compreende por garantismo (GRETO, 2018).

Aponta-se que, em razão da influência de pensamento liberal, o autor baseou o seu entendimento de garantismo com base em pressupostos que fundamentaram o pensamento iluminista, portanto, entendimento da atuação do Estado de modo negativo. Isso porque, os pensadores iluministas se posicionaram quanto ao combate de excessos e arbitrariedades, notados na esfera penal, razão esta que o entendimento de liberdade em suas concepções é baseado na limitação do poder do Estado, por meio do comportamento omissivo, mediante a liberdade do indivíduo (STRECK, 2008). Nesse sentido, compreende-se que o garantismo visa a compreensão da tutela de liberdade do indivíduo em face de diversas formas arbitrárias de exercício do poder, com enfoque em práticas desvirtuosas na área penal (MATTOS, 2015).

Greco apresenta o seguinte entendimento:

Quanto à sua concepção de garantismo propriamente dita, Ferrajoli traça uma tabela na qual elenca dez axiomas, os quais formariam, em sua observância, um sistema penal perfeito, que deveriam atuar nos dois principais momentos do processo de criminalização, quais sejam, a prática legislativa (criminalização primária) e a aplicação da lei ao caso concreto (criminalização secundária). Os princípios são: 1) Nulla poena sine crimine, 2) Nullum crimen sine lege, 3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate, 4) Nulla necessitas sine injuria, 5) Nulla injuria sine actione, 6) Nulla actio sine culpa, 7) Nulla culpa sine iudicio, 8) Nullum iudicium sine accusatione, 9) Nulla accusatio sine probatione, 10) Nulla probatio sine defensione (BARROS, 2018, p. 22).

Aponta-se ainda que, Ferrajoli (2014), há sistematização e relação entre os princípios. O grau de observação nos sistemas penais pode ter análise por intermédio de minimização sucessiva dos axiomas, o que gera um resumo de que, os sistemas penais podem ser caracterizados em nove ordens: 1) sem prova e defesa, resultado da subtração dos princípios do ônus da prova e do direito de defesa; 2) sem acusação separada, fruto da retirada dos princípios da imparcialidade do juiz e de sua separação da acusação; 3) sem culpabilidade, resultante da desnecessidade de intencionalidade do delito; 4) sem ação, que carece da garantia da materialidade da ação; 5) sem ofensa, privado da lesividade do fato; 6) sem necessidade, que não se atém ao princípio da economia do direito penal; 7) sem delito, que carece do primeiro axioma; 8) sem juízo, no qual se olvida a jurisdicionalidade e 9) sem lei, que não observa o princípio da legalidade (FERRAJOLI, 2014).

Parte então para o analisar como teoria do direito, no qual explica:

Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas). (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

O garantismo surgiu como uma maneira de se fazer valer os direitos fundamentais elencados nas constituições criadas após tantas barbáries e desrespeitos para com o ser humano em especial aos mais desfavorecidos e desprotegidos. Os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal são de suma importância para se manter a ordem de um país. E o princípio da legalidade é um dos princípios no qual Ferrajoli diz como essencial para se manter a cordialidade e respeito entre a justiça e o cidadão.

O garantismo, juridicamente cria um sistema de proteção aos direitos do cidadão que seria imposto ao Estado. Ferrajoli afirma que uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, afirmando ser equivocado o conceito de Kelsen.

Basicamente os princípios que fundam o garantismo são, o da retributividade, da necessidade, da lesividade, da materialidade, da culpabilidade, da juridicidade, do acusatório, do encargo da prova, do contraditório e o da legalidade, princípio esse que diz ser inviável cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente (GRECO, 2018).

Percebe-se que atualmente existem, basicamente, juristas defensores de um Direito Penal mais atuante e rigoroso, mesmo que isto acarrete a preterição de alguns direitos individuais quando houver interesse coletivo exigindo rápida e exemplar punição, enquanto há outros que se enfileiram na exigência de um Direito Repressivo mais humano, onde haja a efetiva sanção ao infrator, mas com critérios rígidos de respeito à dignidade da pessoa humana e que garantam um julgamento justo com ampla garantia dos direitos individuais, mesmo que estes venham a conflitar com o interesse estatal.

2. PORTE E POSSE DE ARMA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARMAMENTO CIVIL

Em decorrência do aumento generalizado dos riscos que o processo de evolução social ocasionou, naturalmente o sistema penal buscou alternativas legislativas objetivando, de alguma forma, frear os riscos que assolam a sociedade. Uma dessas alternativas foi tipificar algumas condutas análogas e afins aos delitos que correspondem atualmente à posse e o porte de arma de fogo.

A evolução da sociedade e a interação entre os povos proporcionada pelo avanço da tecnologia uniu os povos de diversos lugares e conseqüentemente trouxe para a sociedade divergências e conflitos oriundos das próprias relações humanas. Com a finalidade de solucionar esses conflitos e criar mecanismos que possam estruturar as relações humanas criaram-se diversos mecanismos legais a fim de impor limites e conseqüências aos atos considerados inapropriados para o ambiente social. Dentre as legislações existentes no Brasil para desempenhar esse papel, encontra-se a Lei nº 10.826, promulgada no dia 22 de dezembro de 2003 (MOREIRA, 2012).

Essa lei é conhecida popularmente como o Estatuto do Desarmamento e tem como finalidade regulamentar as questões referentes à utilização de armas de fogo em território nacional. Além da utilização, este instrumento normativo dispõe sobre os crimes praticados tendo como objeto as armas de fogo, assim como traz de forma expressa em seu preâmbulo da seguinte redação: “dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências” (BRASIL, 2003).

A matéria tratada pelo Código do Desarmamento é ampla e encontra-se tanto na esfera administrativa quanto na esfera criminal, uma vez que dispõe sobre o registro e comercialização da arma de fogo e também define os crimes praticados com a utilização desse objeto.

Um outro ponto que também é importante de ser relatado para a compreensão acerca dos vieses que envolvem o armamento civil são os tipos penais que estão ligados a posse e porte de arma de fogo. O Estatuto do Desarmamento foi responsável por delimitar, bem como também análise jurisprudencial. Com isso, é cabível a apresentação do teor dos artigos 12, 14 e também 16 do referido Estatuto. Esses artigos correspondentes ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido – art. 12; porte ilegal de arma de fogo permitido – art. 14 e o porte ou a posse de arma de fogo de uso irrestrito – conforme o art. 16, ao que, também é importante mencionar que a natureza do delito pode ter impacto quanto a comprovação de ineficácia da arma.

Dentre os crimes previstos pelo Estatuto do Desarmamento encontra-se o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, trazido pelo art. 14, in verbis:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente (BRASIL, 2003).

Com uso de diversos verbos como adquirir, portar, ceder, possuir em depósito, mesmo que de forma gratuito, a manutenção sob vigilância, entre outros pontos, ao que concerne a arma de fogo, ou acessórios e munição, de uso permitido, mas sem a devida permissão ou em ofensa ao regulamento legal requerido para o porte do objeto. Aponta-se que, é preciso que se tenha mais do que o registro para que não decorra o tipo penal. Isso porque, o registro deve estar conforme as determinações legais em totalidade.

O tipo penal de uso de porte de arma de fogo de uso permitido é decorrente quando o portador mantém a arma com ele, o que difere do crime de posse, que é quando o mesmo a mantém em local como o seu trabalho ou residência. Ambos os delitos têm previsão no Estatuto do Desarmamento, porém, aponta-se apenas o crime de porte de arma de fogo de uso permitido. É preciso destacar que a arma, conforme o disposto legal é conforme a listagem de uso permitido, portanto, por motivos de brevidade, não serão abordados aspectos penais voltados para armas de fogo de uso não permitido. Aponta-se que, a arma de fogo, consoante o art. 3º, inciso XVII, do Decreto n. 3665/2000, é a que é permitido o uso para pessoas físicas e jurídicas em geral, conforme legislação do Exército (CAPEZ, 2014).

Estas armas possuem potencial ofensivo baixo, utilizadas para defesa pessoal e patrimonial. Armas de fogo curtas, longas raiadas, de alma lisa, de pressão por ação de gás comprimido ou por mola. Também são permitidas armas utilizadas em ações esportivas, que usem cartucho com pólvora de modo exclusivo e também são consideradas armas para uso industrial, com usufruto de projéteis anestésicos para finalidades veterinárias (BRASIL, 2000).

Desse modo, aquele que portar arma de modo ilegal ou contrário, existem também requisitos legais que, qualquer uma das armas listadas acima, acaba sendo considerado o crime de porte ilegal de arma de fogo, consoante previsão do art. 14, do Estatuto do Desarmamento.

O tipo penal do porte ilegal de arma de fogo, conforme a finalidade do Estatuto, é o de crime múltiplo, tendo em vista que apresenta diversas considerações verbais para a sua caracterização. O crime mencionado é um tipo alternativo, mediante a possibilidade verbal apresentada pelo Estatuto. Com isso, aquele que portar, adquirir, fornecer, transportar, ceder, entre outros, acabará por ser enquadrado em delito único, conforme princípio da alternatividade (CAPEZ, 2014).

O bem jurídico de proteção do delito em comento é a incolumidade pública, tendo em vista a proteção coletiva. É delito de perigo abstrato, pois há presunção absoluta da Lei

de risco a ser sofrido pelo coletivo em face de quem porta arma de fogo sem a devida autorização para tal. Portanto, o mero porte da arma de fogo é uma ação que caracteriza o tipo penal. Não é preciso que seja efetivada uma situação de perigo, mas sim a presunção de que, com a posse sem autorização, há a possibilidade devida quanto a tal aspecto (SMANIO, 2016).

Por sua vez, o objeto material do crime apresentado é a arma de fogo em si. Isso porque, a posse de armas de uso proibido/restrito é considerado delito mais gravoso, conforme o art. 16 do Estatuto do Desarmamento; bem como porte de arma que houver raspagem de numeração ou qualquer outro tipo de identificação, o que é um delito diferenciado. É preciso apontar que, o porte de mais de uma arma de fogo é compreendido como uma situação única de perigo para o coletivo, portanto, somente será incidido um delito de porte de arma de fogo, desde que, todas as armas sejam de uso permitido (SMANIO, 2016).

Por se tratar de delito de perigo abstrato, conforme apontado anteriormente, a ocorrência dos elementos da tipificação penal já garante a consumação do crime, não sendo necessária uma exposição efetiva de outrem ao risco, para que o delito seja considerado consumado. Desse modo, não há a necessidade de avaliar o perigo real para a sociedade. A consumação é oriunda do agente portar arma de fogo de uso permitido sem possuir a devida autorização legal (ZUBEN, 2013).

Os delitos de posse e porte de armas de uso permitido e também de uso legal não são semelhantes. É preciso ainda separar o delito com a possibilidade de sua consideração com o porte de acessórios ou munição, mesmo sem a presença da arma. É preciso apontar que, essa transição deu origem a polêmica envolvendo *vacatio legis* de crimes previstos em nova Lei, pois, no artigo 30 apontava 180 dias como prazo após sua publicação para que fosse efetivado o texto legal. Contudo, a Lei de Armas disponibilizou no artigo 20 a tipificação penal teve sua vigência suspensa.

Conforme o exposto acima é possível observar a decisão da 1ª Turma Recursal do Distrito Federal que se posiciona da seguinte maneira:

HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ACÓRDAO DA EGRÉGIA PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DISTRITO FEDERAL QUE CONFIRMOU SENTENÇA CONDENATÓRIA POR INFRAÇÃO AO ART. 10 DA LEI 9.437/97 – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA ABOLITIO CRIMINIS – NÃO OCORRÊNCIA - POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO - ARTIGO 10 DA LEI 9.437/97 - DECRETO 5.123/2004 - PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO. ARTIGO 12 DA LEI 10.823/2006 – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA – “1. EMENTA - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA. VACATIO LEGISTEMPORÁRIA. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. 1. Os artigos 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento referem-se a possuidores e proprietários de armas de fogo. O artigo 29 e seu parágrafo único dispõem sobre a autorização para o porte de arma de fogo. Aos possuidores e proprietários a lei faculta, no artigo 30, a regularização, mediante comprovação da aquisição lícita, no prazo assinalado. O artigo 32 obriga, aos que não puderem demonstrar a aquisição lícita, a entrega da arma à Polícia Federal, no prazo que estipula. 2. O artigo 29 e seu parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003, dizem respeito às pessoas autorizadas a portar armas de fogo. Dispõem sobre o término das autorizações já concedidas (caput) e a propósito da renovação (parágrafo único), desde que atendidas as condições estipuladas nos seus artigos 4º, 6º e 10. 3. O prazo legal estipulado para regularização das autorizações concedidas não configura vacatio legis, do que decorreria a abolitio criminis temporária, no que tange ao crime de porte de arma de fogo por pessoa não autorizada. 4. A vingarem as razões recursais, chegar-se-ia ao absurdo de admitir, no prazo fixado para regularização das autorizações, o porte de arma de fogo por pessoas e entidades não arroladas nos incisos I a IX do artigo 6º da Lei n. 10.826/2003. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (in Recurso em Habeas Corpus número 86681, DJ 24-02-2006, pág. 25, Relator Eros Grau).” 1.1 “EMENTA HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO-OCORRÊNCIA. O prazo de cento e oitenta dias previsto nos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 é para que os possuidores e proprietários armas de fogo as regularizem ou as entreguem às autoridades. Somente as condutas típicas 'possuir ou ser proprietário' foram abolidas temporariamente. A vingar a tese de abolitio criminis temporária quanto ao porte ilegal, chegar-se-á ao absurdo de admitir que qualquer pessoa pode transitar livremente em público portando arma de fogo. Ordem denegada. (in Habeas Corpus número 88594, DJ 02-06-2006, pág. 44, Relator: Eros Grau). 2. “HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - DENÚNCIA QUE IMPUTA A PRÁTICA DO CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA - FATO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR - VACATIO LEGIS TEMPORALIS DECORRENTE DA REGULAMENTAÇÃO DO NOVO ESTATUTO DO DESARMAMENTO - ABOLITIO CRIMINIS - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA TÍPICA - AGRAVAMENTO DA SANÇÃO - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA - UNÂNIME. Notadamente, o Estatuto do

Desarmamento não descriminalizou o crime de posse de arma de fogo; pelo contrário, tornou a sanção mais severa ao aumentar a pena máxima em abstrato para 3 (três) anos de detenção. A abolição criminis ocorre quando a Lei posterior deixa de considerar o fato criminoso, o que não ocorreu in casu, tendo em vista que houve até o agravamento da sanção. Verifica-se, pois, na hipótese, o princípio da continuidade normativa típica a tornar inviável a extinção da punibilidade do paciente por ter incorrido, em tese, no delito previsto no artigo 10 da Lei n 9.437/97.

(20050020095323HBC, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 1ª Turma Criminal, DJ 14/12/2005 p. 140). 3. Ordem denegada.

Verifica-se que mesmo a legislação cedendo um prazo de 180 dias, para a regularização da arma de fogo, a jurisprudência afirma que mesmo dentro deste prazo, o fato acima discutido continua sendo crime.

Para uma melhor ilustração de como está seguindo a aplicabilidade desse novo ordenamento, agora aperfeiçoado, sobre o porte de arma, cita-se a decisão da 5ª Turma do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI 10.826/2003. PORTE DE ARMA. AUSÊNCIA. TÍPICIDADE DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO PROVIDO. 1410.826I. O porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (incluído no tipo os acessórios e a munição) é crime comum, de mera conduta, isto é, independe da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e de perigo abstrato, ou seja, o mau uso do artefato é presumido pelo tipo penal. II. Considera-se materialmente típica a conduta daquele que, mesmo sem portar arma de fogo, é surpreendido portando qualquer de seus acessórios ou munição. III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(1191122 MG 2010/0073658-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 05/05/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2011).

Esta jurisprudência enfatiza o teor do artigo 14 da lei supracitada, mostrando a eficácia de suas modalidades, utilizando-se da espécie de crime de perigo abstrato. Verifica-se que neste crime, não há necessidade do perigo concretamente demonstrado, e sim pelo simples fato portar ou possuir. O artigo relatado estende-se não só a portar arma de fogo, mas também a portar seus acessórios ou munições.

Nesse ínterim, tem-se a importância quanto a exposição acerca da posse ilegal de arma. Inicialmente, o delito que trata da posse irregular de arma de fogo de uso permitido, teve como objetivo prever apenas as condutas que aferem possuir ou ter sob guarda, conforme disciplina do texto da legislação vigente:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa (BRASIL, 2003).

O referido artigo, também tratou de especificar a possibilidade de ocorrência do delito quando a arma for encontrada dentro da residência ou do local de trabalho, uma vez que o possuidor seja o titular ou responsável legal pelo estabelecimento comercial. No mais, frise-se que o registro assegura o direito à posse de arma, sendo assim, a ausência deste registro, por si só, já torna a posse irregular, configurando assim o cometimento do delito, pelo possuidor da arma de fogo.

Em seu artigo 16 o Estatuto do Desarmamento trouxe um novo tipo penal, que se destinava especialmente às condutas relacionadas às armas de fogo de uso restrito ou proibido, é o que se extrai da redação da aludida norma:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa (BRASIL, 2003).

Mostra-se fundamental destacar que se trata de uma norma penal em branco, dado que as armas de uso restrito estão delimitadas no Decreto nº 3.665/2000, o qual aponta em seu artigo 3º, inciso LXXX, que armas, acessórios e munições de uso restrito e de uso proibido são sinônimos e, por serem de uso restrito, são controladas pelo exército e só podem ser utilizadas pelas forças armadas, ou quando autorizadas pelo exército, por algumas instituições de segurança, pessoas físicas ou pessoas jurídicas habilitadas. Já no artigo 16 do mesmo texto normativo é apresentado um rol taxativo que determina as armas, acessórios e munições de uso restrito. Convém indicar que o referido artigo prescreveu os mesmos núcleos previstos nos artigos 12 e 14, já destacados no presente trabalho, com uma nova circunstância que, neste caso, é a condição da arma de fogo ser de uso restrito ou proibido (ALMEIDA, 2017).

Para Nucci (2014), objeto material nestes crimes pode ser a arma, o acessório ou a munição. Cabe apontar que é indiferente em todas as tipificações para a ocorrência do crime se foi encontrado com o acusado: arma de fogo, acessório ou munição. De modo mais específico, para os efeitos da lei, arma de fogo é a arma que funciona por intermédio de deflagração de carga explosiva; acessório é todo apetrecho para a arma de fogo no qual a posse é regulada em lei, como por exemplo o silenciador; e munição consiste no artefato explosivo que pode ser deflagrado pelas armas de fogo, como o cartucho, que permite disparo do projétil de chumbo, ou, de outro turno, no caso de carregamento da arma pelo cano (antecarga), a pólvora, a bucha e o material utilizado como projétil também podem ser considerados munição.

É uma realidade cruel no Brasil quanto aos crimes violentos. Desse modo, é preciso que existam respostas para a sua redução. De certo modo, o desarmamento da população civil foi uma rápida resposta para essa situação. A criminalização se apresenta como um meio rápido para essas políticas gerais, mas talvez não seja a mais eficaz. O estudo de motivos e consequências desses atos ensejou em uma forma de compreensão crítica com deliberação para que seja alcançado o estado de segurança para a sociedade.

Ratis dispõe que:

No que se refere a incidência no Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), 17.950 mil pessoas foram presas pelo porte ilegal de armas (art. 14 do Estatuto); 2.275 mil pessoas presas por disparo de arma de fogo (art. 15 do referido Estatuto); 11.507 mil pessoas presas pela posse ou porte de arma de fogo de uso restrito (art. 16 do Estatuto) e 383 pessoas presas por comércio ilegal de arma de fogo ou tráfico internacional de armas de fogo (art. 17 e 18 do Estatuto). Dessa forma, tem-se um total de 32.115 mil pessoas presas por violação dos dispositivos presentes no Estatuto do Desarmamento. Pode-se concluir que com entrada em vigor da Lei 10.826/03, houve um aumento do número de presidiários no Brasil. Através dos dados, é possível observar como esse percentual é relevante dentro dos presídios brasileiros e que na prática, poucas melhorias ocorreram após sua vigência (RATIS, 2018).

Com análise do Estatuto do Desarmamento, são nítidos os efeitos contrários a sua finalidade. Isso porque, é omissa a ação do Estado quanto a segurança que a população necessita, mas não ofertam pela segurança pública. Em face de toda a realidade violenta, com o advento da proibição de armas, nota-se o estado de refém do cidadão da criminalidade. É determinado pela Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais para o indivíduo em sociedade, como direito a honra, vida, dignidade e segurança, porquanto, normas que tragam insegurança para os cidadãos.

O teor do artigo 5º da Lei Maior aponta a garantia concedida a todos os cidadãos residentes no Brasil a inviolabilidade quanto aos seus direitos à liberdade, igualdade, vida, propriedade e segurança. É previsto no inciso X do artigo em comento que, é inviolável o direito a vida privada, honra e intimidade. Já no artigo 1º, item III, é garantido o princípio de dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Nos termos do artigo 225 do Códex em comento, a qualidade de vida é concedida a todos em sociedade. Aponta-se que, o direito a liberdade, vida, dignidade, incolumidade física, propriedade, honra e segurança são considerados como bens jurídicos que são garantidos pela Constituição Federal, não existindo quaisquer dúvidas que esses direitos são invioláveis e intransponíveis.

Ratis ainda complementa que:

Os crimes violentos são uma realidade no Brasil e busca-se ao longo dos últimos anos alguma resposta para diminuí-los. Criminalizar, a exemplo do Estatuto do Desarmamento, não nos parece o método mais eficaz a seguir. No que se refere ao combate contra o crime organizado (aqui englobado o tráfico de drogas, o de seres humanos, exportação de armamento proibido e outros tipos de corrupção) é difícil vencê-lo através da punição individual do autor, porque a organização criminoso não se acaba e sua estrutura não é abalada (RATIS, 2018).

Mediante essa realidade, é notória a percepção que as armas de fogo não atuam como vetores de homicídios crescentes que são registrados no Brasil. Diante desses fatos é necessária a desenvoltura de políticas públicas preventivas. É um equívoco o pensamento que, o Estatuto do Desarmamento, com estabelecimento de uma relação direta entre o porte de armas e o comércio seria responsável para a diminuição da criminalidade.

É ainda preciso ressaltar que, os problemas derivados do armamento civil são iniciados com o aumento do quantitativo de armas em circulação. Isso porque, com ampla liberação, a lógica de que mais armas disponíveis geram mais crimes é assertiva. Uma outra problemática é também a disponibilidade e facilidade para até o porte de arma de fogo, pois, existem estudos que apontam que o porte eleva risco de morte do agente proprietário.

Além dos riscos para os proprietários, existem também riscos diretos para os familiares do mesmo. Isso porque, existem diversos relatos e estudos que apontam a preocupação quanto a crescente de suicídios, feminicídios e mortes de crianças. As armas potencializam tragédias. Mesmo com o devido acompanhamento psicológico para quem tenha abalo emocional e psicológico, ainda há quem utilize essa ferramenta para se ferir ou acabam culminando em suicídio em momentos de crises depressivas ou ansiosas.

Por esse aspecto, é indicado que armas não sejam manuseadas em residências, não para diminuir o risco para jovens, mas também pelo aumento do índice de suicídios em população com mais de 25 anos. Não é possível saber das lutas internas até mesmo de quem está próximo, mas é possível trazer menos riscos, não expondo objetos mortais a aqueles que podem se ferir ou a outros.

Em muitos momentos, é inevitável que crianças se acidentem, pois a fase da infância é importante para o desenvolvimento. A vontade de aventuras e também a curiosidade infantil são aspectos que devem ser estimulados. Por isso é necessária a proteção a crianças e adolescentes para que acidentes não sejam fatais. A facilidade em achar objetos perigosos como armas de fogo é um dos fatores que resultaram em trágicas histórias em que crianças acharam armas escondidas e suas vidas foram ceifadas.

Um outro ponto que deve ser levado em consideração para os perigos do armamento civil é a violência contra a mulher. Para muitas mulheres que estão em situação de vulnerabilidade, suas residências e moradia com pais, namorados ou maridos agressores, não possuem a possibilidade de recorrer a outros meios. A ameaça é uma ação constante em lares violentos.

Pode-se imaginar que, armas em uma residência poderiam ser mecanismos de proteção para mulheres vítimas de violência doméstica. Porém, é preciso considerar os casos em que a vítima não consegue utilizar a arma. Muitos são os casos em que, a posse de uma arma torna uma agressão física em morte. Os índices de feminicídio são elevados em todo o mundo e é preciso considerar que o armamento civil pode ser um vetor para um aumento, ainda mais, exponencial.

É preciso também considerar que, nenhum dos países com política armamentista conseguiu solucionar a violência pública com o armamento civil. Essa não é a solução. É preciso que haja uma revisão no teor do Estatuto do Desarmamento para que possa existir um controle efetivo de armas de fogo. É preciso que sejam implementadas medidas de fiscalização e controle para que o teor do Estatuto do Desarmamento seja cabível a realidade brasileira.

Isso porque, o uso de armas de fogo no Brasil possui um alto índice. O controle de armas no País é para o controle dos índices de armamento, para a população e também para que seja possível controlar o armamento voltado para a criminalidade. Para que seja possível entender o controle de armas, é necessário apontar o que a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1995 apresentou como “segurança humana”, com a finalidade de compreender e proporcionar segurança e direitos da pessoa humana, em conjunto com a segurança estatal (BANDEIRA, 2019).

Consoante o site da Câmara dos Deputados, o controle de armas possui o objetivo de que aqueles que sejam posse ou porte de armas de fogo cumpram os requisitos básicos legais. É também uma tentativa para a redução e o controle do uso de armas no País.

É necessário aplicar o controle de arma de fogo em razão das inúmeras tragédias que são decorrentes também do tráfico de armas, para que seja possível combater o armamento criminoso. Considerando que a criminalização é ligada ao uso de armas, o controle é advindo do Estatuto, com a finalidade de assegurar que aqueles que não deveriam consigam a posse de uma arma de fogo.

É necessário também a análise da violência social. A observação de casos que estão relacionados a posse ou porte de arma, sob a égide de emoções e condições mentais de indivíduos é um fator a ser considerado na discussão deste artigo. Existe o posicionamento acerca da posse de armas para combater a violência, contudo, existem alegações acadêmicas e científicas que a violência é resultado de questões de desigualdade social no País e ainda defendem que a posse de arma não é um meio cabível para solucionar a problemática da violência.

A violência que se menciona aqui tem a influência das diferenças de locais no Brasil, cultura, educação e costumes que o ser humano está cercado, aspectos aplicados para a construção de valores e a vivência social. Mediante essa consideração, não é a posse de arma que acabará com a violência. O cerne do problema é a desestrutura estatal em face do controle social.

É também cabível apresentar que a violência também é decorrente de valores do ser humano, assim como da sua psique, por conseguinte, impulsos gerados por uma situação podem gerar agressividade, portanto, as emoções são responsáveis pela reação a situações, especialmente estressoras e que podem desencadear homicídios ou lesões corporais.

A análise da emoção nesse contexto é cabível, pois, assim como mencionado anteriormente, existem muitas situações em que, o acesso a uma arma de fogo desencadeou situações de violência e violação a integridade e a vida humana. Portanto, traz-se o que Ekman aponta:

As emoções determinam nossa qualidade de vida. Elas acontecem em todos os relacionamentos que nos interessam: no trabalho, em nossas amizades, nas interações familiares e em relacionamentos íntimos. Podem salvar nossas vidas, mas, também, causar danos. Podem nos fazer agir de um modo que achamos realista e apropriado, mas também nos levar a agir de maneira extrema, causando arrependimento mais tarde (EKMAN, 2011, p. 13).

A facilidade para o acesso a uma arma de fogo é um vetor negativo para a violência. Isto posto, quanto maior o alcance para a posse de uma arma em uma residência, maiores são as chances em que circunstâncias de descargas emocionais gerem situações criminosas e que ferem a integridade física ou até mesmo ceifar a vida de alguém.

Conforme Ekman (2011), as emoções podem culminar em reações impróprias, com demonstrações emocionais de modo correto, mas com intensidade incorreta. Desse modo, aponta-se que o ser humano pode ser prejudicado pela emoção errada, mas também pela emoção com extrema intensidade, o que pode ser uma perigosa combinação com a posse de arma de fogo. A raiva é uma emoção que desencadeia diversas ações em que retiram a lógica do indivíduo e a sua consideração ao que é certo e errado, ao lícito e ao ilícito.

O maior perigo da raiva é quando o ser humano está inserido em uma situação constrangedora. Uma situação pode ser agravada rapidamente, sem que o indivíduo perceba ou que possa agir com controle, sendo então suas ações voltadas e guiadas pelo sentimento. A ação feita pelo comando da raiva pode gerar uma conduta inconsciente e inconsequente.

As pessoas se arrependem do que disseram em um momento de raiva. Em seu pedido de desculpas, explicam que estavam dominadas pelo sentimento e postulam que o que disseram não foi exatamente o que queriam dizer; suas atitudes e crenças verdadeiras foram distorcidas pelo poder dessa emoção. A frase “perdi a cabeça”, facilmente enquanto resta um traço de raiva e podem não desfazer o dano cometido. Quando se trata de uma questão de palavras em momentos errados o dano não chega a ser tão gravoso, e se falarmos no dano que pode ser causado na hora da raiva se o indivíduo esta com uma arma de fogo em mãos? O dano pode ser reparável? (EKMAN, 2011, p. 130).

Quando há a junção da raiva, como emoção, e a posse de arma de fogo, podem ser desencadeadas com maior facilidade, situações de lesões, de diversos níveis de gravidade, que podem ser irreparáveis e até mesmo, homicídios, que podem, pela ação ter sido gerada pela raiva, resultar em arrependimento posterior ou até imediato. Nesse mesmo sentido, foi conduzido um estudo intitulado *Emotion and Aggressive Intergroup Cognitions: The ANCODI Hypothesis*, por Matsumoto, Hwang e Frank (2017), ao qual apontaram que a raiva é um sentimento que pode ser considerado como um dos maiores vetores para a violência. Os autores apontam que:

A raiva vem sendo relacionada com ações normativas sociais, como a participação em demonstrações, concordar com posicionamentos ou participações diversas na desobediência de atos civis, com isso,

seu conteúdo é relacionado com ações não-normativa, como sabotagem, violência ou terrorismo (MATSUMOTO; HWANG; FRANK, 2017, p.1; tradução nossa).

As emoções, além da raiva, podem ser significativos vetores de violência. É cabível apontar que, quando se menciona violência, esta é abrangente em diversas questões. Contudo, se houver a relação da violência com a fácil acessibilidade de armas de fogo, há um aumento significativo de risco para a sociedade.

Além disso, é preciso apontar também que o instituto da violenta emoção, ao qual representa que, os indivíduos podem agir com base em emoções em situações extremas. Em conformidade com Lenza (2013), é uma situação em que o indivíduo está significativamente alterado, que não “mede suas ações”, o que diverge de ações que seriam o resultado de um estado emocional neutro.

Desse modo, consoante o posicionamento doutrinário desfavorável ao armamento civil, a afirmação que o armamento combaterá a criminalidade é vaga. Isso porque, não basta que o indivíduo esteja armado para autoproteção, pois, essa prerrogativa pode desencadear tragédias de ordem culposa ou dolosa. Um exemplo desse aspecto é quanto as inúmeras tragédias que foram decorrentes pela arma de fogo guardada em residência.

Em especial os casos que envolvem crianças são inúmeros, consoante estudo realizado por Pinho, Rodrigues e Estarque (2019), ao que apontaram que, em média, as ocorrências registradas são de a cada três dias, uma criança dá entrada no hospital em função de acidentes domésticos e por tragédias de arma de fogo. Com isso, o Ministério da Saúde apontou que, entre 2015 a 2018, houve 618 internações de crianças de até 14 anos, motivadas por armas de fogo.

Em função a todos os pontos levantados aqui, o armamento é necessário para o devido combate a criminalidade e também para a defesa da sociedade. Portanto, o armamento civil, especialmente para quem deseja a posse ou porte para uso indevido, sem a aplicação de controle, é uma circunstância que deve ser observada pelo Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa demonstrou que a norma infraconstitucional responsável pelo controle de armas para a redução das taxas de criminalidade não apresenta eficácia para este objetivo, tendo em vista as diversas limitações que a Lei possui quanto a compra e o porte de armas, ensejando em privação do cidadão quanto ao exercício de sua legítima defesa em face de estado de insegurança pública.

As armas de fogo fazem parte da vida humana desde os primórdios. São responsáveis por regulação de conduta de vidas em sociedade, pois, para o cumprimento

e execução dos dizeres legais, é preciso que existam meios de coação em casos de infratores desafiarem os preceitos da Lei em casos de insubordinação.

Para a realidade do Brasil, o porte e posse de armas pode ser verificado que é realizado por um seleto grupo de indivíduos, com sua aquisição conforme a Lei, sendo um número ainda mais seleto que possuem a prerrogativa de porte. Ademais, é restrita a aquisição de munições, o que enseja em lacunas quanto a melhorias técnicas para o uso de armas de fogo pela sociedade civil.

Registra-se que, esta pesquisa não visa o incentivo para a posse e porte de armas de modo irresponsável, nem mesmo a repetição e recompensa de qualquer agressão que seja sofria, pois, sugere-se pelo uso em extremos casos de necessidade, apenas para a defesa, mas sempre buscando a segurança.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gustavo Rodrigues Boscato de. **A atipicidade do uso de arma de fogo ineficaz e os tipos penais previstos no Estatuto do Desarmamento**. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2017.

BANDEIRA, Antônio Rangel. **ARMAS PARA QUE? O uso de arma de fogo por civis no Brasil e no mundo, e o que isso tem a ver com segurança pública e privada**. 1º ed. São Paulo: leYa, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 96759 CE**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14767828/habeas-corpus-hc-96759-ce-stf>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 06 mar. 2022.

_____. Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. **Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm>. Acesso em: 18 mar. 2022.

_____. Tribunal de Justiça, TJ-DF - HABEAS CORPUS: **HC 1302689200 68070000 DF 0013026-89.2006.807.0000**. Disponível em: <[https://tj-
df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6891423/habeas-corpus-hc-49438420068070000-df-
0004943-8420068070000/inteiro-teor-102190124?ref=amp](https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6891423/habeas-corpus-hc-49438420068070000-df-0004943-8420068070000/inteiro-teor-102190124?ref=amp)>. Acesso em: 18 mar. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 7. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

MATSUMOTO, David; HWANG, Hysung C.; FRANK, Mark G. Emotion and Aggressive Intergroup Cognitions: The ANCODI Hypothesis. **AGGRESSIVE BEHAVIOR**, v. 43, p. 93–107, 2017).

MATTOS, Diogo Castor de. **A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes de colarinho branco**. 2015. 149. Dissertação (Mestrado), Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015.

MOREIRA, Anderson Cleyton. **Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada e o atual entendimento dos Tribunais Superiores**. Artigo (Bacharel em Direito). Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR, Apucarana, 2012. Disponível em: <<http://www.facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-1497472327831.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RATIS, Matheus Almeida Paes de Lira. **A ineficácia do Estatuto do Desarmamento como medida de política penal para redução dos crimes violentos**. Monografia (Pós-graduação em Direito Penal). Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, 2018.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Estatuto do Desarmamento - Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido**. Carta Forense, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/estatuto-do-desarmamento---porte-ilegal-de-arma-de-fogo-de-uso-permitido/241>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

STRECK, Maria Luiza. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais**. 2008. 161. Dissertação (Mestrado), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

ZUBEN, Carolina Prado Von. **STF e o Princípio da Ofensividade**: uma análise jurisprudencial sobre o crime do porte ilegal de arma de fogo. 2013. 186 f. Monografia - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2013.

DIREITO DESPORTIVO TRABALHISTA

AUGUSTO TOZZO DOS SANTOS:

Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis.

ELOISA COSTA DA SILVA

(orientadora)

RESUMO: O objetivo deste trabalho é realizar uma revisão bibliográfica sobre o Direito Desportivo Trabalhista, utilizando doutrinas, monografias, jurisprudências e legislações gerais e específicas sobre o tema. A pesquisa será exploratória, portanto, buscará estudar mais a fundo o tema proposto baseando-se em fontes secundárias como por exemplo livros, artigos e monografias. Além de realizar uma revisão bibliográfica nas legislações, doutrinas e jurisprudências. Após realizar a leitura e obtenção de informações começará a redação do artigo. O Direito Desportivo são as regras, normas e princípios que regulamentam e organizam a prática do desporto, a Lei nº 9.615/98 a Lei Pelé estabelece normas sobre os desportos em geral, portanto é uma das principais regulamentadoras deste tema no Brasil. O contrato de trabalho desportivo regulamenta o vínculo empregatício entre a entidade desportiva e o atleta profissional, este assegura a remuneração entre as partes, sendo obrigatório ter o prazo determinado que pode ser no mínimo três meses e no máximo cinco anos, também sendo obrigatoriamente escrito. Deve obrigatoriamente ter a cláusula penal para o caso de rescindir unilateralmente o contrato, necessita também conter outros dispositivos específicos da atividade relacionada.

Palavras-chave: Lei Pelé; contrato de trabalho; atleta profissional; desporto.

ABSTRACT: The objective of this work is to carry out a bibliographical review on the Labor Sports Law, using doctrines, monographs, jurisprudence, and general and specific legislation on the subject. The research will be exploratory, therefore it will seek to further study the proposed theme based on secondary sources such as books, articles, and monographs. In addition to conducting a bibliographic review of legislation, doctrines, and jurisprudence. After reading and obtaining information, the writing of the article will begin. Sports Law is the rules, norms, and principles that regulate and organize the practice of sport, with Law No. 9,615/98, Pelé Law establishes norms on sports in general, therefore it is one of the main regulators of this subject in Brazil. The sports employment contract regulates the employment relationship between the sports entity and the professional athlete, this ensures the remuneration between the parties, being mandatory to have a fixed term that can be at least three months and at most five years, also being mandatory in writing. It must have a penalty clause in the event of unilaterally terminating the contract, it must also contain other specific provisions of the related activity.

Keywords: Pelé Law; employment contract; professional athlete; sport

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente devemos destacar que o esporte e o desporto não possuem o mesmo significado, esporte segundo o dicionário é: prática metódica, individual ou coletiva, de jogo ou qualquer atividade que demande exercício físico e destreza, com fins de recreação, manutenção do condicionamento corporal e da saúde, e desporto é a pratica de atividade física, mas com caráter competitivo ou seja de forma profissional seguindo regras pré-estabelecidas por entidades nacionais ou internacionais.

O Direito Desportivo são as regras, normas e princípios que regulamentam e organizam a pratica do desporto, a com Lei nº 9.615/98 a lei Pelé estabelece normas sobre os desportos em geral, portanto é uma das principais regulamentadoras deste tema no Brasil (BELMONTE, 2010).

De acordo com Lei nº 9.615/98 a lei Pelé o sistema brasileiro de desporto corresponde:

I - O Ministério do Esporte;

III – O Conselho Nacional do Esporte - CNE;

IV - O sistema nacional do desporto e os sistemas de desporto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, organizados de forma autônoma e em regime de colaboração, integrados por vínculos de natureza técnica específicos de cada modalidade desportiva.

O desporto pode ser feito de maneira profissional em que o atleta e uma entidade desportiva possuem um contrato de trabalho, que deve seguir o (art. 26, *caput* e parágrafo único da Lei nº 9.615/98), e também pode ser praticado de maneira não profissional em que não há a necessidade do contrato de trabalho e também não é obrigatório a utilização de todas as regras sendo assim mais informal, portanto, este não é incluído no direito do trabalho (MEDEIROS, 2011).

O contrato do atleta profissional deve ser por tempo determinado não podendo ter a sua duração inferior a três meses e nem superior a cinco anos (art. 30 da Lei nº 9.615/98) este contrato também deve possuir uma clausula indenizatória e uma clausula compensatória para o caso de finalizar o contrato antes do prazo determinado, o contrato do atleta profissional também deve obrigatoriamente ser escrito (art. 28 da Lei nº 9.615/98). Sendo permitida a assinatura deste contrato profissional apenas após os dezesseis anos. Para ser validado o contrato do atleta profissional este deve ser registrado

na entidade administrativa do esporte praticado além de necessitar obrigatoriamente respeitar as exigências do (art.º. 3 da CLT) (REZENDE, 2016).

Em caso de a entidade desportiva atrasar os pagamentos dos salários ou direito de imagem por dois meses o atleta poderá se recusar a jogar e se os atrasos persistirem por três meses ou mais ocorrerá a rescisão indireta do contrato de trabalho. Se por ventura ocorrer alguma transferência do atleta este obrigatoriamente deve dar a sua anuência para esta ser validada (REZENDE, 2016).

O contrato de trabalho do atleta profissional gera obrigação as duas partes sendo as do atleta listadas no art.35 da lei 9981/00:

Art. 35. São deveres do atleta profissional, em especial: (Redação dada pela Lei nº 9.981, de 2000)

I - participar dos jogos, treinos, estágios e outras sessões preparatórias de competições com a aplicação e dedicação correspondentes às suas condições psicofísicas e técnicas; (Incluído pela Lei nº 9.981, de 2000)

II - preservar as condições físicas que lhes permitam participar das competições desportivas, submetendo-se aos exames médicos e tratamentos clínicos necessários à prática desportiva; (Incluído pela Lei nº 9.981, de 2000)

III - exercitar a atividade desportiva profissional de acordo com as regras da respectiva modalidade desportiva e as normas que regem a disciplina e a ética desportivas. (Incluído pela Lei nº 9.981, de 2000)

Os deveres da Entidade desportiva estão listados no art.34 da lei 9981/00:

Art. 34. São deveres da entidade de prática desportiva empregadora, em especial:

I - Registrar o contrato de trabalho do atleta profissional na entidade de administração nacional da respectiva modalidade desportiva;"

II - Proporcionar aos atletas profissionais as condições necessárias à participação nas competições desportivas, treinos e outras atividades preparatórias ou instrumentais;"

III -submeter os atletas profissionais aos exames médicos e clínicos necessários à prática desportiva."

O advogado é de fundamental importância para garantir juridicamente os negócios realizados entre atleta e entidade federativa, devendo atuar principalmente nas áreas de

direito desportivo, direito trabalhista e direito tributário e auxiliando na realização de contratos e na transferência de atletas a outras entidades (MACHADO, 2000).

Os contratos dos atletas profissionais possuem vários tipos de direitos são estes o Direito Federativo que é o direito que a entidade possui em registrar o atleta a sua respectiva federação fazendo com que este fique vinculado ao clube, os Direitos Econômicos que são os valores gerados pela transferência do atleta, o Direito de imagem que é responsável pela licença do uso de imagem do atleta para exploração comercial e por último o Direito de arena que impede que terceiros sem a previa autorização utilizem de sua imagem para transmissões televisivas ou outros métodos de transmissão (NEHMY, 2011).

2. CONTRATO TRABALHISTA

O contrato trabalhista do atleta profissional deve ser feito em concordância com a CLT e a Lei 9615/98 a Lei Pelé esta segunda demonstra as particularidades que o contrato deve possuir em relação aos contratos trabalhistas convencionais. O contrato do atleta profissional deve ser feito com a entidade desportiva e este deve cumprir todos os requisitos do art. 3º da CLT, além de ser registrado na entidade que administra a categoria desportiva para ser considerado contratado do clube, este vínculo é trabalhista.

O contrato do atleta profissional possui inúmeras particularidades, por exemplo este deve ser obrigatoriamente escrito, deve ser por prazo determinado com duração mínima de três meses e máxima de 5 anos art.30 da Lei 9615/98 e é vedada a possibilidade de este contrato se tornar por prazo indeterminado. O jogador possui alguns direitos intrínsecos a prática desportiva sendo estes o direito de imagem, direito de arena, luvas, salários, bichos e etc.

O atleta profissional para ser considerado um contratado do clube ele não precisa estar registrado na federação competente por outro lado para este ter condições de atuar pelo clube ele deve ser registrado na devida federação.

Os atletas jovens de idade não inferior a 14 anos e não superior a 21 anos podem ter um contrato de formação que também deve ser por prazo determinado, mas este não gera vínculo empregatício.

2.1. Deveres do atleta

O atleta tem o dever de participar de jogos, treinamentos e outros meios que visam manter as condições físicas e técnicas do atleta, devem realizar exames médicos e tratamentos para que sempre se mantenham em condições de atuar em competições e participar das partidas do clube, além de respeitar todas as normas da respectiva atividade desportiva para evitar problemas para o próprio atleta e o clube a qual defende.

As obrigações descritas no parágrafo anterior estão previstas no art. 35 e incisos da lei 9965/98, porém não são as únicas que devem ser cumpridas pelo atleta profissional no art. 158 e incisos da CLT possui mais diversos deveres que devem ser cumpridos pelo atleta.

2.2. Deveres da entidade de prática desportiva

A entidade desportiva empregadora também possui diversos deveres sendo estes, registrar o contrato do atleta na entidade que administra a determinada modalidade esportiva, garantir aos atletas requisitos fundamentais para participar de jogos e treinos, além de realizar exames médicos regularmente para verificar se os atleta estão em plenas condições de desempenhar a prática desportiva, estes deveres estão previstos no art. 34 e incisos da lei 9965/98 além de ter a obrigação de respeitar outros deveres que estão previstos na CLT.

2.3. Passe

A partir de 1976 até sua extinção que ocorreu 2001 pela Lei Pelé o contrato do atleta de futebol possuía o passe que era o valor que um clube deveria pagar ao outro para contar o atleta durante ou após o prazo de vigência do contrato, este dispositivo era ruim para o atleta pois retirava sua liberdade de trabalho transformando assim os atletas apenas em produtos, sendo obrigados a realizar apenas as vontades dos clubes. Nesta época o atleta só conseguia sua liberdade de passe após os 32 anos e tendo trabalhado 10 anos no seu último clube. Na atualidade o atleta após o fim do contrato com o clube pode negociar com qualquer outra equipe pois fica livre no mercado.

3. DIREITO DOS ATLETAS

O atleta possui o direito federativo que surge após a assinatura do contrato e permanece durante sua duração, portanto o direito federativo é sinônimo de vínculo empregatício entre clube e atleta, este não pode ser dividido.

O contrato do atleta também possui o direito econômico, que diferentemente do direito federativo o vínculo não é obrigatoriamente entre jogador e entidade desportiva, a compra dos direitos econômicos pode ocorrer por outro clube ou até por um grupo de empresários, este pode ser dividido com outro clube comprando apenas uma parte dos direitos econômicos do atleta.

O atleta possui direito ao salário, gratificações, prêmios e outras verbas retributivas que são pagas pelo empregador, o salário do atleta é compreendido abono de férias, as gratificações, os prêmios, o décimo terceiro salário e outras verbas inclusas no contrato de trabalho, ou seja, o atleta possui uma parte da remuneração fixa (salário mensal) e uma parte variável que consiste nas gratificações e nos prêmios. A parte majoritária da doutrina

entende que o atleta não possui direito a horas extras e adicional noturno. O atleta pode ser submetido a concentração durante no máximo 3 dias durante a semana.

O atleta tem o direito a férias anuais de 30 dias, estas devendo coincidir com o intervalo das competições e eventos desportivos, visando a recuperação física do atleta este não pode participar de competições que possuam ingressos pagos nos 10 dias posteriores ao recesso.

O bicho é uma recompensa paga pela entidade desportiva ao atleta podendo estar prevista no contrato ou não, normalmente paga para incentivar o desempenho do atleta ou premiar a boa performance do atleta em alguma partida ou campeonato, não podendo este ser maior do que a remuneração mensal do atleta.

As luvas são pagas pela assinatura do contrato, na forma que foram acordadas entre o clube e o atleta, portanto são pagas para um jogador que teve um bom desempenho em clubes anteriores e é como se fosse um salário pago antecipadamente podendo este ser em uma única vez ou dividido em parcelas.

No contrato do atleta também está previsto o direito de arena que consiste em a entidade poder negociar ou permitir a utilização da imagem do evento esportivo para transmissão devendo separar 20% do valor adquirido e partilha-lo igualmente entre os atletas que participaram do espetáculo.

Direito de imagem este direito do atleta se trata de o atleta negociar o direito a sua imagem, mas não com o seu clube, e sim com terceiros que não estão na relação empregatícia portanto é diferente do direito de arena pelo fato de não utilizar as roupas do clube e não estar em eventos esportivos representando o empregador.

4. JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho compreende o tempo em que o atleta as ordens ou a serviço do clube, o atleta possui um acordo diferente dos trabalhadores habituais por conta de sua diferente forma de prestação de serviço, está jornada deve ser distribuída entre excursões, treinos, partidas e concentrações.

Não há previsão legal sobre o adicional noturno no contrato do atleta profissional, embora alguns julgados digam que o atleta possui direito ao adicional noturno e horas extras, o TST entende que se trata de uma condição própria no contrato de trabalho.

4.1 Concentração

A concentração se trata do período antecedente á partida em que os atletas permanecem em isolamento para que possam ter uma melhor alimentação e preparação

para o jogo. A concentração é um instituto especial que é previsto no contrato do atleta profissional por conta do tipo de atividade diferenciado que este possui.

A concentração é regulamentada pelo art. 7 da lei 6.354/76, este prevê que o atleta pode ficar concentrado no máximo 3 dias por semana contanto que possua alguma competição oficial ou amistosa e, portanto, o atleta deve estar à disposição da equipe em caso de partidas fora da local da sede do clube.

5. EXTINÇÃO DO VÍNCULO ESPORTIVO

O contrato do atleta profissional tem além das formas de extinção previstas na CLT e no Código Civil possui formas especiais de extinção do vínculo esportivo, sendo estas:

5.1 Término da vigência do contrato

Ocorre quando acaba o tempo estabelecido no contrato com o clube encerrando assim o vínculo com o clube e fazendo com que este não possa mais ser inscrito na federação como atleta do clube.

5.2 Pagamento da cláusula penal

Ocorre quando outro clube paga o valor para a rescisão do contrato do atleta com o clube em que está vinculado, a cláusula penal foi uma de proteger os clubes contra possíveis investidas de outros clubes a seus atletas durante as competições, em outras modalidades desportivas a cláusula penal não é obrigatória, porém nos contratos de futebol deve tê-la obrigatoriamente, em caso de as partes não fixarem a cláusula esta deve ser fixada pela Justiça do Trabalho.

Esta cláusula deverá ser paga em caso de transferência do atleta a outro clube, em caso do não cumprimento total do contrato ou por término antecipado do contrato por parte do atleta. De acordo com a Lei Pelé esta cláusula é determinada livremente entre o clube e o atleta, mas não poderá ultrapassar 100 vezes a remuneração anual do atleta para transferências nacionais, por outro lado não possui limite para o caso de transferências internacionais.

5.3 Rescisão por Inadimplemento Salarial

Este modo de rescisão irá ocorrer no caso de o clube não pagar os salários do atleta durante três meses, desta forma o atleta poderá se transferir a qualquer outro clube independente de ser nacional ou internacional e ainda terá o direito de receber a multa rescisória e as compensações que lhe forem devidas.

6. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DA JUSTIÇA DESPORTIVA

O atleta profissional possui peculiaridades portanto possui uma legislação especial, desse modo o local em que presta os serviços também é diferente pois está sempre transitando entre o centro de treinamento, estádio do clube e ainda viajando a outros municípios em que serão realizadas as partidas. Desta forma o contrato do atleta parece se enquadrar no artº 651 parágrafo terceiro da CLT que prevê para o empregador que trabalhe em local diferente do contrato de trabalho é permitido ao empregado ingressar com a reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

Por outro lado, doutrina e jurisprudência não concordam com a aplicação do artº 651 da CLT visto que os atletas estão sempre mudando suas cidades de domicílio por conta das transferências o que dificulta ou até impossibilita o acesso a jurisdição do atleta.

A Lei Pelé que regulamenta a categoria dos atletas profissionais não possui determinações sobre a competência territorial para ajuizamento das ações trabalhistas, esta não tem normas a respeito do processo-trabalhista. Desta forma como está previsto no artº 28 parágrafo quarto da Lei Pelé deve-se aplicar as normas gerais da legislação trabalhista.

A CLT aborda a competência territorial em relação as principais categorias portanto não há especificações sobre o atleta profissional. As frequentes transferências dos atletas para outras cidades ou até mesmo países complicam a ida às audiências devido a necessidade de faltar de seus compromissos com o novo clube.

Em contrapartida a parte do artº 651 parágrafo terceiro da CLT que destaca que o atleta pode ajuizar a ação em um dos locais em que ele prestou serviço isso pode facilitar ao atleta visto que ele pode ter jogado anteriormente na cidade em que ele se mudou atualmente, permitindo assim que ele ajuíze a ação neste local.

Concluindo, de acordo com a Lei Pelé deve se utilizar as normas gerais da legislação trabalhista, mas por outro lado fica evidente a necessidade de adequação as peculiaridades da profissão, o que parece ser mais adequado ao atleta profissional é o artº 651 parágrafo terceiro da CLT que prevê que o foro competente pode ser o da celebração do contrato ou o foro em que foram prestados os serviços desta forma gera um maior acesso à justiça ao atleta profissional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este projeto se refere ao direito desportivo trabalhista, abordando os direitos que a entidade desportiva possui em relação aos atletas além dos deveres que esta possui em relação aos mesmos como por exemplo registrar seu contrato nas federações além de manter os atletas com condições para disputar as competições. O artigo também aborda

os direitos e deveres do atleta em relação a entidade sendo estes se manter em condições para disputa de partidas e campeonatos ainda tem o dever de respeitar todas as normas e regras da entidade desportiva, seus direitos são salário, gratificações, prêmios entre outras bonificações que devem ser pagas pela entidade desportiva.

Para a composição destes artigos foram utilizados como base diversos artigos científicos bem como a leitura da Constituição Federal, Consolidação das Leis Trabalhista (CLT) e a Lei nº 9615/98 conhecida como a Lei Pelé, com o objetivo de esclarecer dúvidas sobre os contratos trabalhistas assinados pelos atletas de futebol bem como mostrar a importância do advogado para evitar possíveis injustiças que podem ser cometidas contra o atleta ou até mesmo contra a própria instituição.

REFERÊNCIAS

BELMONTE AGRA, Alexandre Direito Desportivo, Justiça Desportiva e principais aspectos jurídico-trabalhistas da relação de trabalho do atleta profissional, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região ed.47 pág: 77 a 97, Rio de Janeiro, 2010.
<http://portal2.trt1o.jus.br/portal2/pls/portal2/plsql/portal2/paginaprincipal/jurisprudencia_nova/revistas%20TRT-RJ/047/REVISTA%20TRIBUNAL%20REGIONAL%20DO%20TRABALHO%20DA%201%C2%AA%20REGI%C3%83O%20N%2047/DIREITO%20DESSPORTIVO.PDF>

FARIA, Tiago Silveira de. Livre acesso à justiça? a problemática da competência territorial no direito desportivo trabalhista. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, v. 13, n. 199, p. 51-57, jan. 2017.

LYRA FILHO, João. Introdução ao Direito Desportivo. Rio de Janeiro: Pongetti, 1952.

MACHADO, Rubens Approbato, Direito Desportivo, Ed. Mizuno, Campinas, 2000, p.11.

MEDEIROS, Diego Jansen Perdigão de Contratos e Problemáticas Trabalhistas no Direito Desportivo, Rio de Janeiro, 2011

NEHMY TUROLLA, Thiago. Direito de Arena x Direito de Imagem No Âmbito do Direito Desportivo. Juiz de Fora, 2011
<http://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5157/1/thiagoturollanehmy.pdf>

REZENDE, José Ricardo. Tratado de Direito Desportivo. 1ª ed. All Print: 2016. Disponível em: <http://www.incentiveprojetos.com.br/noticias/?url=o-vinculo-do-atleta-na-pratica-desportiva-nao-profissional>

A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR NA LGPD: UMA REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE SUA EFICÁCIA NORMATIVA A PARTIR DO PARADIGMA DA BOA-FÉ OBJETIVA

VINICIUS VITOR PEREIRA CAVALCANTE:
Bacharelado em Direito pela Universidade UnirG

ALCIVANDO FERREIRA DE SOUSA
(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa buscou examinar o contexto tecnológico com ênfase para a tecnologia dos dados, de modo a demonstrar seu valor comercial e relevância para a atual economia mundial, bem como seu caráter insidioso no que diz respeito aos direitos dos consumidores. Nessa perspectiva, chegou-se ao problema do indiscriminado acesso aos dados pessoais dos consumidores pelos entes privados, apresentando a dúvida se a LGPD englobaria um conjunto de sistematizações de dispositivos com potencial para reverter o atual quadro de invasão da privacidade do consumidor, sua manipulação e sedução, com vistas ao restabelecimento da boa-fé objetiva nas relações de consumo. Para reger o presente estudo, em suas bases metodológicas, adotou-se a matriz hermenêutica jurídica ontológica a fim de prestigiar a intersubjetividade na relação sujeito/objeto. Para garantir fundamentação ao questionamento, adotou-se as seguintes hipóteses: a primeira, atrelada às características contemporâneas da sociedade digital e suas implicações ao consumidor; a segunda, direcionada em favor da distinção dos institutos da titularidade e do exercício no que compete a informações digitalizadas do consumidor; e a última, focada em demonstrar a necessidade de diálogo real e manutenção da liberdade de escolha como direito básico do consumidor, o que refuta a ideia de mero conhecimento e enaltece a necessidade de consentimento real no que tange ao acesso aos dados dos consumidores.

Palavras-chave: Tratamento de dados pessoais. Consentimento. Titularidade. Consumidor, Dignidade da pessoa humana.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho bibliográfico se baseia nas informações relativas à Lei Geral de Proteção de Dados, de 14 de agosto de 2018. Apresentando seus pontos principais, as alterações visam englobar a necessidade atual de uma política que proteja mais os titulares dos dados, garantindo o cumprimento de seus direitos fundamentais.

Com os avanços e alterações na área da tecnologia da informação ocorridos no decorrer do século XX, Castells (1999, p. 50) fala que o ponto principal a ser abordado é a possível *morte da privacidade*, Ritt (2018, p. 33) reflete que essa expressão visa demonstrar a dificuldade de preservar elementos privados com todo o fluxo de informações existentes pelas tecnologias atuais.

Segundo Castells (1999, p. 51) os indícios de uma revolução tecnológica que estava por vir era iminente, pois processamento, comunicação e informações começavam a aparecer de todo lado e era aproveitada pelas grandes empresas. O autor diz que “[...] a tecnologia não é boa nem ruim e também não é neutra. É uma força que provavelmente está, mais do que nunca, sob o atual paradigma tecnológico que penetra no âmago da vida e da mente”. Torres (2019, p. 10) corrobora essa sentença mostrando como a contemporaneidade está representada pelo grande acesso à informações. Cada vez mais a detenção de informação e dados significa ter poder, sendo mais difícil determinar conceitos de liberdade perante tais temas.

O tema da proteção de dados está relacionado diretamente com a privacidade, mas não se deve confundir erroneamente com o direito à privacidade, sendo esse ligado à personalidade. Com isso percebe-se a necessidade da criação de regras para a aplicação do direito em si e para a execução de sistemas de informação que lidam com os dados privados. O direito à privacidade não apresenta a necessária dinâmica de manipulação dos dados, já que a velocidade de processamento é em espaço de tempo cada vez mais curto (OLIVEIRA, 2017, p. 12).

Conforme Torres (2019, p. 10) pode-se introduzir a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) dentro do contexto mundial, em que vários debates são recorrentes sobre a manipulação dos dados privados de pessoas físicas por empresas, órgãos de mídia e órgãos públicos. A preocupação com a proteção das pessoas é crescente, fazendo com que esse aspecto gera diversas discussões atuais de até que lugar a tecnologia pode se limitar no quesito dados pessoais e sua utilização.

Nesse contexto, em que novos modelos de negócios emergem, as grandes empresas de internet mundial, como Google, Facebook e Apple, utilizam dados de seus usuários para direcionar seus anúncios, de maneira a atingir um número de interessados nos temas maiores. Assim, quanto mais informações forem obtidas acerca de hábitos e preferências pessoais, maior é a probabilidade de que os anúncios alcancem as pessoas certas, potenciais consumidores de produtos ou serviços anunciados.

As questões que permeiam o desenvolvimento do estudo estão relacionadas ao acesso indiscriminado a dados privados de consumidores. Com isso a LGPD traz um conjunto de dispositivos legais que visam regulamentar a manipulação de tais informações, para retomada da boa-fé nas relações.

A título de hipóteses, a pesquisa investigativa busca esclarecer informações pouco difundidas na sociedade, precisamente no que diz respeito a utilização e tratamento dos dados pessoais, também mostrando como estes dados estão sendo utilizados. A nova lei informacional (LGPD) regulamentadora objetiva divulgar os direitos aos que realmente interessam, fazendo com que o tratamento seja da forma mais adequada possível visando os interesses dos titulares das informações.

Inicialmente o presente estudo apresentará um capítulo no qual descreve-se a economia atual, sua flexibilidade, apresentando assim os fluxos permanentes de dados pessoais, além de explicitar a nova tecnologia de dados utilizada atualmente por grandes empresas, o que se reflete na atual dimensão da economia mundial, muito mais voltada para as informações de grande quantidade de pessoas.

No terceiro capítulo será abordado a LGPD em si, suas nuances principais e no que se apoiará para vigorar no Brasil. Serão relacionados os diferentes direitos que o titular de dados possui, ligados aos princípios básicos da legislação. Para um maior entendimento estes princípios serão expostos, juntamente com a oposição entre o consentimento e o legítimo interesse que o controlador tem para si poder do tratamento de tais dados.

O quarto e último capítulo aborda o ponto da autodeterminação informativa, a qual resulta o direito à privacidade por parte dos titulares dos dados, o tema da construção da personalidade do indivíduo é outro tema exposto, com isso mostrando os aspectos relacionados à liberdade na construção de tais personalizações, além de explorar os direitos inerentes ao titular que os garante a execução.

2. ECONOMIA FLEXÍVEL E FLUXO DOS DADOS PESSOAIS

Em que pese os dados pessoais sempre foram coletados para fins de comércio, o negócio jurídico muito se atualizou até os dias atuais, e tais inovações alteram e muito a forma com que tais dados passaram a ser tratados.

A privacidade e a proteção dos dados pessoais do consumidor estão em uma nova seara do direito, muito embora o direito do consumidor se destaca com evidência no mundo jurídico, a proteção e o tratamento de dados surge com uma abordagem maior. O

processo tecnológico e a intensificação do fluxo e o processamento de informações alteram quantitativa e qualitativamente a noção de intromissões indesejadas na vida privada.

É importante frisar que o que não era quebra de privacidade outrora, hoje pode ser, novas relações se formaram métodos inovadores que se integraram no cotidiano das pessoas em suas relações de consumo.

Mendes em sua obra sobre Privacidade, dividiu a proteção de dados e defesa do consumidor em duas partes: a primeira tratando do desenvolvimento das características e das perspectivas da proteção de dados, a outra examina e demonstra a mutação que o conceito de privacidade teve ao longo do tempo, no segundo capítulo a obra analisa o papel da informação e das relações de consumo, em especial o tratamento de dados nessas relações.

[...] Ao fundamentarem o direito à privacidade, Warren Brandeis relaciona a sua proteção à inviolabilidade da personalidade, rompendo com a tradição anterior que associava a proteção à vida privada e propriedade. Nas suas palavras, o princípio que protege escritos pessoais e outras produções pessoais, não contra o furto ou a apropriação física, mas contra toda forma de publicação, é na realidade não o princípio da propriedade privada, mas o da inviolabilidade da personalidade [...].

Doneda, contempla bem esse panorama do direito à privacidade, quando diz que é a característica do nosso tempo a preocupação com questões relacionadas à Privacidade e a sua tutela "É característica do nosso tempo a preocupação com questões relacionadas à privacidade e sua tutela (DONEDA, 2006, p. 7).

Outro aspecto não menos relevante são os resultados que vieram junto com a alteração da percepção da pessoa humana pelo ordenamento jurídico, seja a demanda de ações ou a necessidade de adequação para não estar à margem da lei. Cabe também ressaltar que o direito à privacidade originou-se como um direito dos mais bem aventurados na escala social. Por óbvio, a classe baixa ou os não tão bem sucedidos, não sentem sua privacidade violada quando recebem uma abordagem e o interlocutor tem número de seus documentos, endereço e demais informações, pois está mais preocupado com a resolução do negócio jurídico pretendido, seja o contrato de aluguel, conta da luz, da água, com a fidelidade no plano de internet, etc.

2.1 A TECNOLOGIA DE DADOS

O direito digital, muito embora venha sendo explorado e descoberto por outras nações, para nós é um direito de 4ª dimensão. A internet no Brasil teve seu *start* em 1988 pela iniciativa dos estudantes e professores da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, liderados por Oscar Sala e cariocas da Universidade Federal do Rio de Janeiro. No entanto, somente em 1996 a internet brasileira passou a ter seus *backbones*.

Backbone significa *espinha dorsal*, sendo o termo utilizado para identificar a rede principal pela qual os dados de todos os clientes da internet passam. Esta rede também é a responsável por enviar e receber dados entre as cidades brasileiras ou para países de fora.

Somente em 2014, a Lei Federal nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet (MCI), representou uma grande conquista. Um amplo debate se deu em torno da matéria que consagrou princípios básicos que a décadas já haviam sido consolidadas por legislações estrangeiras. Inspirada no "Decálogo da Internet", o Comitê gestor no Brasil, para justificar as ações, estabeleceu consultas à população, pelo menos duas foram as fases. A primeira, sobre o que deveria fazer parte da legislação. E na segunda fase, o apoio das contribuições da sociedade em geral. Foi criado um texto base e este submetido aos comentários novamente da sociedade. Todas elas *on-line*.

Assim, o MCI assegura vários direitos aos usuários da internet e estabelece:

art.8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil. Lei nº 12.965 de 23 de Abril de 2014

O MCI veio e garantiu a privacidade do internauta tanto em relação ao tratamento de dados como à inviolabilidade e o sigilo de suas comunicações, muito embora a Constituição de 1988 no seu art. 5º inciso XII já havia consagrado o direito.

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

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996).

Muito embora já houvessem ocorrido transgressões legais dos provedores para com os direitos dos usuários, faltava ferramenta adequada para a judicialização. As dificuldades de buscar provas, acessar informações e responsabilizar os culpados eram enormes. Com a legislação inovadora, ficaram os provedores obrigados a manter os registros de conexão, assim como os *logs* (conjunto de dados criados pelo acesso à internet).

Essa retenção de informações já aconteceu em países europeus e foi muito criticada. Após atentados terroristas de 2004 e 2005, ficou claro a inevidência. O parecer Peter Hustinx enfatizou que a diretiva, não alcançou seus objetivos. Os mecanismos de retenção de dados não são úteis, nem necessários para combater ilícitos online. As leis nacionais europeias e internacionais de privacidade, tais como as implementadas, não obedecem às próprias normas europeias e internacionais de privacidade, violando assim direitos fundamentais dos cidadãos.

Exatamente por isso o MCI no Brasil não determina a retenção indiscriminada. Os dados são armazenados por período de tempo fixado em lei de um ano, somente podem ser abertos quando e sob investigação de possível ato ilícito.

Como se sabe a Constituição de 1988 zela pela liberdade de expressão como direito fundamental que é, o livre fluxo de informações nada mais é que tal direito sendo respeitado, gerando desenvolvimento social, econômico e cultural.

Para garantir tal liberdade os MCI, em seu art. 19, estabelece as regras para os provedores de aplicações quanto ao que seus usuários divulgam e expõe na rede. Isso fez com que os provedores de conteúdo tomassem precauções quanto quem acessa e alimenta a rede. Assim, para se pôr ordem judicial se faz imperativo a requisição de tais informações cujo cunho identificativo seja fornecido e assim possa haver responsabilização.

A coleta de dados merece atenção, tanto empresas quanto governos praticam o *deep packet*, (DPI inspeção profunda de pacotes) para analisar informações. O PRISM (Programa de vigilância) um programa computacional, deu condições à NSA (*National Security Agency*) e FBI (*Federal Bureau of Investigation ou Departamento Federal de Investigação é uma unidade de polícia do Departamento de Justiça dos Estados Unidos*), para coleta informações de, pelo menos nove companhias, outras foram obrigadas a cooperar fornecendo dados de seus internautas. Importante lembrar que o Google é de uso em vários países, portanto, não só a população norte americana tiveram suas informações coletadas sem consentimento, pelo seu governo.

Hoje com apenas alguns cliques, o consumidor pode comprar um item desejado que se comercializa em outro país. Mais do isso, tem a garantia da aplicação legal de normas de proteção e de defesa do consumo. O comércio eletrônico possibilita várias benesses, não só para quem compra mas para quem vende também. O comércio eletrônico ficou com 68,35% nos últimos vinte meses, segundo aponta o índice MCC-ENET (2018-2019).

No Brasil, o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor(CDC), Lei Federal no 8.078/90, contemplou o direito de arrependimento. Trata-se do art. 49 parágrafo único. Nele, o consumidor pode rescindir o contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

art.49[...]

parágrafo único Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.(Lei nº 8.078/90)

O legislador que deu ao consumidor o direito de ver e avaliar o produto ou serviço adquirido sem prévia análise. Pode-se assim dizer que o *e-commerce* é o novo meio de comércio. A compra e venda, ou a troca de produtos se faz totalmente online, sem que os sujeitos de direitos tenham contato físico/visual. Coelho explica que "nada mais é que a venda de produtos (físicos e virtuais)ou a prestação de serviços realizados em estabelecimentos virtuais. A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção

eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se por meio da rede mundial de computadores (comércio inter náutico) ou fora dele” (COELHO, 2000, p.32).

Indiscutivelmente as relações contratuais entre grandes empresas seriam inviáveis sem a internet. Levaria meses o que hoje leva minutos para se fazer negócio jurídico. Com esse advento e modalidade de comércio foram muitas as comodidades e mais um grande ônus aos consumidores. Porém, os maus fornecedores, e até mesmo os bem intencionados, por estarem por detrás da rede, não ofereciam um pós venda adequado. Assim, mesmo após o CDC, em 2013 o Decreto Federal nº 7.962/2013, estabeleceu regras de fácil adequação aos fornecedores, como o dever de informar, em local de destaque e fácil visualização no site, dados pertinentes como nome empresarial, número do CNPJ, endereço físico do estabelecimento entre outros tantos.

Em comum, o fornecimento de produtos e serviços por meio da internet, conta com uma estrutura organizada. Ali encontramos três organismos distintos: o primeiro o de mantenedor da plataforma, o segundo o de fornecedor de produtos e serviços e o terceiro, e não menos importante, o consumidor. O mantenedor do sistema(site), é o responsável pelo tratamento dos dados. Figura de relevante atuação, pois é ele que de posse dos dados poderá dar o devido suporte ao fornecedor de produtos e serviços, destacando quais os produtos mais buscados, quanto tempo cada consumidor ficou em cada página do site, qual momento houve desistência, como o consumidor chegou até a plataforma etc. Essas informações podem ajudar ao fornecedor como melhor se direcionar no mercado e tornar seu produto mais interessante.

Há de se tomar cuidado especial quanto a tais plataformas porque é dever de informação desta, esclarecer ao consumidor, se o produto pesquisado está sendo ofertado por um fornecedor que observa o art. 3º do CDC. Pois a exemplo do Ebazar.com.br LTDA, temos a possibilidade de qualquer indivíduo colocar à venda um objeto que não deseja mais, se passando por bom vendedor/prestador e competindo seus produtos e serviços a consumidores e fornecedores sem cumprir, necessariamente, as responsabilidades da lei.

Em qualquer caso, será incontroversa a responsabilidade da plataforma digital pelo possível descumprimento de seus deveres. As informações, conteúdo, termos de uso e riscos da contratação são suas obrigações. O mesmo se dará em relação ao que venha a ocorrer com o tratamento dos dados pessoais do consumidor. Deve-se levar em conta também o aspecto do bloqueio e exclusão do consumidor via ambiente virtual que tenha acesso controlado a cadastro, senhas, dados financeiros. Hipóteses em que o fornecedor submete-se aos limites das práticas abusivas, art. 39, inciso II do CDC.

Outra inovação oferecida pelo paradigma tecnológico no mercado de consumo, são os denominados Contratos Inteligentes. Estes, diferenciam-se dos demais contratos pela particularidade de sua execução parcial ou final. Uma vez que se dá pelo meio virtual, onde o algoritmo executa as ações até quando interessar aos contratantes.

São várias as vantagens nesses contratos. Além da facilidade e agilidade, há redução de conflitos entre as partes decorrentes das cláusulas ambíguas e dos riscos de inadimplentes, uma vez que métodos de pagamento dão maior garantia dos que as vendas em estabelecimento físico.

Da mesma forma, o caráter auto executável desses contratos não elimina a legalidade sobre o conteúdo. Quando houver, cumprirá o fornecedor alterar a programação pré-determinada à execução do contrato, promovendo as adequações. Assim também eventuais falhas no sistema que sirva de meio. Os contratos inteligentes são compreendidos no âmbito do que é risco inerente à atividade do fornecedor, razão pela qual deverá responder pelos prejuízos que, em razão dessas falhas, forem causados aos consumidores.

Não só o método de fornecimento, mas os produtos e serviços são inovadores, e se dividem em três distintas classificações. Estes podem ser os bens digitais, a internet das coisas ou a inteligência artificial. Os bens digitais, informações pessoais ou não, os quais têm valor ou podem agregar para o fornecedor, que desejam ofertar produtos e serviços para eles, o popular mailing, mesmo com regulação por lei ainda há o comércio ilegal e de fácil constatação. Um exemplo é o banco de dados onde é determinada a classe de profissionais ofertada na internet para empresas.

A internet das coisas, é o conceito que se refere à interconexão digital dos objetos do dia-a-dia com a internet. Para ilustrar um exemplo clássico como das montadoras de automóveis que agregam internet aos acessórios de seus modelos, temos o Mobii que está sendo desenvolvido pela Ford e pela Intel, onde pretende reinventar o interior dos automóveis. Ao apropriar-se de um veículo com essa tecnologia, o condutor terá o reconhecimento do rosto por uma câmera, onde por este meio, receberá informações que facilitará seu cotidiano, recomendações de músicas, orientações para acionar mapa com GPS entre outras facilidades.

Muito se fala em tratamento de dados que nada mais é do que o uso ou o preparo dos dados. Assim, uma empresa qualquer, que a partir do cadastro de seus clientes em seu software, analisa a data de nascimento para fazer uso desta informação e parabenizá-lo na data de aniversário. Muito embora o Brasil tenha o MCI e logo teremos a Lei Geral de

Proteção de Dados da LGPD, é inegável o atraso do legislador nesse campo do direito ao compararmos com legislações internacionais.

Dois são os modelos mais latentes, o Europeu e a experiência Italiana. Como o Norte Americano, desde já é necessário ressaltar que tais modelos pertencem e foram produzidos por duas grandes escolas do direito, o *Common Law* e o *Civil Law*.

Ao mesmo tempo, deve-se ter ciência que tal diferença e particularidade não só influenciou na criação, mas também no desenvolvimento de tais legislações e entendimentos. Torna-se relevante tal dado, quando países da escola Common Law, resistem em associar a matéria aos direitos fundamentais. Cada um desses modelos se apresenta com uma roupagem. O europeu é sistemático, estruturas a partir de diretivas que nada mais é que um instrumento normativo com fontes do direito comunitário, com tratados, regulamentos e decisões, ou seja, a diretiva europeia tem a função de uniformizar a legislação.

Mesmo assim, da parte europeia as dificuldades não foram poucas. O modelo não existe efetivamente de forma “pura” por mais minuciosa que tenha sido a construção. Com a regência da diretiva, a aplicabilidade direta ocorre somente na exceção, já que a lei aplicada, na maior parte dos casos, é nacional, ressaltando a transposição da diretiva por cada estado membro.

Não poderia ser diferente. Diversos ordenamentos nacionais sofre os efeitos de uma uniformização que pretende, não somente a diminuição dos atritos entre outros ordenamentos, mas a promoção de valores e da moralidade cuja a referência máxima é referenciada no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que é específico quanto a proteção de dados pessoais.

A primeira tentativa foi da Alemanha em 1970, com apenas 17 artigos. A lei era muito sintética, apenas tentava regular a atividade dos Centros de Processamentos de Dados (CPD). Geridos pelo poder público, embora sucinta, foi pioneira inclusive em instituir o primeiro comissário para proteção de dados pessoais. Porém foram os suecos que se preocuparam com os dados pessoais e legislavam sobre controle de banco de dados em 1973. Já na França, só em 1978 com a denominada *informatique et libertés*, passou a regulamentar sobre a matéria. Tal tutela ficou com o CNIL – Commission Nationale de L’Informatique et des Libertés que teve a responsabilidade de zelar a sua aplicabilidade. Posteriormente vieram as legislações da Dinamarca, Áustria, Noruega, Luxemburgo e Islândia.

Todos queriam dar uma solução comum ao problema. Ainda em 1973, a Assembleia do Conselho Europeu requisitou ao comitê de Ministros a adoção de instruções que relacionassem o novo fenômeno das coletas de informações. Só então foi publicada uma resolução que incentivava países a adotar princípios mínimos da matéria, com vistas a uma futura convenção. Não há como não mencionar outros países do Velho Continente que editaram suas normas. Ainda na década de 1970, Portugal e Espanha, após seus períodos ditatoriais e com novas constituições aprovadas em 1976 e 1978 respectivamente, fizeram com que nelas constarem normas referentes à matéria relacionada à privacidade e à informática.

Foi a primeira vez que se percebeu que uma legislação nacional não seria suficiente para resolução deste problema. Mesmo estes países que legalizaram em suas constituições não estariam livres, pois bastaria que o banco de dados estivesse fora do território nacional, a lei seria ineficaz. Então em 1995, cerca de 18 países têm a Diretiva 95/46 incorporada a suas legislações, assim como compromisso que emana das normas de acordo com o conteúdo normativo da Diretiva que em boa parte é bem definido e detalhado.

Em 2002 nova Diretiva é editada na área da proteção de dados pessoais pelo parlamento do Conselho Europeu. Está, muito contribuiu e atualizou-se com a realidade tecnológica. A formação do direito à privacidade, no caso da norma italiana, foi pura obra de jurisprudência. Claro que com apoio da doutrina, mas concisa. Com a evolução do direito à privacidade, em outros países, ao contrário de seus vizinhos, a Itália não legislou especificamente sobre a matéria. Obrigando-se a fazê-lo por força de acordo externo, somente em 1996. Sendo o penúltimo estado da União Europeia a legislar especificamente sobre, assim fez às pressas para adequar-se à Diretiva.

Nesse sentido, Lyon em seu livro "El Ojo Eletrônico" traz de modo muito claro, indagações a respeito do que é e até onde vai esse novo direito à privacidade de direitos humanos.

Qué significa esto para nuestros sentimientos de identidad, nuestras expectativas vitales, nuestros derechos humanos, nuestra intimidad? Cuáles son las implicaciones para el poder político, el control social, la libertad y la democracia? Estas son precisamente las preguntas que aborda este libro. (Lyon. 1994. P.18.)

No ordenamento norte americano, o right to privacy é o componente principal na identidade do direito e tem, de forma generalizada junto aquela sociedade, sua concepção quanto a valorização da privacidade tão valorada e prezada. Ao mesmo tempo ambígua,

pois em situação de conflito com o direito de liberdade de expressão, é com frequência tido em maior consideração.

O exame do desenvolvimento e da postura norte-americana em relação à privacidade é tarefa que se dá por vários aspectos. Ligados diretamente ao tráfego internacional de dados pessoais, não podemos esquecer que a rede nasceu e ganhou relevo em território norte americano. Os limites desse direito foi amplamente debatido no século passado e não arrefeceu desde 1902, quando a corte de apelos de Nova Iorque, no caso *Robertson*, negou veementemente a existência de um *ring privacy*.

2.2 A NOVA ECONOMIA PERSONALIZADA

Ao longo da história a sociedade passou por várias transformações sociais e econômicas. Inicialmente de forma agrícola onde a fonte era a produção da terra. Era o produto agrícola que impulsionava toda a economia e a sua toca se consolidou como a primeira prática comercial, ou seja, o escambo. Um grande marco para a humanidade foi a Revolução Industrial onde surge a mecânica, o uso do vapor, da eletricidade e a produção fabril gerando a formação de riqueza para os pioneiros no setor industrial.

Mas foi após a Segunda Guerra Mundial que os serviços ganharam destaque socioeconômico. Para a sociedade da época, pós industrial, era mais o momento de que produtos produzissem. Mas sim, de quem ofertava serviços. Ganharam aí destaque, os setores bancários, de seguros, de educação, de saúde e de assistência jurídica.

Atualmente a informação é o valor do momento para o desenvolvimento econômico. Todas as formas adquiridas até então de desenvolvimento econômico e que tanto nos serviram para a evolução, hão de agora usar a informação via tecnologia para continuarem o processo de existir. Esta nova forma social está sedimentada em razão da tecnologia cada vez mais emergente. A velocidade das transações, das informações, da forma como os negócios comerciais funcionam hoje é incomparável com as do passado.

Por isso, a informação tem papel estrutural na organização da sociedade atual, claro que não sozinha, mas protagoniza de forma valorosa.

[...] A grande guinada para o estágio atual da capacidade de processamento de informações foi a transição da plataforma na qual é sobreposta. Antes, o acúmulo, o armazenamento e a transmissão da informação dava-se na forma de átomos. Isto é, por meio da conjugação das partículas que resultam em algo denso material e fisicamente, como, por exemplo, um livro ou um ficheiro e que o

papel absorvia, por meio da técnica da escrita, a informações que se pretendia condensar, até que os descobriam os *bits* que conseguiram agregar, por meio de sistema binário de dígitos (1 e 0) a informação de unidade menores. Tal técnica empregou uma linguagem[...] (BIONI, 2018, P. 6)

Este dado foi um marco importante na quantidade de informações, levando os computadores a um status relevante quanto ao uso e a necessidade. Seria impossível o uso e a organização de tais informações sem o computador e seus periféricos.

A linguagem binária supriu a necessidade de ter uma organização aceitável ao ponto de acompanhar a velocidade e o poder de armazenamento. Fazendo uma comparação entre um arquivo de papel e um digital, onde ambos contendo a mesma informação, é evidente que no momento de buscá-la se torna muito mais moroso no arquivo de papel(físico). A morosidade na busca e recuperação para o uso mata toda a eficiência que ter informação à disposição para o uso. Fato que no arquivo digital, com a linguagem binária não aconteceria.

[...] pense, agora, naquele indivíduo que tem todo seu arquivo digitalizado e salvo em alguns dispositivos. Para ele, bastará efetuar uma busca de *search* com as palavras-chaves do arquivo pretendido, havendo, inclusive, a opção de que a busca alcançar palavras que estão no próprio corpo do documento. Nesse caso, portanto, até mesmo os mais desorganizados, que não nomeiam seus arquivos, poderão ter acesso a informação desejada e, sobretudo, rapidamente. [...] (BIONI, 2018, P. 9)

Tanto o mercado quanto a economia estão interligados entre si, a ciência mercadológica, profissionais de marketing perceberam o potencial dos dados, e da tecnologia no tange fala tecnologia da informação (TI).

Os marqueteiros sempre trabalharam para influenciar o cidadão ao consumo de um produto ou de um serviço. Ocorre que com o tempo perceberam que gastavam e muito com tais tentativas. Faziam grandes campanhas, difundiam na coletividade genérica para atingir apenas uma porcentagem. Com a TI e o tratamento de dados ficou mais fácil, pois se oferece o necessário a quem de fato necessita.

[...]Ainda que seja paradoxal, a ciência mercadológica percebeu que tal comunicação e massa era ineficiente, uma vez que se

desperdiçava esforços que não teria qualquer pretensão a consumir o bem anunciado [...] (BIONI, 2018, P. 17)

Tal mecanismo começou muito cedo, muito próximo ao nascimento dos navegadores web. Isto foi possível com os *cookies*, que nada mais é que arquivo em txt. Ou seja, arquivo de texto onde o algoritmo do navegador grava as tendências do usuário de computador. O registro da navegação permite ao mercado analisar o que mais interessou ao cidadão, quais cliques ele fez, quais anúncios chamou mais atenção, e ainda qual página ou informação mas permaneceu. Sendo visualizada com tais informações sedimentadas (dados tratados), o interessado, neste caso o fornecedor, consegue enviar com foco, propostas de vendas a internautas que por aquilo estão interessados.

Por isso, a publicidade comportamental online superou o marketing tradicional, reduziu custos, aumentou o êxito e porque não dizer, trouxe felicidade aos consumidores que têm o anúncio do bem correlacionado com suas intenções precisamente harmoniosas. De maneira muito similar, as redes sociais e as grandes empresas da internet das coisas, acumulam muitas informações de seus usuários. Sedimentando e analisando, podem ter dados tratados. É impossível não ser assim hoje. Após efetuarmos um *login em um* computador, sistema ou serviço seja público ou privado estamos passíveis a tais coletas, que podem ser usadas por terceiros no futuro para a oferta, conferência ou cruzamento de informação.

Uma revolução está acontecendo. A privacidade está em *check in*. Os grandes nomes como Apple, Google e Microsoft têm realizado maciços investimentos em vigilância ou coleta de dados. Já temos tecnologia de direcionamentos de anúncios com base em emoções, sistema de direção e processamento de movimentos. O que identifica precisamente o estado mental do usuário no momento em que usa seu *smartphones* e projeção de algoritmos para identificar expressões faciais ao assistir vídeos no *Youtube*, por exemplo. Há uma realidade na estruturação dos dados pessoais. Susanne Lace concretizou a expressão *consumidor de vidro*, relacionando as vontades das pessoas com a transparência que o vidro tem.

Esta estruturação, coleta e tratamento vai robotizar não só a invasão da privacidade mais a culpa e dolo na ilícita invasão. Chegaremos ao ponto onde teremos que analisar minuciosamente por quem a ilegalidade foi praticada. Dias automáticos estão próximos. Isso faz muita diferença quando comparamos o dia-a-dia de um médico, um CEO de uma empresa com o cotidiano de uma diarista ou do vendedor de vassouras que passa em nossa rua vendendo seu trabalho.

Em que pese todos somos iguais perante a lei e isso é de fato. Bem, é clara a necessidade que algumas pessoas têm quanto ao conhecimento quando estas são remetidas a uma condicional, opção esta que aceita para ter o valor solicitado ou não aceita e fica sem a necessidade às vezes básica, clássico exemplo é o aceite e a assinatura de um contrato de adesão.

De fato na vida online tudo parece *free* ou gratuito. Normalmente se pergunta como se dá esse modelo de negócio se quase tudo está disponível na internet sem a contraprestação pecuniária. Mas o que muitos não percebem é que o disponibilizado pelo internauta vale mais que dinheiro. Os dados não só os pessoais mas os gerados na própria navegação é uma potência econômica infinita. Tais vontades ali demonstradas podem ser usadas, vendidas, negociadas enfim por vários e infinitos fornecedores de produtos e serviços.

[...]No modelo de negócio tradicional, consumidores trocam uma quantia pecuniária por uma bem de consumo. Por exemplo, cada carrinho de supermercado tem o preço exato a ser pago para sua aquisição. Trata-se de uma relação bilateral entre consumidor e fornecedor, cuja transação econômica é aperfeiçoada por uma transferência pecuniária.

Ao passo que, sob novo modelo de negócio, consumidores não pagam em dinheiro por bens de consumo, eles cedem seus dados pessoais em troca de publicidade direcionada. São os anunciantes de conteúdo publicitários que aperfeiçoam o seu arranjo econômico. Desta forma, tal relação torna-se plurilateral, uma vez que ela envolve, necessariamente, os anunciantes de conteúdo publicitário, para haver retorno financeiro nessa modelo de negócio.[...]Por esta lógica, o consumidor torna-se também um produto comerciável, já que seus dados integram a operação econômica em questão. (BIONI, 2018, P. 25.)

Lyon, na sua obra *El ojo electrónico*, relata exatamente o poder desse novo comércio que os dados possibilitaram. Muito embora trata com mais afinco sobre a vigilância a ser imposta que nada mais é que um modelo de controlar o controlador de dados e por que não o gerador destes dados que é do consumidor ou cidadão.

[...]De todos los problemas planteados por las nuevas tecnologías, el que me parece de mayor alcance social es la recopilación de

información personal que se almacena, se contrasta, se recupera, se procesa, se comercializa y circula utilizando poderosas bases de datos informáticos. [...] (LYON, 1994, P. 12.)

Num formato de economia macro, mais geral e não somente na comercialização de dados, há de se dizer quanto a tecnologia e o uso de dados *off lines*, *onlines*, físicos e digitais, trouxeram de ganho de oportunidades a economia, tanto nos estados como na nação e na globalização. O capitalismo e o estado liberal facilitam consideravelmente o uso de dados para um contrassenso quando falamos em crescimento da economia se analisarmos antes e depois do início do uso das tecnologias, em especial as de informação e virtuais.

Indiscutível como tais tecnologias abriram o mercado internacional a todas as nações. Compra e venda entre continentes pode ser feita de forma *ecommerce*. Contratos são lidos e aceitos pela tela do computador, o de acordo é recebido pelo fornecedor com o *ip*, e dados digitais que comprovam a veracidade da vontade de aquisição e assim se concretiza o negócio jurídico. Lícito pela planta virtual, outrora todo esse processo poderia levar meses. A logística de importação tinha morosidade devido a limitação que a distância imputa às partes.

Novamente Lyon nos alimenta com sua obra vindo ao encontro com este raciocínio.

[...]El estado liberal facilitó el capitalismo com leyes de la propiedad e del contrato, imponiendo controles almoneda y al monopolio. Pero a mediados de este siglo, el capitalismo mantenía una relación, más estrecha con el estado, lo que por un período debilitó las fuerzas de mercado mediante la intervención de la administración burocrática. Esto galvanizó el desarrollo de las prácticas de vigilância, especialmente dentro de las empresas económicas a grande escala. En los años ochenta, sin embargo, se hizo evidente que se estaba desarrollando otro cambio, interpretado de formas diversas como capitalismo resucitado o desorganizado. [...] (LYON, 1994, P. 60.)

Segundo Lyon, tal capitalismo associado com novo modelo e forma, gerado pelas possibilidades da inovação tecnológica, declarou de forma imperiosa a necessidade de vigiar, ou seja, a necessidade de regulamentação. O que nós brasileiros vamos tentar com a LGPD, a Lei Geral de Proteção de Dados a partir de agosto de 2020, um desafio sem dúvida grandioso. Além do sistema capitalista sedento pelo lucro e pelo cumprimento de

metas, temos a cultura da informalidade e da obstrução da norma. Evidentemente será difícil a adaptação no início da vigência, teremos presente nas negociações e ou nos contratos digitais uma boa fé objetiva, pelo menos na real proteção de dados pessoais.

“Es dudoso que la reorganización o desorganización del capitalismo suponga el final de la vigilancia. De hecho, está es también la era de la mercantilización de la información; los datos, incluidos los datos personales, tienen un precio. Dentro de la empresa capitalista todavía sigue controlando a los empleados a hora mediante una nueva panoplia de tecnología electrónica. Pero aún nos es obvio que estos es simplemente una estrategia gerencial para garantizar la subordinación mediante la vigilancia.” (LYON, 1994, P. 60).

Os ganhos com os modelos virtuais trouxeram incalculáveis ganhos à economia. Somente no quesito *e commerce* o Brasil teve um ganho de quarenta e sete bilhões de reais em 2017. Isto representou um ganho de 6% em relação ao período anterior. O brasileiro gastava em média R \$418,00 em negócios pela internet e passou a R \$429,00 no ano de 2017 e pouco menos de 50% das compras eram pagas à vista.

O comércio eletrônico é uma ilha de exceções num oceano da crise. No Brasil em particular, em 2019 a economia desacelerou, o PIB ficou em 1,1% diante dos 1,3% dos últimos dois anos. No início de 2020 tínhamos uma projeção de 2,4. Esta informação esteve presente no Boletim Macro Fiscal divulgado pela Secretaria de Política Econômica, antes dos impactos do novo coronavírus.

Segundo os relatórios *WebShoppers* (iniciativas das grandes na informática mundial para analisar mercado Brasil), o faturado nos anos de 2019 (+16,3%), 2018, 2017, 2016 e 2015, respectivamente, foram R\$ 61,9 Bi, R\$ 53,2 Bi, R\$ 47,7 Bi, R\$ 44,4 Bi e R\$ 41,3 Bi. Isto sem considerar vendas em *marketplaces* de itens novos e usados, viagens, passagens aéreas e ingressos, informações (dados digitais), comunicação e teleprocessamento. Certamente, ao final da crise viral que forçou o uso por meio de plataformas digitais, teremos números surpreendentes quanto a valores movimentados.

Por força desta situação, as farmácias que ainda não vendiam, aderiram à internet como forma de se manter no mercado. Restaurantes e mercados passaram também por este ajuste, o que nunca foi tão comum. As universidades e até escolas com Ensino Médio e Fundamental passaram a ter o EAD como regra e não como opção. Enfim, não só o Brasil mas o mundo todo passou a viver dentro de uma esfera economicamente digital. O que

antes poderia ser considerado empreendedorismo, a atual situação fez o empreendedor migrar, fazer o uso numa tentativa da manutenção da saúde empresarial.

Isto automaticamente refletirá no fluxo de dados da rede mundial, trata-se de uma corrente. São movimentos síncronos independentes que se movimentam e alteram o curso da economia, da política e da vida do cidadão. Este, mesmo que se define como anti tecnologia, uma hora ou outra será forçado ao ingresso no meio digital. Terá seus dados pessoais trafegando pela rede, e será candidato a ter suas informações transformadas em rendimentos à terceiros, então se faz necessário o poder de polícia, poder de vigilância do estado, mecanismo que servirá como freio a quem faz ou pretende fazer o mau uso de dados pessoais de outrem.

3. DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A LGPD, que veio ao meio jurídico nacional, começará a vigorar a partir de agosto de 2020, pela necessidade de regulamentar quesitos acerca dos dados pessoais privados. Tendo em vista a crescente via do mercado publicitário na internet, cujo o qual movimentam grandes quantias, sendo assim, responsável pela afirmação de empresas gigantes ao redor do mundo, como as que fazem parte do "Big Four" da tecnologia, o Google, Apple, Facebook e Amazon.

O art. 1º desta lei a define e dá seu objetivo:

Art. 1º. Esta lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018, p. 1).

O Direito é uma das diversas ciências que se utiliza das definições de ser humano. A parte que se refere ao físico é uma pequena parcela do que compõe o ser. De acordo com Alonso (2005, p. 103), somos criaturas diferenciadas já que somos compostos de espírito, o que até mesmo a legislação reconhece, ou seja, o ser humano é um conjunto de corpo e espírito. Alonso relaciona isso no trecho:

“Esse fato, a animação espiritual, está na origem das faculdades superiores do ser humano que lhe permite formar seu mundo interior: a intimidade racional, a intimidade amorosa, a privacidade. O ser humano constrói um seu mundo absolutamente peculiar,

próprio e original, do qual dimanam inclusive seus atos externos. Os outros animais, pelo fato de serem compostos de mofos cósmicos, não são capazes de construir um mundo interior, recheado de intimidade e amor.” (ALONSO, 2005, p. 103).

O pensamento é o que distingue o humano dos outros animais. Mas além deste ser natural, existe a pessoa jurídica. Segundo Bevilacqua (1929, p. 55), a definição de pessoa jurídica é “ todos os agrupamentos de homens que, reunidos para um fim, cuja realização procura, mostram ter vida própria, distinta da dos indivíduos que os compõem, e necessitando, para a segurança dessa vida, de uma proteção particular do direito” .(Bevilacqua, 1929, p. 55)

Já o pensamento de Comte-Sponville (2011, p. 70), é que mesmo o direito tendo desenvolvido a ideia de pessoa jurídica, os direitos e obrigações são explícitos como seres humanos. A partir disso, percebe-se porque a LGPD não protege as pessoas jurídicas, somente os seres humanos. O Código Civil apresenta nos Art. 40⁷² até 44 definições às pessoas jurídicas:

⁷²Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

- I – a União;
- II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
- III – os municípios;
- IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;
- V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.

[...]

Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

- I – as associações;
- II – as sociedades;
- III – as fundações;
- IV – as organizações religiosas;

O Artigo 1 da LGPD, já mencionado anteriormente, descreve o tratamento de dados da pessoa natural ou jurídica, com exceção em casos pontuais que cita-se no Artigo 4:

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I – realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II – realizado para fins exclusivamente:

- a) Jornalístico e artísticos; ou
- b) Acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III – realizado para fins exclusivos de:

- a) Segurança pública;
- b) Defesa nacional;
- c) Segurança do Estado; ou
- d) Atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei. [...] (BRASIL, 2018, p. 1).

O Artigo 1º traz menções acerca da lei diferenciando os objetivos, fundamentos e princípios jurídicos. Os fundamentos são bases, caracterizam-se por serem os suportes de um assunto qualquer, ao mesmo momento que os princípios são estruturas em que as ciências são construídas (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 70).

Silva (2001, p. 639) define pela através da doutrina:

V – os partidos políticos;

VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada. (BRASIL, 2002, p. 9).

[...] Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. [...] (SILVA, 2001, p. 639).

Cots e Oliveira (2018, p. 71), elucida que o objetivo da Lei Geral de Proteção dos Dados é especificamente “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” explicitando a existência de vulnerabilidade ao titular das informações perante o controlador responsável pelo tratamento dos dados.

Direcionando para uma análise da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em si, no segundo artigo da resolução é mostrado o primeiro fundamento criado para proteger os dados pessoais, protegendo assim o “respeito à privacidade” e, no inciso IV, à “inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem”, o que fica clara a preocupação voltada para evitar possíveis abusos no ato da captura e tratamento de dados.

O artigo 5º da lei mencionada apresenta importantes conceitos em relação ao tema, dentre eles destaca-se os dos tipos de dados, presentes nos incisos I à IV, como segue:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
- III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; (BRASIL, 2018, p. 2).

Assim, relacionando um dado pessoal e um sensível, Bioni (2018, p. 90) diferencia definindo que os dados considerados sensíveis são os tipos de dados pessoais que formam uma espécie distinta em razão de o seu conteúdo trazer uma fragilidade especial como discriminação por exemplo. Por essa razão, a LGPD protege ainda mais as informações pessoais sensíveis, pois existe grande possibilidade de violação, o que normalmente é maior somente que o de dados pessoais. Enquanto nas informações pessoais frágeis, a proteção positivada é maior, nos dados tornados anônimos ocorre o inverso, isso porque o fato da não possibilidade de identificar a pessoa relacionada a informação, apresenta um potencial baixo de dano para o indivíduo. Conforme o artigo 12 da Lei Geral de Proteção de Dados, os dados anonimizados serão considerados apenas privados. “[...] quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido”. (BRASIL, 2018).

É importante verificar e analisar o significado digital de “tratamento”, que será usado frequentemente nos artigos da LGPD, mostrado pelo inciso X do artigo 5º:

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; (BRASIL, 2018, p. 2).

Vale lembrar que com qualquer lei implementada, a LGPD também apresenta princípios a serem seguidos, juntamente com direitos que qualquer cidadão possui e deve reivindicar.

3.1. DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS BÁSICOS DO TITULAR DE DADOS

A necessidade de existir princípios básicos legais é fundamental a toda norma regulamentadora. De acordo com Cots e Oliveira (2018) a existência desses princípios apresenta finalidades principais como dar norte para a elaboração de leis normativas e interpretar as que estão em vigor no sistema jurídico nacional.

De acordo com o guia elaborado por Brasil (2020, p. 13) o Quadro 1 apresenta os direitos garantidos aos usuários.

Quadro 1 – Direitos garantidos aos usuários de dados

DIREITOS DOS TITULARES DE DADOS QUE DECORREM DOS PRINCÍPIOS	PRINCÍPIO CORRESPONDENTE	REFERÊNCIA LEGISLATIVA (LGPD)
Direito ao tratamento adstrito aos propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades	Princípio da finalidade	Art. 6º, I
Direito ao tratamento adequado, compatível com as finalidade informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento	Princípio da adequação	Art. 6º, II
Direito à limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não	Princípio da necessidade	Art. 6º III

excessivos em relação às finalidades do tratamento		
Direito à consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais	Princípio do livre acesso	Art. 6º, IV
Direito à exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade para o cumprimento da finalidade de seu tratamento	Princípio da qualidade dos dados	Art. 6º, V
Direito a informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial	Princípio da transparência	Art. 6º, VI
Direito à segurança dos dados, ao qual se contrapõe o dever, por parte dos agentes de tratamento, de utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos	Princípio da segurança	Art. 6º, VII

<p>não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão</p>		
<p>Direito à adequada prevenção de danos, ao qual se contrapõe o dever, por parte dos agentes de tratamento, de adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais</p>	<p>Princípio da prevenção</p>	<p>Art. 6º, VIII</p>
<p>Direito de não ser discriminado de forma ilícita ou abusiva</p>	<p>Princípio da não discriminação</p>	<p>Art. 6º, IX</p>
<p>Direito de exigir a adequada responsabilização e a prestação de contas por parte dos agentes de tratamento, ao qual se contrapõe o dever, por parte destes, de adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais</p>	<p>Princípio da responsabilização e prestação de contas</p>	<p>Art. 6º, X</p>

--	--	--

São três as espécies principais de lacunas existentes na legalidade. Conforme Diniz (2001, p. 112), eles são:

- a) Normativa, quando há ausência de norma sobre determinado caso;
- b) Ontológica, na qual há norma, mas ele não corresponde aos fatos sociais, ocorrendo especialmente quando ela não corresponde aos fatos sociais e o progresso acarretarem o anquilosamento da norma positiva;
- c) Axiológica, quando existe a norma, mas ela se revela injusta, isto é, existe um preceito normativo, mas se for aplicado, a solução do caso será insatisfatória ou injusta. (DINIZ, 2001, p. 112).

Cots e Oliveira (2018, p. 101) afirmam que o princípio da finalidade precisa ser um único resultado, legítimo e específico no qual se alcança com o tratamento dos dados. Este princípio além de delimitar o objetivo final, também busca tornar previsível o que se espera, inviabilizando tratamentos posteriores. Ainda conforme os autores os exemplos que violam o princípio citado é:

- a) Informar que a coleta de dados servirá para faturamento de produto ou serviço, mas utilizar os dados para campanhas de marketing;
- b) Informar que o compartilhamento de dados se dará com empresa x, mas compartilhar os mesmos com a empresa y;
- c) Informar que os dados não serão copiados, mas realizar cópia destes. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 101).

Um princípio tão fundamental quanto, é o de adequação. Ao qual tem por objetivo preservar a relação entre objetivos informados e o tratamento. A diferença apresentada neste princípio, ao da finalidade é que enquanto o que trata da finalidade relaciona o procedimento realizado para alcançar o objetivo proposto, o da adequação preocupa-se com a regularidade em si (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 101). Os autores também citam os exemplos de violação da adequação:

- a) Informar comunicação com determinados operadores, mas realizar comercialização livre dos dados pessoais no mercado;
- b) Informar que os dados serão eliminados, mas deter consigo cópia destes;
- c) Informar que os dados serão anonimizados, mas realizar o procedimento de pseudo anonimização. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 101).

Mais um outro princípio importante é o da necessidade, que dependendo da finalidade buscada, somente os dados necessários são tratados. Cots e Oliveira (2018, p. 101) citam os exemplos:

- a) Solicitar cor da pele para faturamento de produtos ou serviços;
- b) Solicitar orientação sexual para administração de empregado;
- c) Solicitar todos os endereços em que a pessoa pode ser encontrada a fim de realizar a entrega de produto em apenas um deles. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 101).

Tratando do princípio da não discriminação, está presente a vedação do tratamento de dados relacionados para fins discriminatórios. Cots e Oliveira (2018, p. 102) definem os exemplos de violação citando:

- a) Realizar censo para dispensa de empregados de determinada religião;
- b) Realizar a oferta de produtos ou serviços apenas para pessoas de determinada nacionalidade;
- c) Não admitir como usuário pessoas do sexo feminino. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 102).

O princípio da transparência é outro que vale destaque, que garante a apresentação de informações sempre claras, com acessibilidade e precisão aos titulares. Os autores citam os seguintes exemplos que violam esse princípio:

- a) Não informar a qualificação completa do controlador;

b) Deixar de descrever a abrangência do tratamento realizado;

c) Não fornecer fácil acesso às informações de tratamento. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 102).

Também merecem destaque os da qualidade de dados, prevenção, responsabilidade, livre acesso e prestação de contas e segurança.

Os direitos do titular que estão representados na Lei Geral de Proteção de Dados estão representados entre os artigos da Lei Geral. Dessa maneira, garante-se ao titular o acesso, a edição de suas informações e a portabilidade das mesmas, assim como torná-los anônimos e a eliminá-los nas hipóteses possíveis, de forma gratuita sempre que haja o requerimento necessário.

Como primeiro direito do titular a se destacar é o de poder se opor ao tratamento de suas informações quando achar necessário, principalmente no caso de que esses dados sejam utilizados para acesso público. O Artigo 9º explicita isso.

Conforme Cots e Oliveira (2018, p. 154), um direito do titular que deve ser mencionado e destacado é a possibilidade de acesso mais facilitado às informações acerca do tratamento de suas informações. Além disso, entende-se que a disponibilização dos dados precisa ser minimamente do mesmo jeito ou meio que teve início o tratamento.

Em relação aos direitos do titular, ou seja, do dono da possibilidade de exibir informações, surge a definição do Artigo 17 do regimento, que define:

Toda a pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta lei. (BRASIL, 2018, p. 6).

Conforme Cots e Oliveira (2018, p. 154), o Artigo 17, também revela um elemento importante da lei, onde se reconhece que a pessoa natural sempre possuirá a titularidade de seus dados, o que não poderá ser transferido ou cedido. Isso reforça-se no Artigo 11:

Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, 2018, p. 4).

Outro direito fundamental e de grande importância é o presente no § 3º do Artigo 19 da LGPD, que indica:

Quando o tratamento tiver origem no consentimento do titular ou em contrato, o titular poderá solicitar cópia eletrônica integral de seus dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial, nos termos de regulamentação da autoridade nacional, em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento. (BRASIL, 2018, p. 6).

Com isso certifica-se a preocupação do legislador referente ao tratamento relacionado à hipótese de fornecer e consentir, dando ao titular o direito de possuir uma cópia integral de suas informações, de maneira que exerça influência ainda maior em relação ao tratamento.

Com o Artigo 2º⁷³ pode-se entender os fundamentos primordiais da proteção de dados privados.

Em relação à privacidade, Doneda (2006, p. 32) informa que o que conhecemos hoje como privacidade vem do século XIX, quando a percepção da pessoa humana se altera, trazendo juridificação para diversos aspectos do dia a dia. A LGPD não garante a privacidade do titular isolando-o, mas dando ferramentas para que ele possa escolher quem terá acesso às suas informações particulares.

De acordo com Cots e Oliveira (2018, p. 64) a autodeterminação informativa dá ao titular o direito de manifestar sua vontade, tornando-a prioridade ao controlador, obrigando o mesmo a prestar informações sobre todo tratamento que os dados do titular forem submetidos.

Quanto à liberdade, é garantida pela Constituição. Bastos (2001, p. 48) define-a como “a ausência de oposição – quando digo oposição, quero dizer impedimentos

⁷³Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I – o respeito à privacidade;

II – a autodeterminação informativa;

III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV – à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018, p. 1).

externos à ação”. De acordo com Tavares (2005, p. 50), a liberdade de expressão existe para estar a serviço do homem:

A natureza existe para ser o berço do ser humano, satisfazer (com prudência), com seus bens naturais, suas necessidades e vontades. E assim ocorre com os elementos artificiais, resultado da convenção humana, como é o caso do próprio Direito e, por conseguinte, da liberdade de expressão. (TAVARES, 2005, p. 50).

A proteção à privacidade se desdobra gerando um novo fundamento, o de inviolabilidade, que permeia a entidade, honra e imagem, sendo direitos ligados à personalidade do titular. Alonso (2005, p. 71) diz:

A intimidade é o âmbito interior da pessoa mais profunda, mais recôndito, secreto ou escondido dentro dela. É, assim, algo inacessível, invisível, que só ela conhece, onde ela só elabora e constrói livremente seu próprio agir e onde se processa sua vida interior. Na intimidade a pessoa constrói-se e descobre-se a si mesma. (ALONSO, 2005, p. 71).

O Código Civil também traz referência ao tema, em seu Artigo 11: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, aspectos que devem ser protegidos pelo legislador.

O tema referente ao desenvolvimento econômico da tecnologia e da inovação vêm trazendo maiores apoiadores, principalmente os pertencentes à economia de mercado, incluindo o Estado brasileiro. De acordo com Cots e Oliveira (2018) o Estado, em lei, promove e incentiva: (a) o desenvolvimento científico, (b) a pesquisa tecnológica; e, (c) a capacitação tecnológica. Conforme Lenza (2013, p. 93):

Promover deve ser entendido como dever do Estado de, por si, realizar as tarefas derivadas da ciência tecnológica, destacando-se aqui o papel das universidades e institutos de pesquisa.

incentivar significa que o Estado deverá estimular a produção científica, a pesquisa, a tecnologia e, para tanto, deverá estabelecer incentivos, inclusive para as instituições privadas.

[...] a previsão do mercado interno enquanto patrimônio nacional afasta, assim, a ideia liberal clássica e consagra uma perspectiva de Estado Social de Direito, fixando uma concepção social de mercado. (LENZA, 2013, p. 93).

A livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor é mais um fundamento que merece destaque. E Bastos (1995, p. 117) a define como:

[...] é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançar-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar atividade econômica implica a de gestão e de empresa. (BASTOS, 1995, p. 117).

No aspecto de *boa-fé*, é destacado que não representa-se como um princípio da proteção de dados, mas está presente nas relações jurídicas. Conforme Soares (2001, p. 87) a boa-fé objetiva é:

Boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma situação “refletida”, pensando no outro, no parceiro atual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, gerando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes. (SOARES, 2001, p. 87).

De acordo com Cots e Oliveira (2018, p. 68) a boa-fé tornou-se positiva em legislações, incluindo a brasileira. Tratando da área de contratos, por exemplo, a boa-fé entrou para que se cumpra as cláusulas independente da intenção de ambas as partes. Com isso, mesmo um contrato que se apresenta de maneira injusta, deve ser honrado pelos dois lados.

O Código Civil, traz nos Artigos 113 e 422 novas reflexões sobre a doutrina e jurisprudência tratada a *pacta sunt servanda*, que trata do dever da observância de contratos já firmados, a lei diz:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 442. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002, p. 158-194).

Conforme Cots e Oliveira (2018, p. 69), mesmo na LGPD não constar a boa-fé como princípios, não se pode diminuir sua importância, pois trata-se de um princípio contratual presente no Direito Civil. Assim, o tratamento de dados, com seu fundo contratual, apresenta a necessidade e relevância da boa-fé nas relações jurídicas.

3.2. CONSENTIMENTO VERSUS LEGÍTIMO INTERESSE DO CONTROLADOR

De acordo com Cots e Oliveira (2018, p. 120), o consentimento é mais uma das bases legais que fazem compor o tratamento das informações pessoais no caráter contratual, havendo dois lados. Um tratando os dados privados e do outro lado que permita o tratamento. O consentimento se mantém vigente e com eficiência por si mesmo, não sendo apenas um contrato acessório.

No Artigo 104 do Código Civil apresenta-se os critérios para validar juridicamente os negócios:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002, p. 157).

Consentimento se trata de um negócio de apelo jurídico com prescrição na lei, isto é, escrito em lei ou de outro modo que manifeste a vontade do titular dos dados. Com isso fica claro que o consentimento ilícito não admite-se no tratamento das informações. O consentimento verbal só é aceito se tiver obtenção da voz captada e a autenticação da

mesma de maneira técnica e sem possibilidade de erro. Com isso pode ser utilizada como comprovação da vontade do titular (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 121).

Alguns meios podem ser usados para a manifestação da vontade, desde que sejam cumpridos alguns requisitos. Cots e Oliveira (2018, p. 122) citam tais requisitos:

- a) Preservada e inequívoca;
- b) Seja inteligível, ou seja, deve ser compreensível caso precise ser comprovada, especialmente perante as esferas judiciais;
- c) Esteja adequadamente atrelada aos termos do tratamento de dados, isto é, é necessário comprovar que determinado consentimento se deu sobre determinado tratamento. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 122).

O consentimento por escrito não escapa também de especificidades, como mostra Cots e Oliveira (2018, p. 122). A palavra escrita deve obter de cláusula destacada que pode ser vista de duas maneiras, oferecendo destaque ou de maneira independente. No entanto o melhor conceito é o do destaque, somente necessita aplicações para destacar, como negrito, fonte maiúscula, entre outros.

Mesmo com isso não há empecilho para que os termos regentes do consentimento se deem por recursos avulsos, por anexo ou outro contrato, já que o legislador responsável tem a intenção de dar maior clareza e precisão ao consentimento. Com a utilização de documentos separados, desde que sejam relacionados, cumpre-se os critérios legais (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 122).

A LGPD de acordo com os autores Cots e Oliveira (2018, p. 116) e conforme a própria legislação, apresenta fatos redundantes na parte do tratamento das informações apresentando vícios de consentimento, no Código Civil estabelece-se:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais;

II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico. (BRASIL, 2002, p. 160).

Em relação ao "*dolo*" o Código Civil destaca:

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa. (BRASIL, 2002, p. 161).

Tratando da "*coação*", o Código Civil, a partir do Artigo 151 define:

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação. (BRASIL, 2002, p. 161).

Definindo o "*estado de perigo*", o Código Civil traz o seguinte:

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias. (BRASIL, 2002, p. 162)

Outro vício de consentimento é o que se trata "*lesão*", como diz o Código Civil:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (BRASIL, 2002, p. 162).

Em relação a "*fraude contra credores*", destaca-se o Artigo 158 do Código Civil:

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles. (BRASIL, 2002, p. 162).

O último vício de consentimento se trata da "*simulação*", o Código Civil assim o esclarece:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós datados. (BRASIL, 2002, p. 164).

Reforçando as situações elencadas anteriormente, Cots e Oliveira (2018, p. 117) apresentam exemplos relacionados aos vícios de consentimento e vontade.⁷⁴

O consentimento só se torna manifestação de vontade, e validado pela LGPD, quando direciona-se a um fim determinado ou específico. Cots e Oliveira (2018, p. 119), reportam que termos serão anulados, como “melhorar a experiência do usuário” ou “para formação de cadastro”. Embasados nisso, os incisos 4º e 6º complementam o sentido:

[...] se em relação ao consentimento original houver alteração posterior quanto à finalidade específica do tratamento, forma, duração ou compartilhamento, a informação deve ser fornecida ao titular que, caso não concorde, poderá revogar o consentimento. (COTS e OLIVEIRA, P. 119).

Tratando da revogação do consentimento, Cots e Oliveira (2018, p. 119), trazem que pode ser feito a qualquer momento, mediante manifestação anterior do titular. Fazendo uso da revogação, ocorre algumas consequências, uma delas é que o tratamento feito anteriormente continua a ser válido até o momento que o requerimento da eliminação das informações é aceito. A revogação desse consentimento não significa uma perda total do direito do tratamento das informações, já que consentimento é somente uma das diversas bases legais, o controlador pode direcionar esse tratamento para outra base legal.

Conforme o Artigo 7, por meio do inciso 5º determina a necessidade de um consentimento específico para o compartilhamento de dados entre os controladores. Esta ação de consentimento deve estar presente em contrato, além de também apresentar as

⁷⁴ i. Erro ou ignorância – o titular agiu mediante uma noção falsa da realidade induzida pelo controlador, ou, ainda agiu mediante erro substancial do negócio, não compreendendo completamente os contornos do que estava consentindo (ex.: titular que entende o tratamento e para oferecimento de outros serviços do controlador quando na realidade se dedica ao compartilhamento com empresas terceiras);

- . Dolo – controlador que, conscientemente, tem a intenção de enganar o titular;
- . Coação – consentimento concedido mediante ameaça;
- . Estado de perigo – titular que dá seu consentimento para salvar a própria vida ou de outrem;
- iv. Lesão – titular que, por necessidade ou inexperiência, consente com tratamento de dados abusivo ou desproporcional;
- v. Fraude contra credores; e,
- vi. Simulação – consentimento realizado visando obtenção de resultado diverso da finalidade aparente, como para iludir terceiros. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 116).

informações do controlador que receberá os dados. Todavia deve-se destacar que a regra citada vale para compartilhamento entre controladores, não entre controlador e operador.

Mesmo que um dado pessoal seja de acesso público, o mesmo continua sendo englobado pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. No Artigo 7, inciso 3º e 4º trata-se de maneira pública os dados da seguinte forma:

Art. 7º

[...]

§ 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei. (BRASIL, 2018, p. 3).

De acordo com Cots e Oliveira (2018, p. 120), a LGPD estabelece a abrangência somente dos dados que "manifestamente tornados públicos pelo titular", isto é, quando as informações são reveladas, por exemplo, pelo diário oficial, órgãos públicos, sites, não se enquadram na dispensa.

Nos incisos 1º, 2º e 3º fala-se das hipóteses ligadas ao consentimento:

§ 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, este será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

§ 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

§ 3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta lei. (BRASIL, 2018, p. 3).

Segundo Cots e Oliveira (2018, p. 120), quando as informações pertencentes ao parágrafo 1º do Artigo 9 da LGPD não são explanadas ao titular de maneira clara e inequívoca, o consentimento se declara nulo. No momento do titular das informações pessoais assumir o consentimento, não havia a precisa noção dos limites que o tratamento destas informações tomaria. No Artigo 9º também reforça-se mudanças ocorridas na finalidade no qual havia sido determinado. Isso deve ser informado ao titular pelo controlador, dando a possibilidade do mesmo revogar o consentimento se julgar necessário.

Como em qualquer decisão de caráter jurídico, menores de idade dependem do consentimento do responsável, não é diferente no tratamento de dados pessoais. Cots e Oliveira (2018, p. 144) relatam que informações de crianças, isto é, menores de 12 anos, precisam de assinatura de um responsável legal. Em questão direta, os controladores envolvidos precisarão atentar à exigência de data de nascimento do titular, para mais facilmente apurar a idade do mesmo a fim de confirmar sua maioridade.

No Artigo 14 da LGPD fala-se destacadamente sobre o tratamento das informações de menores:

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

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

§ 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta lei.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for

necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de Internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

§ 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo, deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança. (BRASIL, 2018, p. 5).

De acordo com os autores Cots e Oliveira (2018, p. 145), para obter o consentimento do responsável, o controlador deve informar como se dá o tratamento dos dados, citando de maneira clara e precisa. Dentro da comunicação com o titular, o controlador pode fazer uso de alternativas audiovisuais, todavia essa comunicação não isenta totalmente, mas soma-se ao consentimento declarado do responsável. Caso haja divergência com os responsáveis, o recomendado é suspender o tratamento das informações até que se obtenha um respaldo jurídico.

Como anteriormente mencionado, o consentimento é somente uma das diversas bases legais existentes para o tratamento de dados, especificamente quando se trata de menores, não ocorre estruturação de bases legais, fazendo com que além do consentimento, outras formas para o tratamento das informações ainda continuem em vigor. Mesmo com isso existem bases legais que não compatibilizam-se com o tema do tratamento de dados de menores de idade, são elas: o legítimo interesse e a proteção ao crédito (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 145).

A partir do inciso 3º do Artigo 7º, interpreta-se as seguintes hipóteses que relacionam o que já foi dito, corroborando-o:

- a) Coleta de dados para contatar os responsáveis legais, para utilização única e subsequente eliminação; ou,
- b) Proteção do menor (vida, incolumidade física ou psicológica, etc.).
(BRASIL, 2018, p. 3).

Uma das bases legais juridicamente para o tratamento de dados é o legítimo interesse. Cots e Oliveira (2018, p. 146) relatam que essa base legal é provavelmente a que apresenta maior discussão pelo seu grau de subjetividade. Mesmo que sua existência fosse necessária para garantir menores impactos no empreendedorismo e na área da inovação. Tendo em vista a possibilidade de existência de banco de dados complexos e amplos em questão de negócios, o que pode ter inutilidade por não se encaixar em outra base legal da LGPD de tratamento.

O Artigo 5 que apresenta definições acerca do tema, não define o real significado de legítimo interesse na legislação, no qual deve-se optar pelo significado literal. Define-se "interesse" como algo que se torna importante para certa pessoa, já "legítimo" sendo o que é relacionado e justificado pelo bom senso.

Inicialmente com o Artigo 2, principalmente nos incisos V e VI fundamenta-se na Lei Geral o desenvolvimento da tecnologia e da economia, destacando a livre concorrência:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

[...]

V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.
(BRASIL, 2018, p. 1).

Com isso pode-se ver que a obtenção de lucro é um legítimo interesse das organizações. Ele é o que conceitua o significado de empresa. Conforme Coelho (2002, p. 455), empresa é a atividade que tem como marca central a arrecadação de lucros, oferecendo serviços e bens. Isso é gerado por fatores como matéria-prima, capital, trabalho e tecnologia.

Cots e Oliveira (2018, p. 130) confirmam que ficar livre do tratamento das informações por legítimo interesse traria prejuízos para Lei Geral de Proteção de Dados e sua eficácia. Os autores ainda definem três elementos principais deste tratamento dado por legítimo interesse:

- a) O legítimo interesse não poderá ser exercido no caso de prevalecer em direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos seus dados.
- b) Que as finalidades sejam legítimas; e,
- c) Seja baseado em situações concretas. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 130).

Em relação ao primeiro elemento em destaque é a preferência legal que se dá pelo bem da vida perante conflitos e o interesse sobre a livre iniciativa, direitos como saúde, vida, liberdade, entre outros, devem prevalecer. O segundo elemento está relacionado com a real definição do interesse legítimo, já que com isso reflete-se a legalidade para que se propõe. No entanto é necessário que se destaque no conceito de finalidade legítima não estando presente finalidades legais, imorais, entre outros. Enfim, o terceiro elemento centra-se em situações concretas, isto é, refutando situações indeterminadas e somente teórica. Com isso não se pode armazenar dados privados, argumentando o fato de ser de legítimo interesse, pois apenas determinando a finalidade do tratamento assume-se uma situação concreta. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 130).

Ainda segundo Cots e Oliveira (2018, p. 131), podemos citar exemplos do que seriam situações concretas. Comércio eletrônico, por exemplo, armazenando informações pessoais em dia de vendas na *Black Friday* ou a indústria com os dados pessoais de funcionários e ex-funcionários.

No inciso II do Artigo 10 outros exemplos de legítimo interesse são mostrados, como a proteção do titular e a prestação de serviços que gerem benefícios. No primeiro dos exemplos, sendo entendida que a proteção é do titular não contempla por total, já que se enquadra fora da finalidade legítima. O segundo exemplo por usar o termo "benefício" pode gerar contestações pelo grau de subjetividade da palavra, pois o que pode ser um benefício para determinada pessoa, pode não ser para outra diretamente envolvida.

Conforme o Artigo 10, mencionado anteriormente, o legítimo interesse do controlador deve ser fundamentado.

4. A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

O direito no que se adquiriu a autodeterminação informativa baseou-se em uma emenda do direito à privacidade, também possuindo o nome de direito à privacidade informacional. O conceito filosófico da AI diz respeito ao protagonismo que o titular das informações tem perante o tratamento dos mesmos, dando a si o foco dessa operação.

Conforme Ruaro (2015, p. 41), o reconhecimento inicial relacionado à autodeterminação informativa vem do sistema jurídico alemão, quando em 1983 “[...] julgou nulo os dispositivos relacionados à comparação e à transmissão dos dados para repartições públicas [...]”. Com isso o direito a negar dados pessoais foi reconhecido naquele país, fazendo com que cada indivíduo decida concordar ou não com o compartilhamento de suas informações.

Segundo Parisier (2012, p. 11) a questão da personalização é um negócio feito com o usuário, no qual se troca o serviço oferecido por informações sobre as vidas dos consumidores. As empresas que possuem esses dados melhoram cada vez mais a maneira de utilizá-los diante de estratégias diversas.

Ainda segundo o autor o usuário acredita ser o dono de suas informações e até mesmo do seu destino, mas a personalização o coloca em determinismo informativo, fazendo com que aquilo que acessa anteriormente interfere diretamente no que vai acessar futuramente, se prendendo numa estática, uma repetição de si mesmo (PARISIER, 2012, p. 16).

De acordo com Ruaro (2015, p. 43), com a Lei do Censo, os cidadãos alemães foram submetidos a pesquisa e preenchimento de dados, o que causou um sentimento de insegurança no povo, até mesmo questionamentos quanto à legitimidade de tal medida. Após reclamações, os dispositivos da lei foram suspensos. Schwabe (2014, p. 486) traz a decisão:

[...] O direito fundamental garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.

2. As restrições deste direito à ‘autodeterminação sobre a informação’ são permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Tais restrições necessitam de uma base legal constitucional que deve atender ao mandamento da clareza normativa próprio do Estado de Direito. O legislador deve,

além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade. (SCHWABE, 2014, p. 486).

Conforme Doneda (2006, p. 20), o direito à autodeterminação informativa deveria ser tratada como um direito fundamental ligado ao direito de personalidade, conferindo poder de controle de seus dados ao indivíduo. Isso consiste na liberdade que o titular possui de disponibilizar suas informações de acordo com seu interesse próprio, partindo do princípio que o titular possa selecionar quais dados queira manter sigilo.

Por ser compreendida como um desdobramento do direito à privacidade, à autodeterminação informativa não pode ser contra seu essencial, alguns dados sensíveis não possuem possibilidade de compartilhamento, possibilitando a manutenção da privacidade (RUARO, 2015, p. 45).

Baseada no ideal da dignidade do ser humano, também entrando nos pontos da personalização, a autodeterminação informativa está interligada mais ao ser humano que ao controle de dados. Corroborando com isso, Rouvroy e Pouillet (2009, p. 51) trazem o trecho:

Informações e dados não são os 'elementos' ou os 'blocos construtores' pré-existentes de uma personalidade individual ou 'própria'. [...] O que a expressão 'autodeterminação informacional' significa, mais que o controle do indivíduo sobre as informações e dados produzidos sobre si, uma (necessária mas insignificante) pré-condição para que ele viva uma existência que pode ser dita como 'autodeterminada'. (ROUVROY e POULLET, 2009, p. 51).

Há a necessidade de consentimento previamente comunicado para o tratamento das informações privadas. De acordo com Rabelo e Garcia (2011, texto digital):

O titular das informações pessoais, ao dispor de parte de sua esfera privada, concordando em ceder seus dados a terceiro, legitima a atividade de coleta e tratamento dos dados. Isso porque o titular é o único que poderá avaliar os efeitos da circulação de suas informações. O consentimento prévio, assim, mostra-se como um requisito de validade à atividade de coleta de dados privados. (RABELO, 2011, texto digital).

Ruaro (2015, p. 60) trata que no sistema jurídico nacional até antes da LGPD não havia uma previsão quanto à autodeterminação informativa. Todavia, interpreta-se também como a ausência de tutela jurídica sobre o tema no país. Os princípios acerca da LGPD não estão necessariamente na Constituição Federal, então possibilitando “[...] derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou [...] brotar da interpretação do sistema constitucionais específicas.”

O tema da autodeterminação informativa está presente na constituição federal no art. 5º, nos incisos X e XII, que respectivamente são abordados os aspectos de inviolabilidade da intimidade e vida pessoal privada. Sarlet (2012, p. 67) traz um trecho reafirmando a proteção da identidade pessoal do titular como aspecto fundamental a ser preservado:

Para além das conexões já referidas (especialmente no concernente à liberdade pessoal e seus desdobramentos) – situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome. Todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 67).

Com o já relacionado percebe-se a preocupação jurídica de preservação dos direitos dos titulares dos dados, o que engloba diversas características como a liberdade de escolha e a construção da personalidade, que serão abordadas no que segue.

4.1. A LIBERDADE DE ESCOLHA E A CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE

Os direitos ligados à personalidade são fatores recentes, frutos das mudanças sociais que ocorrem constantemente nos dias atuais. Um dos principais motivos para isso é o vasto conteúdo sobre a proteção da pessoa humana em si, movidos a partir de um contexto histórico-cultural.

De acordo com Pezzi (2007, p. 36) alguns autores trazem menções acerca do direito de personalidade partindo desde as *dike kakegorias*, que refere a concepção de justiça baseada em igualdade, correspondente aos gregos e a *actio iniuriarum*, ação por dano, da época romana.

Segundo Doneda (2006, p. 3) o principal elemento que balizou a construção de uma proteção da personalidade foi a Segunda Guerra Mundial, pois anteriormente a esse

período a proteção era falha e insuficiente. O autor traz a ideia do Estado Social, que foi o primeiro balizador jurídico que valorizou a pessoa humana:

[...] no qual o ordenamento jurídico assume as funções de estabelecer e promover uma hierarquia de valores, privilegiando a pessoa humana através de uma Constituição que deixa de ser um documento de cunho basicamente político para tornar-se o ponto de convergência de todo o ordenamento. (DONEDA, 2006, p. 3).

Com o trecho percebe-se a virada de um sistema antes que pretendia ser neutro para uma dimensão de interpretação jurídica. Conforme Mendes (2014, p. 3) na Constituição Federal está presente o trecho que define a personalidade, que diz:

[...] possível extrair uma tutela ampla da personalidade e da vida privada do cidadão, nas mais diversas situações em que ele se encontra. Não faria sentido excluir exatamente as situações em que a sua vida privada está sujeita a uma maior violação, como é o caso do processamento de dados pessoais. Afinal, muitas vezes, o tratamento de dados configura, hoje, uma ameaça muito mais grave à intimidade e à vida privada do homem médio do que os perigos 'tradicionais', [...]. Assim, não há dúvidas de que a Constituição Federal protege o homem médio desses riscos, que raramente ocorrem na vida real, não haveria sentido em negar-lhe a proteção constitucional perante os bancos de dados, que constituem um risco constante e diário para todos os cidadãos. (MENDES, 2014, p. 3).

Democraticamente é de extrema importância que recursos jurídicos relacionem-se socialmente trazendo complexidade. Uma crise de dogmas instaurou-se quando foi confirmada que a sociedade se baseava em enredos incompatíveis. Esses enredos de normas de direito tinham por objetivo proteger os indivíduos diante do Estado (PEZZI, 2007, p. 37).

Atualmente, com cada nova tecnologia criada e posta em funcionamento, novos desafios surgem para manter a segurança no processo de proteção à personalidade. De acordo com Pariser (2012, p. 6) quando uma simples pesquisa é realizada no *Google*, por exemplo, pode gerar resultados diferentes para duas pessoas, pois conforme as visões de mundo de cada indivíduo os mecanismos geram parcialidade nos resultados, fazendo com que surjam respostas de acordo com seu posicionamento.

Além disso, ao início da era de crescimento do *Google* a personalização tomou conta, o computador passou a refletir os interesses das pessoas em forma de anúncios. Sánchez-Ocaña (2013, p. 74) explica como o algoritmo foi introduzido pelo *Google* na exibição dos resultados de seu buscador:

Se, na época, os buscadores existentes já se utilizavam das palavras-chave contidas nos sites para entregar resultados de uma busca, o *Google* estava interessado em entregar apenas as melhores indicações, os documentos mais relevantes para os termos buscados, já que a Internet estava - e ainda está - infestada de páginas irrelevantes e, muitas vezes, elas não farão o menor sentido para o usuário. Larry Page criou então o algoritmo *PageRank*, que classificava a relevância dos sites, de acordo com palavras-chave, mas que entregava resultados muito superiores aos buscadores tradicionais vigentes. (SÁNCHEZ-OCAÑA, 2013, p. 74).

Todas essas mudanças surgiram no mundo digital, diferentemente de uma época em que o anonimato era mais recorrente, para a época de análise de nossos dados particulares. Em relação ao sistema do Google que gera resultados de interesse de cada usuário, a própria empresa diz:

[...] aprimoramos nossos algoritmos de aprendizado de máquina para antecipar o que é interessante e importante para você. Você verá *cards* com coisas como destaques esportivos, notícias importantes, vídeos envolventes, músicas novas, histórias para ler e muito mais. Agora, o seu *feed* não se baseará apenas nas suas interações com o *Google*, mas também levará em conta o que é tendência na sua área e em todo o mundo. Quanto mais você usar o Google, melhor será seu *feed*. (GOOGLE, 2017, texto digital).

Conforme Parisier (2012, p. 10) as empresas gigantes da tecnologia, *Apple*, *Microsoft*, *Amazon*, *Google* e *Facebook* batalham para recolher o máximo possível de informações de seus usuários. Diversas pessoas influentes no mundo da tecnologia já sabem, as grandes empresas fornecem o serviço gratuito, o custo disso são as informações pessoais de seus consumidores. Por exemplo, o *Google* e o *Facebook* possuem grande eficácia na extração de informações de quem utiliza seus serviços, tendo em vista que detalhes íntimos de suas vidas são expostas pelos arquivos pertencentes a essas megaempresas. Outro exemplo pertinente que o autor traz é quando se compra um iPhone

novo, o aparelho possui a informação perfeita de onde estamos, com quem nos comunicamos, dados e permissões acerca de GPS, giroscópio.

A fórmula para essa estratégia é muito simples: atrair as pessoas a liberarem mais informações suas, fazendo com que anúncios sejam direcionados conforme a intenção de compra das pessoas, com mais vendas sendo feitas. Essa fórmula rendeu à *Amazon* bilhões em vendas de produtos, a partir de previsões relacionadas a seus usuários. Uma porcentagem muito grande de filmes vistos vêm de indicações feitas por meio de personalização dos gostos relacionados (PARISIER, 2012, p. 10).

Parisier (2012, p. 10) traz a palavra de pessoas com grande influência no cenário da tecnologia, como Tapan Bhat, vice-presidente do *Yahoo* compartilha a seguinte frase: “[...] o futuro da internet é a personalização – a rede agora gira em torno do ‘eu’. A ideia é entrelaçar a rede de uma forma inteligente e personalizada pelo usuário”.

Conforme Canavilhas (2012, p. 11) a disseminação dos *smartphones* foi um fator de grande importância na intensificação do conteúdo-receptor. *Apple* e *Samsung* obtiveram crescimento estrondoso na compreensão das necessidades de seus consumidores, o uso desse tipo de tecnologia tornou o processo mais próximo e íntimo, aprofundando cada vez mais as preferências de cada pessoa.

O que corrobora tais informações são palavras da própria empresa *Google*, que fez publicações em suas políticas de privacidade. De acordo com o *Google* (2018, texto digital), para a privacidade utiliza-se “[...] várias tecnologias para coletar e armazenar informações, incluindo cookies, *tags* de *pixel*, armazenamento local como armazenamento do navegador da *Web* ou caches de dados de aplicativos, bancos de dados e registros do servidor [...]”. Com isso a empresa explica aos usuários qual o alcance terão nas suas buscas. Em relação a coleta de informações o *Google* (2018, texto digital) transparece aos seus usuários:

Usamos diferentes tecnologias para processar suas informações para esses fins. Usamos sistemas automatizados que analisam o conteúdo para fornecer a você resultados de pesquisa personalizados, anúncios personalizados ou outros recursos adaptados à maneira como você usa nossos serviços. Também analisamos seu conteúdo para nos ajudar a detectar abuso como *spam*, *malware* e conteúdo ilegal. Além disso, usamos algoritmos para reconhecer padrões nos dados. Por exemplo, o *Google Tradutor* ajuda na comunicação das pessoas entre

os idiomas, pela detecção de padrões de linguagem comuns em frases que você pede para traduzir. (GOOGLE, 2018, texto digital).

Essa explicação dada pelo Google refere-se ao tratamento dado às informações de seus clientes. A empresa faz uso desses instrumentos de tratamento para gerar para cada usuário em particular resultados que condizem com a procura pessoal do cliente.

De acordo com Ritt (2018, p. 39) atualmente não existe nada sem que haja monitoramento do Google, tudo sobre as pessoas está sob os olhos atentos da empresa. Quando se viaja, por exemplo, a plataforma sabe em que lugares a pessoa conectou-se, ajustando seus resultados para apresentar personalização referente a um viajante, além disso pode acessar dados sobre idade e até mesmo posicionamentos políticos do indivíduo.

Conforme Parisier (2012, p. 150) a personalização de informações traz às pessoas uma sensação de individualidade, mesmo que essa seja de caráter estático. Com isso as bolhas de filtros apresentam o que é desejado, não o que deve ser mostrado. Deste modo as informações podem gerar inconformidades, já que os buscadores gerarão resultados de acordo com a busca personalizada de cada usuário. O autor relata sobre as mencionadas *bolha de filtros*.

O pior efeito da bolha dos filtros é nos confinar ao nosso bairro de informações, incapazes de ver ou explorar o restante das enormes possibilidades do mundo on-line. Os urbanistas da rede devem encontrar um equilíbrio entre a relevância e a serendipidade, entre o conforto de ver os amigos e o êxtase de conhecer estranhos, entre os nichos aconchegantes e os espaços amplos e abertos. (PARISIER, 2012, p. 150).

Ainda conforme Parisier (2012, p. 151) esses mecanismos que tornam os conteúdos apresentados à nós são agradáveis com o que queremos, isso traz dificuldade para aprendermos algo novo, nos levando para o que é chamado de *determinismo informativo*, ou seja, fazendo com que o pensamento fique limitado a alguns conteúdos apenas. Todos mecanismos psicológicos como esses são básicos, porém combinados com mídias personalizadas iniciam fenômenos com o que se deve ter preocupação.

Não se opta por entrar em tal *bolha*, quando por exemplo se liga em um canal de televisão, se escolhe de maneira que o necessário é filtrado para entender melhor o mundo. Com isso se percebe a forma moldada pelos editores para que formem opiniões com filtros personalizados especificamente para nós (PARISIER, 2012, p. 12).

Para Oliveira (2017, p. 26) a questão principal que relaciona empresas como *Google* e *Facebook* é o direcionamento da publicidade, propagandas de grande relevância para os usuários. Mesmo o *Google* tendo seu foco em informações e o *Facebook* direcionado para as relações humanas, os dois têm nos anúncios suas principais formas de renda.

Parisier (2012, p. 31) cita um fator fundamental muitas vezes esquecido, o de aprisionamento tecnológico, isso se refere no quanto os usuários estão envolvidos diretamente com a tecnologia consumida, de uma forma tão forte que mesmo havendo um serviço melhor a mudança não é realizada. Isso se dá também pelo incômodo atual dos consumidores em realizar novos cadastros e outras formas de personalização de perfil.

Serviços como *Foursquare* e *Loopt*⁷⁵ foram precursores em utilizar a localização dos celulares dos usuários para gerar anúncios de locais próximos, gerando assim publicidade direcionada. O que cada vez mais mostra o comportamento sendo transformado em mercadoria, tendo a personalização como pano de fundo (MENDES, 2014, p. 90).

Conforme Parisier (2012, p. 80) as notícias caracterizam toda a visão de mundo, escala de importância e tipo dos problemas que se encara. Contudo, o maior sentido é o conjunto de conhecimentos e experiências que são responsáveis pela construção da democracia. Ainda segundo o autor, uma frase do especialista em privacidade Daniel Solove representa o sentimento real que se encontra com o desenvolvimento constante do uso de dados: "Nós somos mais do que os dados que oferecemos sobre as nossas vidas".

Um fator importante que Oliveira (2017, p. 33) aborda é a plasticidade da identidade, na qual possibilita fazer uso de situações sociais que o comportamento é da mesma maneira. A criação da personalidade não relaciona o equilíbrio da identidade, a *bolha dos filtros* por sua vez faz com que quem clica é nossa real identidade presente, sendo que a *bolha* mostra o conjunto de preferências que se quer ao invés de ser o que se deveria.

Outro setor muito beneficiado com o crescimento dessas tecnologias foi o bancário. Parisier (2012, p. 91) cita que essas instituições utilizam os dados sociais para priorizar a quem ofereceram serviços de empréstimos, trazendo em suas palavras que: "As decisões sobre a sua capacidade de solvência serão baseadas na solvência de seus amigos

⁷⁵ Serviços de localização, que utilizam dados de GPS, oferecendo locais próximos para *check-in*. (MENDES, 2014, p.90).

[...]”. Isso reflete metodologias de grandes bancos que observam a inadimplência de amigos para caracterizar se a pessoa é uma inadimplente em potencial também.

Empresas também fazem uso de tecnologias para a comparação de pessoas, o *LinkedIn* é um exemplo disso. O sistema usado pelo *site* compara currículos de vários candidatos para determinada vaga, além de prever a trajetória de um profissional para os próximos cinco anos, por exemplo. Mesmo fazendo uso de tantos dados e informações dos usuários, o sistema se faz bastante útil aos clientes, pois podem gerar uma comunicação entre o candidato e a empresa, facilitando a relação. Em contrapartida, o site possui informações suficientes para descaracterizar o candidato, apresentando fatores que podem mostrar um funcionário ruim conforme o tempo de empresa (PARISIER, 2012, p. 91).

Apoiados nos métodos algorítmicos de previsão como o *LinkedIn*, Mendes (2014, p. 95) explana que diversos outros serviços trabalham da mesma maneira, mesmo havendo pessoas que não alteram seu modelo comportamental entre tempos. O nível de acerto destes publicitários que se apoiam nesses sistemas é grande, já que eles não focam em seres complexos mas sim em demografia geral na qual estão o maior número de seres humanos. Este modelo também está presente na previsão do clima, mas isso não afeta tão diretamente as pessoas como outras previsões, como a do pagamento de empréstimos, como foi citada anteriormente.

Esses modelos estatísticos que produzem as *bolhas de filtros* excluem as exceções, mesmo o mais potente sistema não consegue unir 100% das pessoas, pois o comportamento humano é imprevisível, sendo que os modelos fazem uso de um tipo de indução logarítmica, podendo levar ao determinismo informático, isto é, sem haver a exclusão dos históricos de dados as pessoas estão passíveis de repetir atos e mesmas informações já acessadas (OLIVEIRA, 2017, p. 50).

Cada vez mais as máquinas que caracterizam os humanos estão presentes nas nossas vidas. Mendes (2014, p. 96) diz que essa situação atrai mais dilemas para diversas áreas, principalmente a de privacidade e personalização. O nível de emoção que as pessoas apresentam na vida humana e na vida virtual são muito poderosas, fazendo com que o relacionamento dos seres humanos com as máquinas seja tão próximo quanto com seus semelhantes, a ponto de informações privadas serem passadas para estas máquinas.

Corroborando esse paradigma humano perante as tecnologias Parisier (2012, p. 132) diz:

A evolução humana não preparou as pessoas para se adaptar à tecnologia do século XX. O cérebro humano evoluiu num mundo no qual somente os seres humanos apresentaram comportamento social complexo, num mundo no qual todos os objetos vistos eram objetos físicos reais. (PARISIER, 2012, p. 132).

De acordo com a Bluesoft (2018, p. 37) a utilização de recursos tecnológicos pelas empresas está chegando cada vez mais próximos das pessoas, lojas de rua como mercados estão se inserindo nesse cenário. A exemplo disso a empresa gigante do segmento, *Amazon* já abriu estabelecimentos onde as pessoas podem fazer suas compras e sair do estabelecimento sem enfrentar filas e passar por caixas, isso pelo uso das tecnologias, por meio de totens na saída da loja que faz a leitura dos códigos de barra dos produtos escolhidos, sendo o valor total das compras creditadas em seu cartão correspondente.

Parisier (2012, p. 145) traz as palavras de Bill Joy, cofundador da Sun Microsystems, no qual ele fala que:

à medida que a sociedade e seus problemas se tornam cada vez mais complexos, e as máquinas, cada vez mais inteligentes.

[...]

as pessoas deixarão que as máquinas tomem cada vez mais decisões por elas, simplesmente porque as decisões tomadas por máquinas trarão resultados melhores do que as decorrentes de decisões humanas. (PARISIER, 2012, p. 145).

4.2. O *ROL* DOS DIREITOS INERENTES DO TITULAR

A LGPD traz uma estrutura legal que confere direitos aos titulares de dados, fazendo com que os mesmos sejam favorecidos em relação aos controladores. De acordo com o Brasil (2020, p. 17). Este guia traz os direitos inerentes aos titulares que decorrem dos princípios, mostrados no Quadro 2.⁷⁶

Quadro 2 – Direitos inerentes aos titulares

⁷⁶ BRASIL. **Guia de boas práticas: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

DIREITOS DOS TITULARES DE DADOS QUE DECORREM DOS PRINCÍPIOS	REFERÊNCIA LEGISLATIVA (LGPD)
Direito de condicionar o tratamento de dados ao prévio consentimento expresso, inequívoco e informado do titular, salvo as exceções legais	Art. 7º, I, e 8º
Direito de exigir o cumprimento de todas as obrigações de tratamento previstas na lei, mesmo para os casos de dispensa de exigência de consentimento	Art. 7º, § 6º
Direito à inversão do ônus da prova quanto ao consentimento	Art. 8º, § 2º
Direito de requerer a nulidade de autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais	Art. 8º, § 2º
Direito de requerer a nulidade do consentimento caso as informações fornecidas ao titular tenha conteúdo enganoso ou abusivo ou, ainda, não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca	Art. 9º, § 1º

<p>Direito de requerer a revogação do consentimento a qualquer tempo, mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado</p>	<p>Art. 8º, § 5º</p>
<p>Direito de revogar o consentimento caso o titular discorde das alterações quanto ao tratamento de dados, seja na finalidade, forma e duração do tratamento, alteração do controlador ou compartilhamento</p>	<p>Art. 8º, § 6º e 9º, § 2º</p>
<p>Direito de acesso facilitado ao tratamento de dados, cujas informações devem ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de (entre outras): finalidade específica do tratamento; forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; identificação do controlador; informações de contato do controlador; informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador; finalidade, responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento e direitos dos titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18</p>	<p>Art. 9º</p>
<p>Direito de ser informado sobre aspectos essenciais do tratamento de dados, com destaque específico sobre o teor das alterações supervenientes no tratamento</p>	<p>Art. 8º, § 6º</p>

<p>Direito de ser informado, com destaque, sempre que o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço, ou, ainda, para o exercício de direito, o que se estende à informação sobre os meios pelos quais o titular poderá exercer seus direitos</p>	<p>Art. 9º, § 3º</p>
<p>Direito de ser informado sobre a utilização dos dados pela administração pública para os fins autorizados pela lei e para a realização de estudos por órgão de pesquisa</p>	<p>Art. 7º, III e IV c/c art. 7º, § 1º</p>
<p>Direito de que o tratamento de dados pessoais cujo acesso é público esteja adstrito à finalidade, à boa-fé e ao interesse público que justificaram sua disponibilização</p>	<p>Art. 7º, § 3º</p>
<p>Direito de condicionar o compartilhamento de dados por determinado controlador que já obteve consentimento a novo e específico consentimento. No caso da Administração Pública Federal (APF), em que o tratamento é embasado nas hipóteses de dispensa de consentimento original, o compartilhamento demandará uma nova justificativa de tratamento</p>	<p>Art 7º, § 5º</p>
<p>Direito de ter o tratamento de dados limitado ao estritamente necessário para a finalidade pretendida quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador</p>	<p>Art. 10º, § 1º</p>

Direito à transparência do tratamento de dados baseado no legítimo interesse do controlador	Art. 10º, § 2º
Direito à anonimização dos dados pessoais sensíveis, sempre que possível, na realização de estudos por órgão de pesquisa	Art. 11º, II, c
Direito de ter a devida publicidade em relação às hipóteses de dispensa de consentimento para: tratamento de dados sensíveis no cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; ou tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos	Art. 11º, § 2º
Direito de impedir a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde, com o objetivo de obter vantagem econômica (exceto nos casos de portabilidade de dados quando consentido pelo titular)	Art. 11º, § 4º
Direito de que os dados pessoais sensíveis utilizados em estudos de saúde pública sejam tratados exclusivamente dentro do órgão de pesquisa e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou	Art. 13º

<p>pseudônimo zação dos dados, bem como consideram os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas</p>	
<p>Direito de não ter dados pessoais revelados na divulgação dos resultados ou de qualquer excerto do estudo ou da pesquisa sobre saúde pública</p>	<p>Art. 13º, § 1º</p>
<p>Direito de não ter dados pessoais utilizados em pesquisa sobre saúde pública transferidos a terceiros pelo órgãos de pesquisa</p>	<p>Art. 13º, § 2º</p>
<p>Direito ao término do tratamento, quando verificado que: (i) a finalidade foi alcançada ou que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; (ii) houve o fim do período de tratamento; (iii) houve comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento, conforme disposto no § 5º do art. 8º da Lei e resguardado o interesse público; ou (iv) por determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto na Lei</p>	<p>Art. 15º</p>
<p>Direito à eliminação ou ao apagamento dos dados, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, sendo autorizada a conservação somente nas exceções legais</p>	<p>Art. 16º</p>

Segundo Carvalho (2018, p. 51) menciona o direito inerente à privacidade relaciona-se com a sociedade em rede, que utiliza os dados nos processos fazendo com

que se conforme aspectos da privacidade, o que pode significar violação de liberdades que estão inerentes ao direito citado.

Um direito inerente ao titular é muito importante é o do esquecimento, Torres (2019, p. 21) associa que o mesmo decorre do direito ao desenvolvimento da personalidade, no qual se define como a possibilidade da mudança humana ao longo de sua vida, afirmando que as experiências adquiridas complementam as vivências que caracterizam os indivíduos. Ainda segundo o autor o direito do esquecimento serve de instrumento para que não se recorde comunicação passada para divulgação, algo do passado que se publique de maneira ilícita, podendo causar prejuízos ao titular e à sua vida.

Um fato importante de se destacar perante ao tema do direito ao esquecimento é a desindexação de links, mesmo com casos que ligam a desindexação ao direito ao esquecimento, não deve se considerar que a ferramenta efetiva este direito (TORRES, 2019, p. 55). O autor traz o tema no trecho.

A convalidação do direito ao esquecimento não se mistura com a intensidade da sua ferramenta de efetivação. Uma forma de testar a contradição desse argumento indutivo é através de análises de casos nos quais se permite narrativas da história, mas sem exposição do indivíduo. (TORRES, 2019, p. 45).

Todavia Oliveira (2017, p. 55) relaciona mais diretamente o direito ao esquecimento com os dados pessoais e sua proteção:

Direito de esquecimento tem particular incidência em relação à história judicial, aos dados pessoais, à circulação de informações na Internet e às sombras do passado. Todos possuem, de algum modo, uma relação com pelo menos uma forma de exposição à privacidade. Embora o efeito prático da ordem judicial de cancelamento de um dado e de apaga-lo em face do esquecimento seja idêntico, o direito ao esquecimento não se confunde com aquele. O cancelamento não depende do transcurso do tempo ou da caducidade da finalidade. No esquecimento, o dado pessoal foi colhido corretamente e devidamente tratado. Em prol da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais ou da caducidade (decorrente de sua provisoriedade), este dado é esquecido para que o titulado dado possa prosseguir sua vida. (OLIVEIRA, 2017, p. 55).

Com a fala do autor podemos correlacionar o direito ao esquecimento com a LGPD, sendo esse um direito inerente ao titular das informações. Com o Artigo 18⁷⁷ da LGPD podemos definir bem claramente os direitos inerentes dos titulares.

⁷⁷Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador;

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

§ 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

§ 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

§ 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento.

§ 4º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 3º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá:

I - comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou

II - indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência.

§ 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento.

§ 6º O responsável deverá informar de maneira imediata aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento.

§ 7º A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador.

§ 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor. (BRASIL, 2018, p. 6).

Conforme Cots e Oliveira (2018, p. 157) a aplicabilidade da LGPD é imediata mesmo podendo sofrer modificações pela justiça nacional, pois o legislador da lei deixou margem em artigos para que haja criação ou alteração em regulamentos. Nos arts. 12, 23 e 30⁷⁸ pode-se ver tal liberdade da autoridade nacional.

Mesmo que para o art. 18 a necessidade de uma regulamentação específica é imprescindível para diminuição das dúvidas que possam surgir.

De acordo com Cots e Oliveira (2018, p. 158) o legislador falhou no momento de condicionar a execução dos direitos que estão reconhecidos na legislação no qual justifique a suspensão de outros direitos. Como maneira de evitar tal problema o autor cita a possibilidade de determinar regras e possíveis alterações posteriores o que tornaria o processo mais produtivo.

Todavia, um aspecto fundamental que deve ser pensado e que traz insegurança jurídica aos operadores e controladores. Com isso os autores relatam:

Se considerarmos que o Artigo 18 reconhece direitos, e se considerarmos que o regulamento pendente versará apenas de “prazos” e “termos previstos em regulamento”, não prejudicando, diretamente, a interpretação e abrangência do referido direito, seria

⁷⁸Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

[...]

§ 3º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

[...]

Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

[...]

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento.

[...]

Art. 30. A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação e de uso compartilhado de dados pessoais. (BRASIL, 2018, p. 5).

teoricamente possível que o titular se socorra do Poder Judiciário para atendimento dos seus direitos. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 155).

No inciso I do art. 18 existe um exemplo que pode ser citado, este inciso estabelece o direito onde rege a confirmação do tratamento de dados. A informação que pretendesse passar é simples e pertence totalmente ao controlador. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 158).

Segundo Torres (2019, p. 56) o debate sobre o rol de direitos no art. 18 é de grande importância, principalmente o conteúdo dos parágrafos quinto e sexto, onde fica claro o desafio do controlador que deve identificar o consentimento que foi liberado pelo responsável de menores, por exemplo.

Cots e Oliveira (2018, p. 158) diz que tendo em vista tais teses não é sem propósito que o titular dos dados se beneficie do Poder Regulamentador para fazer com que seus direitos sejam validados, o que também pode ser levado à boa-fé das questões legais e nos princípios presentes na LGPD, como por exemplo a transparência.

Os direitos presentes no art. 18 relacionam-se principalmente com o tratamento de dados e estão ligados a um vínculo jurídico entre controlador e titular, isto é, sem restringir direitos já constatados em outras regulamentações no que diz respeito a incidentes relacionados à totalidade (TORRES, 2019, p. 56).

O autor ainda cita que exercer esses direitos deve ser por meio de requisições, isto é, não é através de solicitações ou pedidos, previsto na LGPD não dando a possibilidade de oposição por parte do controlador. Cots e Oliveira (2018, p. 159) cita alguns direitos presentes na legislação, sendo eles:

Confirmação, acesso, correção, anonimização, bloqueio ou eliminação

O titular tem direito a ter a confirmação da existência de tratamento, acesso aos dados tratados e os corrigir, quando incompletos, inexatos e desatualizados. Tais direitos estão vinculados aos princípios da transparência, livre acesso e qualidade de dados. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 159).

De acordo com Ritt (2018, p. 52) quando a existência de dados sem necessidade ou haver desconformidade nas informações tratadas, o titular pode exigir que haja anonimização e até mesmo a eliminação de tais dados. Como o titular não possui

capacidade técnica para saber de si mesmo qual medida deve ser tomada, cabe ao controlador adotar a maneira adequada para que atenda os interesses dos ambos os lados.

Outro direito inerente pertencente ao art. 18 da LGPD diz respeito a portabilidade de dados, Cots e Oliveira (2018, p. 159) define este direito apresentando o trecho a seguir:

Portabilidade de dados

Como a pessoa natural é e sempre será titular de seus dados pessoais, poderá, com a LGPD, exercer a sua portabilidade de um fornecedor de produtos ou serviços para outro, como já acontece, por exemplo, na portabilidade de números telefônicos. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 159).

Com o presente direito Torres (2019, p. 60) destaca que não deve-se confundir as informações pessoais das resultantes do tratamento destas informações. Um exemplo citado por Cots e Oliveira (2018, p. 159) fornece um entendimento maior da situação: quando em um *site* de vendas de uma loja o usuário faz seu cadastro de consumidor com todas as informações solicitadas, então o *site*, por meio de *softwares* e estudos de mercado, cria uma lista de produtos que possam suprir a necessidade e interesse deste cliente.

Se o titular destes dados pedir a portabilidade dos mesmos, com isso o *site* não tem por obrigação liberar os dados do tratamento destas informações, somente os dados privados que foram coletados, para que não aconteça liberação de segredos que dêem prejuízo comercial ao *site* que recebeu estes dados. Esse requerimento deve ser de modo expresso, transmitido integralmente a vontade do proprietário os dados (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 159).

A LGPD ainda traz no art. 40 desta regulamentação, onde pode-se padronizar a interoperabilidade da portabilidade:

Art. 40. A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência. (BRASIL, 2018, p. 9).

Cots e Oliveira (2018, p. 160) traz a seguir relato sobre informação do compartilhamento de dados:

Informação sobre compartilhamento de dados

O compartilhamento de dados é permitido pela LGPD, mas deve ser informado ao titular, detalhando a finalidade e abrangência de tal compartilhamento. Ocorre que, até então, grande parte dos controladores não possuía controle adequado do compartilhamento que realizavam, o que deve mudar com a nova lei. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 160).

Ainda de acordo com os autores o inciso VII não esclarece se as informações de qualificação das áreas públicas e privadas devem ser liberadas, mas conforme a lógica da LGPD fica subentendido que sim, pois havendo o contrário, o titular perde o controle do uso de seus dados.

Contudo, Torres (2019, p. 61) explana que é necessário informar ao titular quando seus dados for segredo comercial ou industrial, já que a exceção no inciso anterior não esteve presente novamente no inciso VII. Ainda de acordo com o autor, o inciso VI traz a obrigatoriedade de informar imediatamente aos agentes do tratamento dos dados a solicitação de bloqueio, eliminação ou anonimização das informações do titular.

A informação da possibilidade de não concessão do consentimento também está no rol dos direitos inerentes, com isso Cots e Oliveira (2018, p. 161) traz o trecho seguinte:

Informação a possibilidade de não concessão do consentimento

É direito do titular saber as consequências da negativa de consentimento para tratamento dos dados pessoais. Certamente, em alguns casos, as consequências poderão envolver a impossibilidade de fechamento de negócio jurídico, como por exemplo, o não consentimento para elaboração de proposta comercial ou contrato. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 161).

Todavia, Ritt (2018, p. 55) cita que tal consequência se torna negativa quando os princípios da finalidade, necessidade e adequação forem cumpridos, pois se ocorrer o oposto, os dados forem abusivos ou desnecessários, o tratamento não tem justificativa.

Se houver o consentimento por etapas ou através de níveis, fazendo com que os níveis iniciais correspondem aos dados mais básicos, de maneira que as consequências sejam separadas conforme necessidades de cada nível (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 161).

Além dos direitos existentes no art. 18 da LGPD existem os previstos em outras legislações, com isso Cots e Oliveira (2018, p. 162) traz o seguinte trecho:

Direitos previstos em outras legislações

[...] direitos e princípios criados por outras legislações permanecerão vigentes, como é o caso dos direitos e princípios que constam do Marco Civil da Internet, por exemplo. (COTS e OLIVEIRA, 2018, p. 162).

Os autores trazem os artigos da legislação do Marco Civil da Internet como exemplificação, nos Artigos 3 e 7 podemos ver essa relação.⁷⁹

⁷⁹ Art. 3º. A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

[...]

II – proteção da privacidade;

III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

[...]

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;

[...]

VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, é de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento livre e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII – informações claras e complexas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidade que:

a) Justifiquem sua coleta;

b) Não sejam verdades pela legislação; e

c) Estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de Internet.

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos nesta lei;

Estes artigos citados do Marco Civil da Internet corroboram o direito inerente conforme os autores, permeando o tratamento dos dados. Cots e Oliveira (2018, p. 162) relata que para exercer tais direitos o titular precisa fazer a solicitação expressa para o agente que realiza o tratamento, controlador ou operador. Essa solicitação de forma gratuita é respondida segundo o prazo e o procedimento referido à autoridade nacional.

Conforme a LGPD, o agente responsável pelo tratamento pode responder às solicitações:

- a) Informando o titular que não é o agente de tratamento e indicar, sempre que possível, o verdadeiro controlador ou operador; e,
- b) Indicar as razões de fato e direito que o impedem de responder imediatamente. (BRASIL, 2018, p. 3).

Podemos perceber no segundo item que não há a possibilidade de recusa mas sim de esclarecimento na demora ao retornar para o titular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento deste trabalho foram analisados vários artigos, livros e legislações referentes ao tema da privacidade no que diz respeito a inserção da LGPD e a relação com a boa-fé objetiva. Percebendo o quanto é fundamental a existência de uma legislação à medida que as tecnologias crescem e influenciam cada vez mais nosso dia a dia.

É de extrema importância ver o quanto a internet se modificou e modifica a vida de todos de acordo com o tempo, principalmente em termos de relações humanas, aspectos educacionais e comerciais. Por isso o uso de leis que englobam a sociedade como um todo é muito pertinente, juntamente com melhorias que devem ser estudadas de acordo com os anos, tendo em vista a mudança frequente nas tecnologias e nas formas de propagação das mesmas.

Todo indivíduo precisa e tem como seu direito a proteção de sua vida privada e sua intimidade. Quando se traz para o diálogo os direitos da personalidade, se deve ter em mente a diversidade de direitos inerentes aos titulares, direitos estes que buscam preservar a vivência em sociedade, relacionando com a garantia de privacidade. O avanço dos

[...] (BRASIL, 2014, p. 1).

direitos da personalidade avança pela preservação da privacidade, passando por uma face mais ampla do que um benefício negativo de ser deixado livre e em paz.

A sociedade atual de consumo e de busca por informação proporciona um grande crescimento da informatização tecnológica, que ao mesmo tempo que traz diversos benefícios, também traz violações referentes à vida particular, violações que podem estar presentes no tratamento das informações, na coleta inicial e podendo haver compartilhamento ilegal destes dados privados dos titulares. Nenhuma dúvida surge no que se relaciona a possíveis interesses dos usuários e do interesse público.

A falta de legislação no momento da coleta desses dados e no tratamento dos mesmos, tanto podem favorecer a utilização como um instrumento por parte dos órgãos públicos, quanto serem dirigidas pela iniciativa privada com o propósito de criar um padrão e classificação dos usuários em virtude ao consumo. Este direito importante para a proteção das informações pessoais pouco a pouco vem sendo relacionado a exemplos presentes no continente europeu e nos EUA, que nasceram para reduzir danos potenciais que surgem com a exposição dos dados privados e direitos fundamentais dos titulares.

Concluiu-se por meio de toda a bibliografia estudada as mudanças que controladores terão que realizar no tratamento de dados pessoais dos usuários, passando a cumprir à risca a LGPD e seus artigos, trazendo mais proteção aos titulares. A execução de todas as normas pertencentes à lei, devem estar cobrindo todos os direitos que esse titular possui.

Também analisou-se a realidade da personalização atual e recorrente durante os anos, o qual se pode perceber a influência imensurável de grandes empresas de tecnologia sobre seus clientes, utilizando dados dos mesmos para sugerir produtos, escolher resultados de buscas, entre outros, fazendo até mesmo com que esses usuários alcancem o determinismo informativo, que é um tipo de encarceramento dos usuários em determinados resultados apenas, formando opinião condizente com que o usuário quer somente.

Com o fator da personalização constante o paradigma da proteção dos dados respeitando a privacidade, já que a capacidade do tratamento de dados pode desencadear a liberação de dados íntimos dos titulares, colocando em risco essa privacidade exigida. Realmente é tarefa complexa conceituar privacidade, já que se refere em algo abstrato, com proximidade grande da liberdade dos indivíduos. Os riscos relacionados com a possível quebra deste direito à privacidade devem ser totalmente minimizados nesta regulamentação, não permitindo a violação deste quesito.

A promoção da LGPD da legislação brasileira fortalece a instrumentalização dos indivíduos visando o controle dos seus próprios dados, além de deixar claro o crescente valor que se dá para a informação e seu acesso.

A boa-fé relacionada com a LGPD está muito presente nas atividades de tratamento de dados privados, podemos citar o artigo 6 onde são apresentados os princípios, que desdobra-se da boa-fé, critérios esses como o de adequação, finalidade, e necessidade. O princípio da boa-fé impõe algum procedimento que assegure a segurança no armazenamento destes dados, além de seu descarte adequado, sem que haja acesso de terceiros a essas informações pessoais.

A boa-fé objetiva ganha força quando relacionada à proteção dos dados privados, no qual se tomou como direito fundamental, principalmente em contratos de seguros, onde empresas podem somente usar informações pessoais dos clientes para a coleta de dados, utilizados para analisar risco de contratos, dados imprescindíveis para a contratação dos serviços.

Pensando que a utilização de dados privados se dá a um curto período de tempo, fica cada vez mais claro o desenvolvimento rápido dos sistemas informatizados, com tendência de aumento exponencial. Com isso devemos considerar a necessidade de modificações em legislações como a LGPD, visando seu aperfeiçoamento constante e a necessidade de englobar as novidades tecnológicas que aparecem regularmente no mundo.

Para possíveis trabalhos futuros que abordem o mesmo assunto, esse estudo pode fornecer informações e comentários pertinentes que englobam aspectos citados e desenvolvidos no trabalho. Alguns fatores podem ser importantes para trabalhos que virão, como mudanças na legislação da LGPD causadas principalmente pelo desenvolvimento contínuo das tecnologias, necessitando cada vez mais ampliação das fronteiras designadas pela norma, outro fator que pode ser abordado é o impacto da LGPD na sociedade e nas tecnologias existentes, tendo em vista que a obrigatoriedade da legislação ainda não está vigente, com expectativa de ser iniciada ainda em 2020.

6. REFERÊNCIAS

ALONSO, Félix Ruiz. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR. Antônio Jorge (coords.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **O princípio da livre concorrência na Constituição Federal**. Revista dos tribunais – Cadernos de direitos tributários e finanças públicas, São Paulo, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2001. V. 2.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. P. 158.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais – A Função e os Limites do Consentimento**. São Paulo: Editora Forense, 2018.

BLUESOFT. **Principais tendências tecnológicas para supermercadistas em 2018**. 2018. Disponível em: <<http://bluesoft-public.s3.amazonaws.com/e-books/tendencias-tecnologicas-2018.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL, LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. **Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)**, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 25 de mar 2020.

BRASIL. **Guia de boas práticas: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

CANAVILHAS, João Messias. **WEBJORNALISMO: Considerações gerais sobre o jornalismo na web**. Universidade da Beira Interior, 2001. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/canavilhas-joao-webjornal.pdf>>. Acesso em 05 de mai. 2020.

CARVALHO, Victor Barros. **O direito fundamental à privacidade ante a monetização de dados pessoais na internet: apontamentos legais para uma perspectiva regulatória**. Dissertação (Mestrado em Direito). UFRN. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26851/1/Direitofundamentalprivacidade_Carvalho_2018.pdf> Acesso em: 30 abr. 2020.

- CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol 1. A sociedade em rede. Trad: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COMTE-SPONVILLE, André. **O capitalismo é moral?** São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- COTS, Márcio. OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais: comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados**. São Paulo: Renovar, 2006.
- GOOGLE. **Tipos de cookies usados pelo Google**. In: Privacidade e termos. 2017. Disponível em: <<https://policies.google.com/technologies/types?hl=pt-BR>>. Acesso em: 11 mai. 2020.
- GOOGLE. **Política de Privacidade**. 2018. Disponível em: <<https://policies.google.com/privacy>>. Acesso em: 10 mai. 2020.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LYON, David. **El ojo electrónico**, Madrid: Alianza, 1995.
- MENDES, Laura. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2020.
- OLIVEIRA, Tassyara Onofre de. **Gestão de dados pessoais: uma análise de casos concretos a partir do ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação (mestrado). UFPB, João Pessoa, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/9770/2/Arquivo%20total.pdf>> Acesso em: 10 mai. 2020.
- PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PEZZI, Ana Paula Jacobus. **A necessidade de proteção dos dados pessoais nos arquivos de consumo:** em busca da concretização do direito à privacidade. Dissertação (mestrado). UNISINOS, 2007.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; GARCIA, Filipe Rodrigues. **O direito à autodeterminação informativa.**2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10473>. Acesso em: 25 abr 2020.

RITT, Ana Amélia. **Tendências da personalização da informação:** um “*Google*” diferente para cada pessoa. Monografia (graduação). UNIVATES, Lajeado. 2018. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/2508/1/2018AnaAmelia.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

ROUVROY, Antoinette e POULLET, Yves. **The Right to informational self-determination and the value of self-development:** reassessing the importance of privacy for democracy. p. 51. In: GUTWIRTH, Serge et al. **Reinventing Data Protection?** Springer, 2009.

RUARO, Regina Linden. **Privacidade e autodeterminação informativa obstáculos ao estado de vigilância.** Teresina, 2015.

SÁNCHEZ-OCAÑA, Alejandro Suárez. **A verdade por trás do Google.** São Paulo: Planeta, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 234. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf> Acesso em: 30abr 2020.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 639.

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Princípios básicos de defesa do consumidor: institutos de proteção ao hipossuficiente.** Leme: LED, 2001.

TAVARES, André Ramos. MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JR, Antônio Jorge (coords.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

TORRES, Érico Leandro Buzzi. **O direito ao esquecimento e a lei geral de proteção de dados pessoais**. Monografia (Direito). UFSC, 2019. Disponível em:
<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197775/TCC%20-%20C3%89rico%20Leandro%20Buzzi%20Torres%20-%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 22 mai. 2020.

A POSSIBILIDADE DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE QUE POSSUI OUTROS IMÓVEIS QUE NÃO É SUA RESIDÊNCIA DE POSSUIR O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

ALEXANDRE FERNANDES DE SÁ:
bacharelado em direito pela UNEST -
União Educacional de Ensino Superior do
Médio Tocantins.

RESUMO: O objetivo desta pesquisa foi estudar a possibilidade do cônjuge ou companheiro sobrevivente que possui outros imóveis que não é sua residência de possuir o direito real de habitação. Para alcançar a finalidade ensejada, esta pesquisa utiliza o método dedutivo, através de técnicas exploratórias e documentais. A análise dos elementos da pesquisa, deu-se através da qualitativa. O resultado obtido foi que deve ser analisado o princípio da ponderação dos interesses, pois além do direito de moradia existente na Constituição Federal de 1988, dá-se o direito de propriedade. Se existe outra forma de obter moradia, não assiste razão para relativizar o direito de propriedade. Possibilitar que o cônjuge ou companheiro sobrevivente a ter o direito real de habitação, ainda que possua outro imóvel, adentraria na seara do enriquecimento sem causa. Portanto há um empobrecimento por parte dos filhos do de cujus, justificando o enriquecimento sem causa do cônjuge ou companheiro sobrevivente, isto porque, o objetivo primordial da norma é garantir moradia, a garantia de moradia já está garantida pelo patrimônio privado, particular do cônjuge sobrevivente.

Palavras-chave: Direito Real de Habitação; Cônjuge ou companheiro sobrevivente; Outros imóveis.

ABSTRACT: The objective of this research was to study the possibility of the surviving spouse or partner who owns other properties that are not their residence to have the real right to housing. To achieve the desired purpose, this research uses the deductive method, through exploratory and documentary techniques. The analysis of the research elements took place through a qualitative approach. The result obtained was that the principle of balancing interests must be analyzed, because in addition to the right to housing existing in the Federal Constitution of 1988, there is also the right to property. If there is another way to obtain housing, there is no reason to relativize the right to property. Allow the surviving spouse or partner to have the real right to housing, even if they own another property, would enter the field of unjust enrichment. Therefore, there is an impoverishment on the part of the children of the deceased, justifying the unjust enrichment of the surviving spouse or partner, because the primary objective of the norm is to guarantee housing, the guarantee of housing is already guaranteed by the private patrimony, particularly of the surviving spouse.

Keywords: Real Right to Housing; Surviving spouse or partner; Other properties.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. ENTENDIMENTO PRIMÁRIO E REQUISITOS SOBRE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – 3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ALCANCE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – 4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE QUE POSSUI OUTROS IMÓVEIS QUE NÃO É SUA RESIDÊNCIA MAS RESIDIA NO ÚNICO IMÓVEL DO DE CUJUS POSSUIR O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO – 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS – 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca tratar de um tema pouco abordado e muito importante no estudo direito da família, que consiste na possibilidade do cônjuge ou companheiro sobrevivente que possui outros imóveis que não é sua residência de possuir o direito real de habitação.

O direito real de habitação é o direito à moradia do cônjuge ou companheiro sobrevivente que tem um caráter vitalício e muito pessoal, o que significa dizer que pode permanecer no imóvel até a morte. (GONÇALVES, 2020).

Desta forma, o principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa é saber se o viúvo ou viúva residir no imóvel do casal e possui outros imóveis que não é sua residência, mas residia no único imóvel do de cujus, haverá direito real de habitação?

Assim, a principal motivação para sustentar e justificar esta pesquisa, é obter um esclarecimento mais amplo sobre o referido assunto, direito real de habitação, devido a sua importância para comunidade jurídica, pois a jurisprudência vem adotando posição equivocada quanto à aplicação do direito real de habitação, não se adequando a realidade social que o norteia, a evolução da sociedade, devendo ser interpretado para cada caso concreto.

O objetivo geral da presente pesquisa é estudar a possibilidade do cônjuge ou companheiro sobrevivente que possui outros imóveis que não seja sua residência ter o direito real de habitação.

Os objetivos específicos consistem em I) determinar o alcance do direito fundamental social à moradia previsto na Constituição Federal de 1988; II) identificar requisitos que devem ser atendidos para que seja concedido o direito real de habitação; III) estudar o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade do cônjuge ou companheiro sobrevivente que possui outros imóveis que não é sua residência, mas residia no único imóvel do de cujus possuir o direito real de habitação.

Para alcançar a finalidade ensejada, essa pesquisa utiliza o método dedutivo, que segundo o autor Gil (2008, p. 9), consiste em “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica”, utilizando para tanto a técnica exploratória e documental, proporcionando uma melhor compreensão com o problema.

E com relação a análise dos elementos da pesquisa, será através da qualitativa que é “a compreensão das informações é feita de uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos” (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2017, p. 138).

Para tanto, o referencial teórico utilizado será a doutrina sobre Direito Civil de Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Flávio Tartuce e Silvio de Salvo Venosa. Doutrina de Direito Constitucional de Rodrigo César Rebello Pinho. A legislação do Código Civil, Constituição Federal de 1988 e a Interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

A presente pesquisa será dividida em três capítulos, no primeiro capítulo será feita uma abordagem acerca do entendimento primário e requisitos sobre o direito de habitação, compreendendo sobretudo o direito real.

Já no segundo capítulo será abordado quanto a compreensão da dignidade da pessoa humana como alcance do direito fundamental social à moradia previsto na Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo busca o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade do cônjuge ou companheiro sobrevivente que possui outros imóveis que não é sua residência, mas residia no único imóvel do de cujus possuir o direito real de habitação.

2. ENTENDIMENTO PRIMÁRIO E REQUISITOS SOBRE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Antes de adentrar ao estudo do direito real de habitação, necessário que se faça uma abordagem do que venha ser os direitos reais, isto porque o direito de habitação está inserido dentro dos direitos reais.

A doutrina costuma distinguir os direitos reais dos direitos das coisas (CAMPOS, 2010). Essa distinção ocorre porque os direitos reais referem-se aos direitos subjetivos que são exercidos pelas pessoas titulares de determinados direitos reais. (DINIZ, 2018).

Por sua vez quando se fala em direito das coisas não se refere apenas aos direitos reais (direitos reais possui característica específica, ou seja, são direitos reais aqueles definidos por lei, é, portanto, rol restrito), mas somado aos direitos reais adicione-se a posse. (GONÇALVES, 2020).

Compartilhando do mesmo entendimento, Campos (2010, p. 56) compreende que “o Direito das Coisas engloba a Posse e os Direitos Reais, o que leva a inferir que a posse não é considerada um Direito Real, especialmente por não estar listada no rol taxativo do artigo 1.225”.

Tal entendimento decorre pelo fato que a posse não é um direito, mas sim uma situação fática, situação de fato que recebe a tutela jurídica, mas que não é considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro como um direito real. (GONÇALVES, 2020).

Feita esta distinção, passasse ao estudo do direito real propriamente dito. Os direitos reais são regidos pelo princípio da taxatividade ou *numerus clausus*, pois são direitos reais aqueles descritos em lei, e justamente esta especificidade que difere o direito real do direito obrigacional. O que fica claro nas lições de Gonçalves (2020, p. 15):

Os direitos reais são criados pelo direito positivo por meio da técnica denominada *numerus clausus*. A lei os enumera de forma taxativa, não ensejando, assim, aplicação analógica da lei. O número dos direitos reais é, pois, limitado, taxativo, sendo assim considerados somente os elencados na lei (*numerus clausus*). (GONÇALVES, 2020, p. 15)

Desta forma, necessário que se seja traçado um paralelo entre o direito real e o direito obrigacional. Este paralelo é importante pois os direitos obrigacionais não há uma restrição, um rol restritivo de quais são as obrigações existentes, contudo há princípios que vão limitar esta ampla liberdade de criação, de fontes obrigacionais. (TARTUCE, 2021).

Entretanto, nos direitos reais não existe esta liberdade de criação, justamente pela existência da restrição, aqueles que estão descritos em lei. É importante lembrar também quanto ao sujeito passivo. Dentro do direito obrigacional o sujeito passivo é qualquer pessoa determinada ou determinável, o que não acontece no direito real. (DINIZ, 2018)

No direito real há um só sujeito, é chamado de sujeito ativo, pois é toda pessoa que não é a própria titular do direito real, isto porque o direito real é *erga omnes*, contra todos, surgindo o princípio do absolutismo, que conforme Gonçalves (2020, p. 15),

Os direitos reais se exercem *erga omnes*, ou seja, contra todos, que devem abster-se de molestar o titular. Surge, daí, o direito de *sequela* ou *jus persecuendi*, isto é, de perseguir a coisa e de reivindicá-la em poder de quem quer que esteja (ação real), bem como o *jus praeferendi* ou direito de preferência (cf. Título X, n. 3.1 e 3.2, *infra*). Direito de *sequela*, segundo a lição de Orlando Gomes, “é o que tem o titular de direito real de seguir a coisa em poder de todo e qualquer

detentor ou possuidor. Para significá-lo, em toda a sua intensidade, diz-se que o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo (*uti lepra cuti*). Não importam usurpações; acompanhará sempre a coisa. Se grava determinado bem, como no caso de servidão, nenhuma transmissão o afetará, pois, seja qual for o proprietário do prédio serviente, terá de suportar o encargo”.

Os obrigacionais, por não estabelecerem vínculo dessa natureza, resolvem-se em perdas e danos e não se exercem contra todos, mas em face de um ou de alguns sujeitos determinados. Dispõem de ação pessoal. Todos os princípios se entrelaçam no sentido de reforçar a rigidez do regime jurídico dos direitos reais. As manifestações típicas da oponibilidade absoluta do direito real são, como foi dito, a sequela e a preferência. Por sua vez, seu caráter absoluto decorre de ser um poder direto e imediato sobre a coisa. (GONÇALVES, 2020, p. 15).

Justamente porque há esta noção de sujeito ativo universal, todo aquele que não detém, que não exerce aquele determinado direito subjetivo, direito real, é, portanto, considerado o sujeito ativo, conforme ensinamento de Diniz (2018, p. 28):

O sujeito ativo é determinado, por ser o titular do direito, mas o passivo é determinável, visto que sua identificação somente dar-se-á no momento em que se der a violação do direito. E, para a teoria unitária, o passivo, por ser o direito real erga omnes, isto é, se opõe a quem quer que seja, havendo uma relação jurídica entre o titular e toda a humanidade, obrigada passivamente a respeitar o direito do sujeito ativo. (DINIZ, 2018, p. 28).

Quando se fala em direito real a sua finalidade é justamente a apropriação econômica, é usar, dispor, gozar, fruir de um determinado bem, ter uma aceção econômica (TARTUCE, 2021). Enquanto que no direito obrigacional a finalidade é o inadimplemento, toda obrigação visa um inadimplemento, que aja a satisfação daquela obrigação. (TARTUCE, 2021).

Quanto a duração, o direito real tende a perpetuidade, ele não existe para que seja extinto logo mais, ele existe para que seja perpetuo. Por outro lado, o direito obrigacional se estabelece em um determinado período de tempo em função da sua finalidade. (GONÇALVES, 2020).

Curial destacar, os caracteres fundamentais do direito real, da coisa propriamente dita, a coisa sobre qual é exercida o direito real, direito subjetivo, que segundo Diniz (2018, p. 34) podem ser definidos da seguinte forma:

a) oponibilidade erga omnes; b) seu titular possui direito de sequela e de preferência; c) adere imediatamente ao bem corpóreo ou incorpóreo, sujeitando-o, de modo direto, ao titular; d) obedece ao numerus clausus, pois é estabelecido pelo Código Civil e leis posteriores, não podendo ser criado por livre pactuação; e) é passível de abandono; f) é suscetível de posse; g) a usucapião é um de seus meios aquisitivos.

Contudo, a coisa necessita de três principais características que são dependentes entre si. A primeira delas é a corporeidade ou a materialidade, para que exerça o direito sobre determinado bem é necessário que seja material, que seja corpóreo. Só que não apenas que seja corpóreo, pois existe o princípio da apropriação, pois além da existência corpórea seja passível de apropriação. E como última característica a função econômica, o valor econômico do bem, o que fica claro nas palavras da autora Diniz (2018, p. 37):

Para que os bens possam ser considerados como objeto do direito precisam ter os seguintes pressupostos:

- a) devem ser representados por um objeto capaz de satisfazer um interesse econômico;
- b) devem ser suscetíveis de gestão econômica autônoma; e
- c) devem ter capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica.

Obedecendo a tais requisitos, o objeto dos direitos reais pode abranger, em função do tempo, coisas presentes e futuras. As presentes são as que já pertencem ao patrimônio do titular e as futuras, as que não pertencem. (DINIZ, 2018, p. 37).

Percebe-se que os direitos reais, “são o conjunto de direitos subjetivos que regem as relações entre indivíduos e as coisas” (GONÇALVES, 2014, p. 20). Desta forma, compreendido o que é direito real, tem por objetivo o estudo do direito real de a habitação. Dispõe o artigo 1.225 do Código Civil, quais são os direitos reais de gozo e fruição:

Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

XIII - a laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017). (BRASIL, 2002, não paginado). Grifo nosso.

Desta forma, nota-se que o direito de habitação foi inserido dentro dos direitos reais, mas para que tenha a compreensão do que venha ser o direito de habitação, necessário que se faça uma viagem no tempo ao Código Civil de 1916.

Isto porque, no Código Civil de 1916 existia a figura que era conhecida por usufruto vidual, uma vez que, o cônjuge anteriormente só era herdeiro se não tivesse descendente e ascendente. (DINIZ, 2013).

Portanto, anteriormente no Código Civil de 1916, o cônjuge só tinha o usufruto, embora a propriedade passasse para os herdeiros, ele detinha pelo menos o direito de usufruir, sendo assim a postura do usufruto vidual. (DINIZ, 2013).

A partir do Código Civil 2002 passou-se a utilizar a figura do super cônjuge, por que concorre com descendentes e ascendentes, e não ocorrendo nenhum dos dois fica com tudo para si, surgindo o direito real de habitação.

O direito real de habitação é o direito real na coisa alheia, portanto não sendo um direito de propriedade (DINIZ, 2018). Explica melhor Camillo (2006, p. 1045) quanto ao conceito do direito real de habitação:

O direito real de habitação é a permissão dada pela norma jurídica para o uso de uma faculdade conferida a alguém ou concessão de seu exercício, com caráter real, para ocupar gratuitamente casa

alheia, permitindo a fixação em um lugar determinado, não só de natureza física, mas com a fixação de interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-os, porém, de forma temporária ou acidental, sendo uma relação de fato entre o titular e a coisa, que é objeto de direito. (CAMILLO, 2006. p. 1045)

Tal entendimento é compreendido da leitura do artigo 1.414, do Código Civil de 2002, dispondo que: "Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família". (BRASIL, 2002, não paginado).

Além disso, traz também o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.831 que:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002, não paginado).

Portanto, da leitura dos artigos supracitados, entende-se que o fundamento do direito real de habitação é o direito a moradia, pois não busca dar propriedade, mas sim garantir a moradia.

O direito real de habitação é um direito que é atribuído ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, dele continuar residindo no imóvel que é de natureza residencial e que servia de lar para o casal enquanto o de cujus estava vivo. (DINIZ, 2018).

Em outras palavras, é o direito do viúvo ou viúva continuar residindo no imóvel, se aquele imóvel era o único que existia, em que o casal residia enquanto existia o casal. Não é um direito de propriedade, é uma subespécie de usufruto, direito do cônjuge independentemente de ser proprietário do bem de continuar a utilizar o bem que ele morava com o de cujus, quando aquele é o único bem. (VENOSA, 2009).

Tem por objetivo o direito real de habitação garantir o mínimo de moradia para aquele viúvo ou viúva, garantir que com a morte do cônjuge ou do companheiro o viúvo ou viúva não fique desamparado, garantia da dignidade da pessoa humana. (CAMPOS, 2010).

O segundo objetivo consiste além de garantir a moradia é garantir também a preservação das memórias afetivas do casal naquele ambiente familiar, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Insta consignar, por oportuno, que os pressupostos e requisitos para que o viúvo ou a viúva tenha direito ao direito real de habitação, segundo o artigo 1.831 do Código

Civil de 2002, são basicamente dois. O primeiro deles que seja o único imóvel daquela natureza, ou seja, residencial, não há outro imóvel. E o segundo requisito é que aquele imóvel seja a residência do casal. Basicamente são esses os dois pressupostos para que viabilize o direito real de habitação. (BRASIL, 2002).

Compreendido acerca do direito real de habitação, bem como seus pressupostos, será objeto de estudo no próximo capítulo a dignidade da pessoa humana como alcance do direito fundamental social a moradia prevista na Constituição Federal de 1988.

3.DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ALCANCE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Abordado no Capítulo anteriormente, percebe-se que o direito real de habitação busca assegurar o mínimo de moradia para aquele viúvo ou viúva, para garantir que não fique desamparado, mantendo a da dignidade da pessoa humana.

Neste viés, o presente capítulo tem por objetivo ao estudo da dignidade da pessoa humana como alcance do direito fundamental social à moradia previsto na Constituição Federal de 1988.

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 consagrou princípio da dignidade da pessoa humana como uns dos fundamentos e constituindo como uma das bases da República Federativa do Brasil, podendo-se dizer que a dignidade da pessoa humana é fundamento, conforme se depreende da leitura do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988, não paginado).

Percebe-se assim, que a dignidade da pessoa humana é um dos valores contido na carta magna, que por sua vez o Estado e todo o sistema constitucional apoiam-se em uma base de princípios e valores, e acerca desses valores ensina Filho (2007, não paginado):

Originariamente a dignidade da pessoa humana é um valor moral que ao ser positivado transforma-se em norma de direito positivo. Ao ser incorporado à ordem positiva, deixa de se tratar de uma declaração ética ou moral, passando a configurar-se em norma jurídica que gera efeitos como quaisquer outras normas do

ordenamento jurídico-constitucional⁴. A sua positividade transforma o seu conteúdo fazendo-o estender-se do campo da moral para o terreno do direito. (FILHO, 2007, não paginado).

Ao que se ver, a dignidade da pessoa humana é fundamental ao sistema constitucional brasileiro, uma vez que, este princípio acaba que conferindo racionalidade ao ordenamento jurídico bem como fornecendo uma pauta valorativa essencial ao intérprete para que ocorra o correto entendimento a aplicação da norma.

A dignidade da pessoa humana é um valor-guia de toda ordem jurídica, portanto, podendo ser utilizado em caráter instrumental, como parâmetro de interpretação, integração e aplicação de todo o sistema jurídico. Quanto à essa interpretação, integração e aplicação acaba que compreendendo as funções dos princípios, a saber:

A função informadora serve de inspiração ou orientação ao legislador, dando base à criação de preceitos legais, fundamentando as normas jurídicas e servindo de sustentáculo para o ordenamento jurídico. São descrições informativas que irão inspirar o legislador. Num segundo momento, os princípios informadores servirão também de auxílio ao intérprete da norma jurídica positivada. Atua a função normativa como fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei, quando inexistentem outras normas jurídicas que possam ser utilizadas pelo intérprete. Irão atuar em casos concretos em que inexista uma disposição específica para disciplinar determinada situação. Nesse caso, são utilizados como regra de integração da norma jurídica, preenchendo as lacunas existentes no ordenamento jurídico, completando-a, inteirando-a. Seria também uma espécie de função integrativa, como instrumentos de integração das normas jurídicas, como ocorre, por exemplo, nas lacunas. A interpretação de certa norma jurídica também deve ser feita de acordo com os princípios. Irá a função interpretativa servir de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei. Será uma forma de auxílio na interpretação da norma jurídica e também em sua exata compreensão. De modo geral, qualquer princípio acaba cumprindo também uma função interpretativa da norma jurídica, podendo servir como fonte subsidiária do intérprete para a solução de um caso concreto. (MARTINS, 2012, p. 65-66).

Desta forma, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada como absoluto ou o único parâmetro de interpretação, mas pela força de sua importância axiológica-normativa deve ser considerada como primordial para hermenêutica constitucional.

Portanto, percebe-se que, para que ocorra uma interpretação do texto constitucional, necessário é que o intérprete conheça toda realidade, seja ela histórica e cultural em que está inserido, além disto, sendo essencial que aja a leitura sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Deve ser reconhecida, promovida, respeitada e protegida a dignidade, uma vez que, se afigura como uma qualidade integrante e irrenunciável da condição humana. Portanto é conferido ao princípio da dignidade da pessoa humana, como um valor que unifica os direitos fundamentais e fundamento do Estado Democrático de Direito. (SOARES, 2015).

Há aqueles que defendem ser o princípio da isonomia como a principal garantia constitucional, entretanto, entende ser o princípio da dignidade da pessoa humana como a fonte direta dos direitos fundamentais, seja eles, direito à liberdade, igualdade, honra, integridade física, bem como direito à vida, direito de moradia, dentre outros, que assim fazem conexão com a dignidade da pessoa humana. (SOARES, 2015).

Desta maneira, a dignidade da pessoa humana constitui requisito inafastável e essencial da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, criando, portanto, um dever geral que impõe respeito de todos os seres humanos, independente de expresso ou não no ordenamento jurídico.

Na mesma linha de intelecção os Direitos fundamentais referem-se aos direitos da pessoa humana consagrados em um dado momento histórico. São direitos constitucionalmente protegidos e positivados em uma determinada ordem jurídica. Ensina Pinho (2018, p. 94) quanto ao conceito de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes. (PINHO, 2018, p. 94).

Os direitos fundamentais são, portanto, aqueles protegidos pela ordem constitucional de um Estado como o caso da vida, liberdade, da propriedade, dentre outros. Assim, é importante diferenciar-se dos chamados direitos humanos, acerca desta diferença explica melhor Luz (2020, p. 176):

Direitos fundamentais: Diz-se dos direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado. Diferem dos direitos humanos, na medida em que estes aspiram à validade universal, ou seja, são inerentes a todo

ser humano como tal e a todos os povos em todos os tempos, sendo reconhecidos pelo direito internacional por meio de tratados e tendo, portanto, validade independentemente de sua posituação em uma determinada ordem constitucional (caráter supranacional). (LUZ, 2020, p. 176).

Ademais, a doutrina aponta seis características dos direitos fundamentais, quais sejam: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade e limitabilidade, que são explicadas a seguir:

Historicidade. Para os autores que não aceitam uma concepção jusnaturalista, de direitos inerentes à condição humana, decorrentes de uma ordem superior, os direitos fundamentais são produtos da evolução histórica; Surgem das contradições existentes no seio de uma determinada sociedade.

Inalienabilidade. Esses direitos são intransferíveis e inegociáveis;

Imprescritibilidade. Não deixam de ser exigíveis em razão da falta de uso.

Irrenunciabilidade. Nenhum ser humano pode abrir mão de possuir direitos fundamentais. Pode até não usá-los adequadamente, mas não pode renunciar à possibilidade de exercê-los;

Universalidade. Todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados. Não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano;

Limitabilidade. Os direitos fundamentais não são absolutos. Podem ser limitados, sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. (PINHO, 2018, p. 95). Grifo nosso.

Compreendido o conceito dos direitos fundamentais bem como sua peculiaridade, passa-se então ao estudo do direito social a moradia, previstos na Constituição Brasileira de 1988, buscando suas definições.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, trouxe em seu Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, mais precisamente no artigo 6º, o direito a moradia, senão vejamos:

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

desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, não paginado). Grifo nosso.

Portanto, nota-se que o direito à moradia ao ser incluído nos direitos fundamentais, é um direito essencial para a dignidade humana. Isto ocorre porque segundo Mastrodi (2015, p. 177) é do próprio instinto do homem ter por objetivo um refúgio para se abrigar,

das circunstâncias climáticas, além de sua segurança pessoal e de sua família. Por outro giro, a moradia é também um elemento social, onde o indivíduo se recolhe após o atribulado dia de trabalho e se recupera para, no dia seguinte, mais uma vez, enfrentar a difícil rotina que lhe é imposta. (MASTRODI, 2015, p. 177).

Encampando tal posicionamento acerca do direito a moradia ser um dos requisitos para que se tenha uma vida digna, afirma Sarlet (2008, p. 67) que:

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna e na medida em que a moradia cumpre esta função. Nesta perspectiva, talvez seja ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar - numa tradução livre - que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (Sphäre ihrer Freiheit). De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. (SARLET, 2008, p.67)

Assim, é inquestionável que o sentido de “moradia” é muito mais do que um teto sobre as cabeças, mais do que a concepção de abrigo, local de refúgio, apesar de englobar tudo isto, vai mais além, porque o espaço da moradia é um espaço de integração com a família. Existe condições concretas dentro do exercício do direito a moradia, para o exercício da cidadania, liberdade, da dignidade. (SOUZA, 2009).

O direito à moradia é um direito irradiador de vários outros direitos, pois a partir do direito a moradia, que se tem acesso a educação, a saúde, direito ao lazer, dentre outros,

mas todos eles partem ou pelo se complementam a parti do direito à moradia. (SOUZA, 2009).

Portanto, o legislador ao inserir o direito real de habitação no Código Civil de 2002, buscou garantir o mínimo de moradia para aquele viúvo ou viúva, garantir que com a morte do cônjuge ou do companheiro, o viúvo ou viúva não fique desamparado, garantia da dignidade da pessoa humana, além de garantir a moradia é garantir também a preservação das memórias afetivas do casal naquele ambiente familiar.

A moradia possibilita que o indivíduo, o ser humano a se inserir nesse espaço, de se relacionar de uma forma coletiva e pública, mas ao mesmo tempo essa moradia permite que o indivíduo se recolha para sua intimidade do seu lar, para se preservar.

Compreendido quanto ao direito à moradia, o próximo capítulo tem por objetivo o estudo da natureza d renuncia no direito real de habitação.

4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE QUE POSSUI OUTROS IMÓVEIS QUE NÃO É SUA RESIDÊNCIA, MAS RESIDIA NO ÚNICO IMÓVEL DO DE CUJUS POSSUIR O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O objetivo deste estudo é verificar se o viúvo ou viúva residir no imóvel do casal e possui outros imóveis que não é sua residência, mas residia no único imóvel do de cujus, haverá direito real de habitação?

Entende o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.249.227, que ainda que o cônjuge sobrevivente ou companheiro ele tenha outros imóveis que poderiam servir de moradia dele, considerando que o direito real de habitação não tem por objetivo único e exclusivo a preservação da moradia, mas também a preservação das memórias naquele ambiente afetivo, eles continuam tendo o direito real de habitação.

A propósito, destaca-se o precedente julgado em 17/12/2013:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. O Código Civil de 2002 regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando, assim, as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. Portanto, é descabido considerar que houve exceção apenas quanto a um parágrafo. 2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a

redação do art. 1831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que não parece verdadeiro pela regra da Constituição Federal. 3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este. 4. No caso concreto, o fato de a companheira ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido pelo seguro de vida do falecido não resulta exclusão de seu direito real de habitação referente ao imóvel em que residia com o companheiro, ao tempo da abertura da sucessão. 5. Ademais, o imóvel em questão adquirido pela ora recorrente não faz parte dos bens a inventariar. 6. Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 1.249.227 – SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Curial destacar outra jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.582.178 – RJ (2012/0161093-7), dispondo o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que:

[...] Com efeito, da leitura dos dispositivos legais relacionados com a matéria, nota-se que a única condição que o legislador impôs para garantia do cônjuge sobrevivente ao direito real de habitação é que o imóvel destinado à residência do casal fosse o único daquela natureza a inventariar.

Nenhum dos mencionados dispositivos legais impõe como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge sobrevivente.

Não é por outro motivo que a Quarta Turma, debruçando-se sobre controvérsia semelhante àquela ora em exame, entendeu que o direito real de habitação é conferido por lei, independentemente de o cônjuge ou companheiro sobrevivente ser proprietário de outros imóveis. (Recurso Especial nº 1.582.178 – Rj, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

Contudo, tal posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é equivocado, pois não deveria ter direito real de habitação, porque o cônjuge sobrevivente ou companheiro não estaria desamparado.

O principal fundamento da garantia do direito real de habitação consiste no desamparo do cônjuge sobrevivente, mas se ele possui outros imóveis, titular de uma outra casa, não há sentido algum impedir que os herdeiros tomem a posse plena, a propriedade plena sobre aquele imóvel que foi herdado, embora seja único e que era residência do casal, porque o cônjuge sobrevivente ou companheiro não quer viver no imóvel que lhe pertence, que detém o direito de propriedade.

O posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça restringe de forma indevida um direito de propriedade, não podendo esquecer que o direito de propriedade possui garantia constitucional.

Esta restrição veda que os herdeiros tenham acesso a propriedade plena que foi adquirida através do direito sucessório, porque a norma de forma não da maneira mais adequada, acabou criando um direito real sobre coisa alheia para uma pessoa que não está desamparada. (BASTOS, 2020).

A exemplo do que fora dito, imagina-se a situação hipotética em que, o de cujus faleceu deixando um único imóvel e deixou filhos menores de idade que recebiam pensão alimentícia dele, e com sua morte não há mais pensão. O bem deixado pelo de cujus seria talvez um bem utilizado para moradia ou para gerar aluguel, rendimento que serviria para suprir a necessidade dos filhos menores, de uma família que não é abastada.

Contudo, seguindo o raciocínio do Superior Tribunal de Justiça, eles estariam impedidos de obter aquele fruto daquele imóvel que lhes pertence, porque o cônjuge tem direito de continuar morando no imóvel, um direito real de habitação, e o cônjuge ou companheiro ainda que tenha outro imóvel, poderá receber aluguéis do imóvel que ele tem, de sua propriedade, usufruindo de forma direta.

Desta forma, não faz sentido que esses filhos passem por dificuldades em detrimento de um cônjuge poderia está exercendo o direito de propriedade plena dele, do imóvel que lhe pertence. É uma restrição indevida ao direito pleno de propriedade.

Possibilitar que o cônjuge ou companheiro sobrevivente a ter o direito real de habitação, ainda que possua outro imóvel, sendo que os filhos do de cujus que não possuem qualquer patrimônio para suprir suas necessidades, adentraria na seara do enriquecimento sem causa, posto que, "o ordenamento jurídico não admite o acréscimo do patrimônio de uma pessoa em detrimento da perda do patrimônio de outra, sem que ocorra uma causa jurídica que explique esse deslocamento econômico". (CARDOSO, 2007, p. 79).

Portanto há um empobrecimento por parte dos filhos do de cujus, justificando o enriquecimento sem causa do cônjuge ou companheiro sobrevivente, isto porque, o objetivo primordial da norma é garantir moradia, a garantia de moradia já está garantida pelo patrimônio privado, particular do cônjuge sobrevivente. (BASTOS, 2020).

Deve ser analisado o princípio da ponderação dos interesses, pois ainda que existe o direito de moradia na constituição, há também o direito de propriedade. Se existe outra forma de obter moradia, não assiste razão para relativizar o direito de propriedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo proporcionou uma melhor compreensão sobre “a possibilidade do cônjuge ou companheiro sobrevivente que possui outros imóveis que não é sua residência de possuir o direito real de habitação”.

Para a realização do estudo foi necessário basear-se no seguinte problema: se o viúvo ou viúva residir no imóvel do casal e possui outros imóveis que não é sua residência, mas residia no único imóvel do de cujus, haverá direito real de habitação?

De acordo com a análise dos três capítulos, verificou-se que os direitos reais se referem aos direitos subjetivos que são exercidos pelas pessoas titulares de determinados direitos reais.

Dentro dos direitos reais surge a figura do direito real de habitação, que é um direito que é atribuído ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, dele continuar residindo no imóvel que é de natureza residencial e que servia de lar para o casal enquanto o de cujus estava vivo. A finalidade do direito real de habitação é o direito à moradia, pois não busca dar propriedade, mas sim garantir a moradia.

Insta consignar que o direito à moradia ao ser incluído nos direitos fundamentais, é um direito essencial para a dignidade humana, pois é um direito irradiador de vários outros direitos, pois a partir do direito à moradia, que se tem acesso a educação, a saúde, direito ao lazer, dentre outros, mas todos eles partem ou pelo se complementam a partir do direito à moradia.

Contudo, o direito real de habitação ainda que busca proteção ao cônjuge ou companheiro sobrevivente a possibilidade de se manter na residência em que convivia com o de cujus, através do direito à moradia como garantia constitucional, não pode ocorrer um descompasso com a realidade que o norteia.

O superior Tribunal de Justiça ao permitir que ainda que o cônjuge sobrevivente ou companheiro ele tenha outros imóveis que poderiam servir de moradia dele, continuam tendo o direito real de habitação, cria um conflito.

O posicionamento adotado restringe de forma indevida um direito de propriedade, não podendo esquecer que o direito de propriedade possui garantia constitucional.

Assim conclui-se que, deve ser analisado o princípio da ponderação dos interesses, pois ainda que existe o direito de moradia na constituição, há também o direito de propriedade. Se existe outra forma de obter moradia, não assiste razão para relativizar o direito de propriedade dos herdeiros.

Possibilitar que o cônjuge ou companheiro sobrevivente a ter o direito real de habitação, ainda que possua outro imóvel, adentraria na seara do enriquecimento sem causa.

Portanto há um empobrecimento por parte dos filhos do de cujus, justificando o enriquecimento sem causa do cônjuge ou companheiro sobrevivente, isto porque, o objetivo primordial da norma é garantir moradia, a garantia de moradia já está garantida pelo patrimônio privado, particular do cônjuge sobrevivente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-pl.html>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BASTOS, Victor Pina. **O Direito Real de Habitação da Família Poliafetiva no Brasil Contemporâneo.** Universidade Federal Fluminense, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, 2020. Disponível em: http://anpocs.com/images/stories/CONCURSOS/2021/Teses_dissertacoes/43SM.pdf. Acesso em: 20 abril 2022.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.249.227 – SC (2011/0084991-2).** Recorrente: Maria Ivete Blanckenbur; Recorrido: Mariza Schwalb Rosa. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 17/12/2013. Não paginado. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1284373&num_registro=201100849912&data=20140325&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.582.178 – RJ (2012/0161093-7).** Recorrente: Antônio da Corte André – Espólio; Elizabeth Lourdes da

Corte Martins – Inventariante; Maria Ferreira; Recorrido: os mesmos. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em 11/09/2018. Não paginado. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1735724&num_registro=201201610937&data=20180914&formato=PDF. Acesso em: 20 abril 2022.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti... [et al.]. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS, Maria Luiza Nascimento. **Direito Real de Habitação e sua Aplicabilidade às Instituições Familiares**. 2010. 116 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2126>. Acesso em: 25 mar. 2022.

CARDOSO, Débora Rezende. **União Estável e Alimentos: fontes de enriquecimento sem causa no direito de família**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13360/000639971.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 abril 2022.

DINIZ, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. Ed. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 4: direito das coisas**. – 32. Ed. atual. – São Paulo: Saraiva Educação: 2018.

FILHO, Ney de Barros Bello. **Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental ao Ambiente**. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. Não paginado, 2007.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – volume 5: direito das coisas**. – 16. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário jurídico**. - 3. ed. - Barueri [SP]: Manole, 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. - 28. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

MASTRODI, Josué. **Direito Fundamental Social à Moradia: aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao direito de propriedade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 17, n. 17, p. 168-187, janeiro/junho de 2015. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/549>. Acesso em: 12 abril 2022.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 17).

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia aos Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: Notas a Respeito da Evolução em Matéria Jurisprudencial, com Destaque para a Atuação do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 55-92. Disponível em: https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima1/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf. Acesso: 15 abril 2022.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: A Dignidade da Pessoa Humana**. 2015. Disponível em: <http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Book-O-respeito-%C3%A0-dignidade-da-pessoa-humana.jpg.pdf#page=548>. Acesso em: 25 mar. 2022.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. 2. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito reais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. V.5