

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1118

(Ano XIV)

(22/10/2022)

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: Bacharelanda 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

QR Code do Volume 1118



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1118, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 656 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



A equivocada tentativa de comparação da lei sanção com o crime de maus tratos

Adel El Tasse, 09.

ARTIGOS

A condenação criminal com base apenas em reconhecimento fotográfico: Ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais?

Mateus Silva Santos, 12.

A falta de prazo no cumprimento da prisão preventiva e a violação da dignidade da pessoa humana

Gabriele Gomes Carvalho, 35.

Limites entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão

Bruna de Araújo Santos Costa, 55.

A (im) possibilidade da guarda compartilhada dos animais de estimação no divórcio litigioso ou dissolução da união estável

Letícia Lenize Gomes Silva, 84.

Cyber Crimes in Brazil

Rafaela de Araújo Patrício, 105

Direito fundamental ao envelhecimento digno do idoso

Joaquim de Lucena Gomes

A psicopatia e o ordenamento jurídico brasileiro

Gabriela Santos de Oliveira, 136.

A exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a covid-19 como fator de violação da dignidade da pessoa humana

Ana Caroline Silva de Medeiros Martins, 153.

A desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria promovida pela Emenda Constitucional n.º 103/2019 e o déficit da Previdência dos regimes próprios de Previdência Social

Romário Feitosa de Souza, 172.

A vulnerabilidade do idoso nas contratações de crédito pessoal consignado

Ethel Francisco Ribeiro, 193.

Violência Obstétrica: Humilhações verbais

Gabriel Martins Blaya, 210.

Utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) no âmbito administrativo dos municípios com menos de 20 mil habitantes do Estado do Tocantins, na região do vale do Araguaia

Anna Flávia Lino Cardoso, 234.

Diálogo entre os direitos do consumidor, a função social das agências reguladoras e a efetividade dos direitos humanos e fundamentais

João Carlos Maradei Júnior, 250.

E-commerce e suas implicações na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro

Antonia da Silva Machado, 275.

Alterações histórico-normativas material e formal desde 1886 que vem beneficiando a proteção aos animais

Marília Matos Alves da Silva, 294.

Aplicação do direito do consumidor brasileiro aos danos oriundos de compras pela internet em sites internacionais

Fernanda Aires da Silva, 320.

O Marco Civil da Internet: proteção dos dados pessoais e o direito à privacidade

Ibrahim Soares Siqueira Neto, 344.

A reforma trabalhista e o empresário de si mesmo

Etinon Ramos de Oliveira Junior, 366.

A possibilidade de retratação na Lei Maria da Penha

Isadora Tavares Bezerra, 384.

Lineamentos do princípio da capacidade contributiva

Beatriz Rocha Cavalcante e Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba, 410

A legalidade da "cláusula de raio" nos contratos de Shopping Centers

Etinon Ramos De Oliveira Junior, 429.

A responsabilização civil por erro médico ao paciente

Felipe Teixeira Fernandes, 452.

Juiz das garantias: a falta de preparo estrutural e as maiores dificuldades do Poder Judiciário para aderir ao novo modelo trazido pela Lei n. 13.964/2019

Paula Torres Ximendes, 474.

Reforma previdenciária Emenda Constitucional nº 103/2019: Efeitos da drástica alteração no cálculo do valor do benefício da pensão por morte

Márcio Passos de Abreu, 491.

Crime Cibernéticos: estelionato virtual na pandemia aos olhos do ordenamento jurídico brasileiro

Pedro Luis Freitas de Oliveira, 512.

Princípio de inviolabilidade domiciliar e atuação policial: alguns apontamentos

Railson Dos Santos Silva, 531.

A efetividade da legislação antirracismo no Brasil

Rani Gomes Gedeon, 548.

O princípio da dignidade da pessoa humana durante a gravidez e a maternidade no sistema carcerário feminino brasileiro após o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC PELO STJ: alterações nos requisitos para a concessão de regime domiciliar

Amanda de Sousa Amorim, 560.

A importância da negociação coletiva no cumprimento da função social e solidária da empresa

Etinon Ramos de Oliveira Junior, 579.

Critérios do STJ na aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais de 2010 até 2022

Stefane Ventura da Silva, 602.

Cotas raciais: um instrumento social para a promoção da igualdade e oportunidade

Ellem Cristina Marinho Rocha e Jakelline Nogueira Pinto, 640.

A EQUIVOCADA TENTATIVA DE COMPARAÇÃO DA LEI SANÇÃO COM O CRIME DE MAUS TRATOS

ADEL EL TASSE: Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais. Autor de dezenas de livros e artigos publicados em livros, revistas e periódicos.

Desde a edição da Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020 (Lei Sanção) surgiu debate em torno da validade da regra que promove alteração na pena de maus tratos contra cães e gatos, tendo em conta o princípio da proporcionalidade em matéria penal.

A modificação promovida pela Lei Sanção foi incidente na lei de crimes ambientais, especificamente, no *caput* do artigo 32, o qual passou a estabelecer a pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda, quando a ação de maus tratos for dirigida contra cães e gatos.

Um dos debates importantes, em conta do princípio da proporcionalidade penal, estabelece comparativo do crime de maus tratos contra cães e gatos com o crime de maus tratos disciplinado pelo artigo 136 do Código Penal, em especial na modalidade do crime praticado contra menores de 14 (catorze) anos.

As hipóteses, porém, não comportam análise comparativa linear, em especial para verificação do atendimento ao princípio da proporcionalidade penal, isso porque, afóra a semelhança do *nomen iures*, a conduta do artigo 136 do Código Penal, pelas suas características especializadoras, não guarda relação com a conduta tipificada no artigo 32 da lei de crimes ambientais.

Melhor explicando, ao definir os maus tratos contra animais, a legislação optou por uma descrição ampla da conduta, considerando todas as modalidades de atos agressivos possíveis, tanto que não há qualquer aumento de pena, tendo em consideração a gravidade da lesão produzida, a qual pode ser até mesmo a mutilação. O único aumento de pena é fixado no §2º do artigo 32, quando houver a morte do animal.

Assim, correto afirma que salvo a derradeira hipótese da morte, todas as formas de violência e agressão contra animais estão inseridas em um único dispositivo.

Por outro lado, o artigo 136 do Código Penal trata de modalidade especial de ação delitiva, pois, necessariamente o conteúdo subjetivo deve ser canalizado para educação, ensino, tratamento ou custódia da vítima, em outras palavras, se o método agressivo é utilizado para gerar sofrimento ou para satisfação outro sentimento do agente, por exemplo, já não há enquadramento na hipótese dos maus tratos; o mesmo podendo se dizer quando o objetivo for um experimento científico, didático, ou ainda, dominar a pessoa ou exercer autoridade sobre ela, situações todas estas que, em relação aos animais, estão tipificada em um único dispositivo legal.

Acresce verificar que a caracterização dos maus tratos do artigo 136 do Código Penal demanda conduta inserida em uma das seguintes hipóteses: a) privação de alimentação; b) privação dos cuidados indispensáveis; c) sujeição a trabalhos excessivos; d) sujeição a trabalhos inadequados; e) abuso dos meios de correção ou disciplina.

O somatório da especificidade da conduta a ser adotada com a finalidade especial distanciam o delito descrito no artigo 136 do Código Penal dos maus tratos a animais, no qual qualquer ação agressiva, praticada por qualquer modalidade de conduta e independente da finalidade pode ser enquadrada.

Assim sendo, apesar da similitude do *nomen iures* dos delitos, em verdade, os crimes em análise não permitem análise comparativa linear, sob a ótica do princípio da proporcionalidade penal, por dizerem respeito a diferentes modalidades de conduta, quando conta o ordenamento jurídico com condutas mais assemelhadas entre si, como a do artigo 32 da lei 9605/1998 (maus tratos a animais) e a do artigo 1º, inciso II, da lei 9455/1997 (tortura).

Igualmente, a modalidade de maus tratos praticadas contra menor de 14 (catorze) anos deve ser lida com ressalvas no aspecto comparativo do princípio da proporcionalidade penal, pois, a Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014 (lei da palmada) estabelece especial nível de proteção, permissivo da intervenção estatal sobre os responsáveis pela criança ou adolescente, a partir de qualquer tratamento agressivo que a criança venha a sofrer.

Assim sendo, a promoção de análise sistemática da estrutura legislativa, deixa bastante evidente que a comparação linear entre o delito de maus tratos a animais e o de maus tratos, do Código Penal, inclusive contra menores é absolutamente falha, pois o âmbito da violência tipificado no artigo 32, §2º, da Lei de Crimes Ambientais é muito mais expressivo que os limites específicos do artigo 136 do Código Penal, com distintas possibilidades interventivas previstas pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, a “lei

da palmada”, a qual traz clara mensagem da importância da integridade dos menores no sistema jurídico brasileiro.

Nessa toada, a pretensa comparação linear entre os delitos de maus tratos a cães e gatos e o de maus tratos à pessoas, inclusive menores é claramente miope, pois, deixa à margem toda estrutura sistemática, igualmente, ignorado as especificidades da conduta descrita no artigo 136 do Código Penal, bem como, os níveis extremos de violência que os maus tratos contra animais podem assumir.

Eventuais ajustes, tendo em conta a conduta concretamente praticada e o grau de ofensa perpetrada, no crime de maus tratos contra cães e gatos, serão aquilatados pelo juiz no caso concreto, quando realizar o processo de individualização judicial de pena, tornando, ainda, mais evidente o acerto legislativo, ao definir os limites punitivos possíveis, na medida em que, os mais variados níveis de agressão e os mais diversos dados motivacionais do agente estão inseridos em um único tipo penal.

Nessa toada, não há dúvidas que afirmadas ofensas ao princípio da proporcionalidade pela Lei Sanção, desde a comparação de seus termos com o crime de maus tratos do artigo 136 do Código Penal são precipitadas e insustentáveis, não subsistindo à análise sistemática do tratamento jurídico dado ao bem jurídico ofendido em uma ou outra hipótese.

A CONDENAÇÃO CRIMINAL COM BASE APENAS EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: OFENSA AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS?

MATEUS SILVA SANTOS: Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

BRUNO VINÍCIUS NASCIMENTO OLIVEIRA¹

(orientador)

RESUMO: Este artigo tem como tema A CONDENAÇÃO CRIMINAL COM BASE APENAS EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: Ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais? O objetivo geral é verificar se o juiz que condena o denunciado com base apenas no reconhecimento fotográfico feito pela vítima, não enseja fundamentação suficiente para uma condenação, ofendendo assim o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal. Os objetivos específicos são conceituar o que é o princípio da motivação das decisões judiciais, especificar o que é o reconhecimento fotográfico e verificar como a utilização desse único meio de prova é insuficiente para fundamentar uma condenação. A relevância deste tema para a área de conhecimento se dá pelo fato que as condenações com base somente nesse reconhecimento ferem o princípio constitucional da fundamentação das decisões, podendo fazer com que um inocente seja condenado por um delito que não fora cometido por ele. A pesquisa é exploratória, com abordagem qualitativa, o procedimento técnico traçado é o da pesquisa bibliográfica. Método dedutivo. Conclui-se que a doutrina e a jurisprudência exigem a fundamentação das decisões judiciais, mas a utilização apenas do reconhecimento fotográfico, em conformidade ou não com o regulamentado pela legislação processual penal, não enseja nessa fundamentação.

Palavras-chave: Princípio da motivação; Reconhecimento; Condenação.

ABSTRACT: This article has as its theme CRIMINAL CONVICTION BASED ON PHOTOGRAPHIC RECOGNITION ONLY: Offense to the principle of motivation of judicial decisions? The general objective is to verify if the judge who condemns the accused based only on the photographic recognition made by the victim, does not give rise to sufficient grounds for a conviction, thus offending the principle of motivation of judicial decisions, provided for in article 93, IX of the Federal Constitution. The specific objectives are to conceptualize what the principle of motivation of judicial decisions is, specify what photographic recognition is and verify how the use of this single means of proof is

¹ Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: brdamaso@gmail.com

insufficient to substantiate a conviction. The relevance of this topic to the area of knowledge is due to the fact that convictions based only on this recognition violate the constitutional principle of the reasoning of decisions, and can cause an innocent person to be convicted of a crime that was not committed by him. The research is exploratory, with a qualitative approach, the technical procedure outlined is the bibliographic research. deductive method. It is concluded that the doctrine and jurisprudence require the reasoning of judicial decisions, but the use of only photographic recognition, in accordance or not with what is regulated by criminal procedural legislation, does not give rise to this reasoning.

Keyword: Principle of motivation; Recognition; Conviction.

1.INTRODUÇÃO

A sentença criminal deve ser fundamentada, assim como dispõe o princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto na Constituição Federal. Essa fundamentação são os motivos que levam a condenação, as provas e indícios que levam o acusado à autoria do delito. O presente trabalho versa sobre a impossibilidade do reconhecimento fotográfico, mesmo que em conformidade com o que manda a legislação processual penal, ser suficiente para fundamentar uma condenação.

Esta pesquisa se justifica no meio acadêmico pelo fato de que os novos avanços no entendimento sobre o reconhecimento de pessoas no Superior Tribunal de Justiça (STJ), enfatizando que o reconhecimento pessoal, embora válido, não pode induzir, por si só, ou seja, sem demais provas ou indícios, à certeza da autoria delitiva.

Embora o artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP) traga o rito para que seja feito reconhecimento fotográfico, mesmo que este seja seguido à risca, não deve ser utilizado como único meio para a condenação de um denunciado, tendo em vista que qualquer decisão do juiz deve ser fundamentada, assim, uma única prova nos autos de um processo jamais se faz suficiente, para um juízo de reprovabilidade.

Justifica-se, ainda, no âmbito social, em função de que a retirada da liberdade é a última *ratio* do estado, ou seja, o último recurso do estado para se punir o transgressor da lei, portanto, para que haja essa sanção é necessário que se tenha o mínimo de provas para que essa pessoa seja penalizada, pois não se trata de um mero ato discricionário do magistrado.

O objetivo geral do trabalho é verificar se o juiz que condena o denunciado com base apenas no reconhecimento fotográfico feito pela vítima, não enseja fundamentação

suficiente para uma condenação, ofendendo assim o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal.

Os objetivos específicos são: Conceituar o que é o princípio da motivação das decisões judiciais; especificar o que é o reconhecimento fotográfico; e, verificar como a utilização desse único meio de prova é insuficiente para fundamentar uma condenação.

Para alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa utiliza a metodologia dedutiva, o método utilizado é a pesquisa exploratória, com a técnica de coleta de dados bibliográfica (doutrinas) e documental (legislação e jurisprudência), através da análise de dados qualitativa.

O primeiro capítulo do presente trabalho trata sobre o princípio constitucional da motivação à luz do código de processo penal, com o fim de conceituar tal princípio, bem como as alterações legislativas feitas no sentido de corroborarem para sua aplicação, analisando-se também os sistemas de valoração de provas adotados no Brasil.

O segundo capítulo aborda sobre as provas no processo penal, para apresentar o que é o reconhecimento pessoal e fotográfico, bem como é o procedimento previsto na legislação processual penal.

Por fim, o terceiro capítulo, trata sobre a condenação criminal fundada apenas em reconhecimento fotográfico, abordando as discursões no Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema, a necessidade do reconhecimento fotográfico ser feito em conformidade com o Código de Processo Penal (CPP), bem como o fato de que somente o reconhecimento fotográfico é incapaz de ser suficiente para sustentar uma condenação.

Dessa forma, essa pesquisa busca investigar o juiz que condena com base apenas no reconhecimento fotográfico do réu pela vítima, realizado em desconformidade ou não com a legislação, ofende o princípio da motivação das decisões judiciais.

No presente artigo foram utilizadas as linhas teóricas de Renato Brasileiro Lima, Fernando Capez e Aury Lopes Junior.

2.PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Constituição Federal traz linhas gerais que guiam todos os procedimentos judiciais, seja por meio dos dispositivos legais, seja pelos princípios dispostos na própria carta magna. Qualquer procedimento que não tenha por base tais elementos, possui vícios que, por consequência, trazem prejuízo para as partes.

Essas linhas gerais são os princípios constitucionais, sendo um destes o da motivação das decisões judiciais, trazido expressamente dentro da Constituição Federal, todavia, necessário se fez trazer alterações no Código de Processo Penal para que esse princípio fosse amplamente aplicado, sobretudo tendo em vista o sistema de avaliação das provas adotados no Brasil.

2.1 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição Federal estabelece princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico pátrio. Uma das garantias constitucionais mais importantes no aspecto processual é a observância ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna. Como corolário, destaca-se o princípio da motivação das decisões judiciais.

Esse princípio é expressamente disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988, não paginado)

Tavares leciona que:

A motivação é um pressuposto para que possa haver o controle das decisões judiciais.

A exigência de motivar significa a imposição de que os atos decisórios sejam justificados, isto é, de que as razões do ato sejam explicitadas, reveladas. É fundamentar de maneira clara.

A garantia da motivação está englobada pelo princípio do devido processo legal, embora muito mais a seu aspecto formal. (TAVARES, 2022, p.1392)

Todas as decisões do magistrado devem ser fundamentadas. Isso se faz necessário para que não haja arbitrariedade nos julgamentos, ou seja, que o juiz decida com base em meras conjecturas. A ausência de fundamentação traz também uma insegurança jurídica, além do que ofenderia os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A fundamentação é tudo aquilo que leva o magistrado a tomar a decisão. A lei não estabelece um modelo padrão para ser seguido pelos juízes, tampouco exige fundamentação excessiva. No entanto, meros apontamentos se mostram insuficientes para externar o juízo de convicção.

A esse respeito, o Código de Processo Penal, em seu artigo 315, § 2º, incisos de I a VI estabeleceu algumas diretrizes sobre o que será considerado ausência de fundamentação.

A propósito, o dispositivo processual penal:

2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
(BRASIL, 1941, Não paginado)

Essas seis circunstâncias trazem um rol onde não se considera motivada a decisão, sentença ou acórdão, remetendo ao princípio supramencionado da fundamentação das decisões judiciais, se mostrando apenas como uma extensão do que é trazido no artigo 93 da Constituição Federal.

Essa regra se aplica a todas as decisões em todos os graus de jurisdição no país, sendo uma garantia fundamental assegurada na carta magna pátria, sendo a fundamentação das decisões essencial como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

2.2 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO CPP NO SENTIDO DE QUE AS DECISÕES SEM MOTIVAÇÃO SUFICIENTE SÃO NULAS

Para que o princípio da fundamentação das decisões judiciais seja assegurando, com o decorrer do tempo, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, várias alterações foram feitas na legislação, não só no Código de Processo Penal, mas também em outras leis, como o Código de Processo Civil.

A primeira alteração ocorreu na Constituição Federal, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a qual incluiu o Inciso IX no artigo 93.

No Código de Processo Penal a alteração mais recente seu deu com a entrada em vigor da Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida popularmente como o Pacote Anticrime.

A redação inicial do artigo 315 do CPP era no seguinte sentido: "Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado." (ONLINE, 2019, não paginado). Todavia, em 2011, a lei nº 12.403 trouxe uma alteração ao artigo, trocando a palavra "fundamentado" por "motivado". Tal mudança não trouxe grande impacto, tendo em vista que não se tinha nenhum parágrafo ou inciso no referido artigo, se limitando apenas às decisões que decretassem, substituíssem ou denegarem a prisão preventiva, utilizando ainda apenas a expressão motivada.

Em 2019 a lei 13.964 alterou de forma mais significativa o artigo, acrescentando mais dois parágrafos e seis incisos ao artigo. O parágrafo segundo foi que introduziu mais significativa mudança no que diz respeito à aplicação do princípio da fundamentação das decisões judiciais, expandindo a aplicação do artigo não somente às decisões relativas a prisão preventiva, mas estendendo-se a "qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão" (BRASIL, 1941, Não paginado).

A redação em evidência é idêntica à do Código de Processo Civil, descrita no artigo 489, § 1º, incisos I a VI, estando dentro do capítulo XIII, da sentença e da coisa julgada, na seção II, a qual fala Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença.

Outra importante alteração promovida pela lei 13.964/19, foi inserir o inciso V no artigo 564 do CPP. O artigo em referência descreve os casos em que ocorrerá nulidade no processo penal, dispondo o inciso V que: "Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: V - em decorrência de decisão carente de fundamentação." (BRASIL, 1941, Não paginado).

A nulidade no processo penal pode ser relativa ou absoluta. Diz-se absoluta quando o erro no ato processual vai contra o interesse público da existência de um processo penal justo. Já a nulidade relativa se dá quando esse erro se dá no descumprimento de uma norma infraconstitucional, a qual tutela direitos pertinente às partes. (LIMA, 2020)

Ao acrescentar o inciso V no artigo 564 do CPP, a lei 13.964/19 colocou a sentença sem a devida fundamentação no rol exemplificativo de nulidades. Por se tratar de um erro de extrema gravidade, no qual atinge a própria essência da sentença, possui nulidade absoluta. Renato Brasileiro traz que:

Não por outro motivo, a própria Constituição Federal (art. 93 IX) dispõe que a ausência de fundamentação acarreta a nulidade da decisão judicial. [...] Por se tratar de vício gravíssimo, a nulidade em questão – CPP, art. 564, V – pode ser reconhecida inclusive de ofício. Reconhecida a ausência de fundamentação pelo Tribunal de julgamento de eventual apelação (ou habeas corpus), a sentença deve ser anulada, com a remessa dos autos ao juiz de primeiro grau de jurisdição para a prolação de nova decisão. (LIMA, 2020, p. 1726)

Dessa forma, observa-se que, apesar de já haver expressamente na Constituição Federal que a ausência de fundamentação é causa de nulidade, o acréscimo do inciso V no artigo 564 do CPP ratificou uma regra já lecionada na própria carta magna.

2.3 SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS ADOTADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

É por meio das provas que o juiz prolata uma sentença, utilizando dela para fundamentar a sua decisão, seja de condenação, seja de absolvição. A ausência desta ou de ao menos indícios, levam à absolvição, tendo em vista que a Constituição Brasileira tem como basilar a presunção da inocência.

Renato Brasileiro ensina que provar “significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tipo por ocorrido no mundo real”. (LIMA, 2020, p. 657). A palavra prova vem da mesma etimologia da palavra *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), remetendo-se à ideia de verificar, examinar, reconhecer por experiência. (LIMA, 2020).

A doutrina majoritária destaca três sistemas de valoração da prova: sistema da íntima convicção, sistema da prova tarifada e o sistema do livre convencimento motivado.

O sistema da íntima convicção vaticina que o magistrado pode decidir de acordo com sua seus próprios valores, não se atendo a qualquer tipo de regra na valoração das provas. Sua convicção formada, independente dos critérios é o que basta para sua decisão. Esse sistema vigora como exceção no processo penal brasileiro, sendo adotado apenas no

tribunal do júri, nas decisões proferidas pelo júri popular, já que a própria Constituição Federal estabelece que os jurados não precisam fundamentar sua decisão, por ser secreta. (CAPEZ, 2022).

O sistema da prova tarifada tabela as provas de uma forma onde cada uma tem o seu valor, não podendo o magistrado valorá-la de forma diferente ao estabelecido. É atribuído de antemão o valor de cada uma delas, não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório. (CAPEZ, 2022).

Esse sistema também vigora como exceção no processo penal brasileiro, podendo ser vislumbrado, por exemplo, no artigo 158 do CPP, onde quando a infração deixar vestígios, nem mesmo a confissão do acusado supre a falta de exame de corpo de delito. Outro exemplo desse sistema no processo penal brasileiro é no parágrafo único do Código de Processo penal, onde quando a pessoa está morta, o único meio de se provar é mediante certidão de óbito, não podendo ser admitida prova testemunhal. (CAPEZ,2022)

O terceiro sistema é do livre convencimento motivado ou livre convicção. Pode-se dizer que esse sistema é uma junção dos dois sistemas anteriormente demonstrados. No livre convencimento motivado o magistrado tem liberdade para formar sua convicção, todavia, ela não é ilimitada, este deve demonstrar explicitamente o porquê de sua decisão, fundamentado a valoração de cada prova produzida nos autos. (CAPEZ,2022)

Esse sistema é o adotado no processo penal pátrio, podendo ser observado no artigo 155 do Código de Processo penal. A ver:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941, Não paginado)

Renato Brasileiro leciona que:

Com a nova redação dada ao art. 155 do CPP pela Lei nº 11.690/08, agora também é possível se extrair a adoção do sistema do convencimento motivado do próprio Código de Processo Penal, senão vejamos: "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas" (nosso grifo). Fica claro pelo

texto da lei que o convencimento do juiz deve ser formado, em regra, a partir da prova produzida em contraditório judicial, sendo obrigatório que o magistrado fundamente sua conclusão. (LIMA, 2020, p. 684)

Destarte, além de ratificar a necessidade fundamentação das decisões judiciais, a lei processual penal exige que o juiz, ao prolatar sentença, poderá analisar livremente a prova e, desde que o faça de forma fundamentada, deverá fazer a valoração que entender adequada, com base em elementos produzidos com a garantia do contraditório.

Conclui-se, pois, que os dispositivos processuais penais em comento apenas reforçam a exigência de determinada no artigo 93, inciso IX, da CF/88.

3.PROVAS NO PROCESSO PENAL: RECONHECIMENTO DO ACUSADO

As provas no processo penal buscam a verdade real dos fatos, que é demonstrar o mais próximo possível de como eles aconteceram, pois é impossível saber exatamente como se deram. O reconhecimento do acusado é o meio pelo qual se busca identificar o autor do delito, para que este possa ser processado e jugado crime cometido.

3.1 CONCEITO DE RECONHECIMENTO

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto no próprio Código de Processo Penal, sendo admitido como um meio de prova.

Nas palavras de Fernando Capez, reconhecimento é: "o meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é apresentada com outra que viu no passado." (CAPEZ, 2022, p.903)

O próprio autor destaca seis espécies de reconhecimento, o imediato, mediato, analítico, mediante recordação mental, direto e indireto.

O imediato se dá quando não se tem a necessidade de um exame ou análise por quem irá reconhecer. Já o mediado se dá quando a pessoa que irá conhecer tem a necessidade de um esforço muito maior para que se chegue a um resultado. O analítico acontece quando o reconhecedor examina detalhe de partes até chegar em um resultado. (CAPEZ, 2022)

O reconhecimento mediante recordação mental acontece quando há apenas uma impressão de que se conhece, tendo essa certeza somente certo tempo depois. O reconhecimento direto é aquele que acontece por meio visual e auditivo, já o indireto se dá através de fotos, sons, vídeos, dentre outros. (CAPEZ, 2022)

O reconhecimento pode se classificar de diversas formas, contudo, em síntese, ele acontece quando alguém tem que identificar algo ou alguém que viu anteriormente. Todavia, esse reconhecimento deve acontecer dentro dos parâmetros estabelecidos no CPP, em específico, no seu artigo 226.

3.2 PROCEDIMENTO DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Quando se tem a necessidade de fazer um reconhecimento de pessoa, o Código de Processo Penal traz um procedimento que deve ser seguido. Está previsto no artigo 226, dos incisos I a IV, os quais serão destrinchados a seguir.

Importante se faz a transcrição do referido artigo:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. (BRASIL, 1941, não paginado).

Primeiramente, a pessoa que irá fazer o reconhecimento deve descrever a pessoa que será reconhecida. Em seguida, como dispões o inciso II, se possível, a pessoa a ser reconhecida será colocada ao lado de outras que tenham semelhança a ela, assim, a pessoa que irá reconhecer, deve apontá-lo.

Como o reconhecimento não exige qualquer comportamento ativo do acusado ou investigado, ele não está abarcado pelo princípio da vedação à autoincriminação, dessa forma, caso o acusado não compareça ao reconhecimento, a autoridade policial ou judicial pode decretar sua condução coercitiva. (LIMA, 2020)

Vale apontar que o inciso III dispõe que, caso haja algum motivo que leve a pessoa que irá reconhecer, a ter algum tipo de medo ou influência no apontamento, a autoridade que está procedendo o reconhecimento deve providenciar um meio para que a pessoa a ser reconhecida não veja quem reconhece. Porém, esse inciso não se aplica no reconhecimento feito na instrução criminal ou plenário de julgamento.

Por fim, deve ser lavrado um termo, detalhado, de todo o ato do reconhecimento, devendo este ser assinado pela autoridade que conduz o ato, pelas pessoas chamadas para proceder o reconhecimento e por duas testemunhas.

Todo esse procedimento visa evitar arbitrariedade ou indução por parte da autoridade que conduz o ato, o que pode levar o reconhecedor a erro e apontar uma pessoa diversa da qual ele de fato apontaria.

3.3 O RECONHECIMENTO PESSOAL E O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O reconhecimento pessoal é aquele que se dá onde o reconhecedor, pessoalmente reconhece o acusado ou investigado, nos moldes do artigo 226 do CPP com o procedimento exposto anteriormente. Já o reconhecimento fotográfico acontece quando o reconhecedor faz essa identificação por meio de fotos.

O reconhecimento fotográfico é tido como uma prova inominada, ou seja, uma prova que não é prevista na legislação, todavia, esta é aceita tanto pela doutrina, quando pela jurisprudência. (LIMA, 2020)

Apesar de não haver previsão legal do reconhecimento fotográfico, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que este deve seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal. É o que se extai do Habeas Corpus nº 598.886:

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. (BRASIL, 2020, não paginado).

A admissão de uma prova inominada jamais pode significar uma ilegalidade ou uma restrição aos direitos de quem está sendo investigado. Caso haja um reconhecimento

fotográfico em desconformidade com o artigo 226, para que só depois seja feito o reconhecimento pessoal, o apontamento do reconhecedor já estaria prejudicado, tendo em vista que ele pode manter o primeiro apontamento, ainda que tenha dúvidas quanto à pessoa.

Na hipótese de a autoridade policial apresentar uma folha com fotos de suspeitos, antes mesmo da vítima dar muitos detalhes das características de seu assaltante, essa pessoa pode ser induzida ao erro, tendo em vista que irá apontar para alguém das fotos apresentadas, mesmo não estando dentre elas a pessoa que lhe abordou.

O reconhecimento pessoal procedido depois da situação anteriormente narrada seria totalmente prejudicado.

4.CONDENAÇÃO CRIMINAL FUNDADA APENAS EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

A sentença criminal deve ser devidamente fundamentada em provas concretas e sem sombra de dúvidas. Ao utilizar somente o reconhecimento fotográfico como único meio para sustentar a condenação, tanto mais quando este é feito em desconformidade com a legislação, pode se revelar insuficientes, sobretudo em homenagem ao princípio do in dubio pro reo.

Assim, para melhor avaliar os elementos que servirão para a condenação, o reconhecimento deve estar aliado a outros elementos que darão eco às declarações da vítima.

4.1 O RECONHECIMENTO PELA VÍTIMA

Os crimes executados na clandestinidade são aqueles que são cometidos de forma anônima, onde o autor procura esconder sua identidade para não ser reconhecido. Por acontecerem de forma anônima, sem a presença de testemunhas em grande parte das vezes, a palavra da vítima é de fundamental importância para que se chegue ao autor do crime.

Um desses delitos é o roubo, onde o agente em grande parte das vezes aborda a vítima com algum tipo de adereço que dificulte sua identificação, ou até mesmo não utilizando, por meio de ameaça faz com que a vítima não foque em seu rosto para que também não seja identificado.

Cumprе ressaltar, que o próprio STJ no Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial número 865331 / MG, julgado pela 5ª turma, reforça a importância das declarações da vítima em crimes cometidos na clandestinidade, como o roubo:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos e das provas, ao desclassificar a conduta dos acusados pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, II, para a do 155, § 4º, IV, ambos do Código Penal, reconheceu estarem sobejamente comprovadas nos autos a materialidade e a autoria do delito.

2. Cumpre ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios, quais sejam o reconhecimento feito pela vítima na Delegacia e os depoimentos das testemunhas colhidos em Juízo.

3. Nesse contexto, a alteração do julgado, no sentido de absolver qualquer um dos réus implicaria o reexame do material fático-probatório dos autos, não sendo o caso de mera reavaliação da prova, tal como alegam os agravantes. Assim, imperiosa a aplicação do óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2017. Não paginado)

Todavia, um dos grandes problemas nesse tipo de delito é fato de que as memórias das vítimas poderem sofrer alterações, assim como leciona Aury Lopes Junior:

o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica etc.), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados.

A presença de arma distrai a atenção do sujeito de outros detalhes físicos importantes do autor do delito, reduzindo a capacidade de reconhecimento. (JUNIOR, 2022, p.1240)

Dessa forma, percebe-se que o reconhecimento pela vítima como o único meio de prova, demonstra-se frágil para sustentar uma condenação, tendo em vista que as lembranças se perdem com o decorrer do tempo, ainda mais considerando as circunstâncias em que ocorreram o delito. Por essa fragilidade, o STJ entende que o valor probatório do reconhecimento é subjetivo, não podendo ser tomado como verdade total. É disposto no HC 598.886:

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. (BRASIL, 2020, não paginado)

À vista disso, é importante que o reconhecimento seja feito o quanto antes, pois a demora no procedimento pode prejudicar a valoração da prova. Seguir o rito do artigo 226 do CPP é uma forma de trazer o máximo de segurança a esse reconhecimento.

Quando não se tem a possibilidade de fazer o reconhecimento pessoal, é procedido o reconhecimento fotográfico, porém esse reconhecimento não pode suprir o primeiro, podendo o reconhecimento fotográfico ser admitido como prova quando seguido o rito do 226 do CPP.

No agravo Regimental no Habeas Corpus 728818, o Superior Tribunal de Justiça declarou a inocência de um homem condenado a mais de 5 anos de reclusão. No caso a vítima observou três livros com fotos de suspeitos, apontando o homem condenado como seu assaltante. A ausência de demais provas ou elementos informativos que comprovasse a autoria, fez com que o STJ julgasse procedente o pedido de absolvição pela defesa.

O Tribunal de origem consignou que "Não procedem os argumentos sustentados pela defesa de que o reconhecimento efetivado em sede policial restou inidôneo, seja pela precariedade desta prova, seja pela indução". Destacou-se, ainda, que a vítima reconheceu o paciente em

juízo, bem como que ela "não teve dúvidas no reconhecimento do acusado em sede policial ao folhear três livros de fotos de suspeitos".

Tal entendimento é contrário à atual jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que "O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa" (HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 18/12/2020).

Não restou evidenciado nos autos, de forma inequívoca, que o reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial seguiu os preceitos do art. 226 do CPP, sobretudo porque a vítima "não teve dúvidas no reconhecimento do acusado em sede policial ao folhear três livros de fotos de suspeitos".

Outrossim, ainda que ratificado em juízo, deduz-se da fundamentação do acórdão que o reconhecimento fotográfico não foi corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, suficientes para amparar a condenação. Não houve flagrante do crime praticado, nem outras provas independentes a corroborar a acusação.

Com efeito, "O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial" (AgRg no HC n. 689.049/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.)

Dessa forma, não constando dos autos outras provas aptas à formação do convencimento do julgador quanto à autoria delitiva e à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a

inobservância do procedimento descrito na referida norma processual impõe a anulação do reconhecimento realizado pelas vítimas, o qual não poderá servir de lastro à condenação.

Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 164-170 e concedo o habeas corpus para absolver o paciente nos autos da ação penal 0093448-97.2015.8.19.000. (BRASIL, 2022, não paginado)

Desse modo, ocorrendo o reconhecimento fotográfico, mesmo que ratificado em Juízo, o depoimento da vítima, isoladamente, não se mostra suficiente para fundamentar uma condenação, face à franca possibilidade de equívocos decorrentes da inobservância do procedimento previsto no digesto processual vigente.

4.2 RECONHECIMENTO REALIZADO EM DESCONFORMIDADE COM O ARTIGO 226 CPP

O reconhecimento pessoal é um tipo de prova previsto no CPP, já o reconhecimento fotográfico é uma prova inominada, não prevista na legislação. Ambos são aceitos pela jurisprudência pátria, todavia exige-se que, em qualquer um dos casos, seja feita em conformidade com o artigo 226 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido julgou a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC 728818:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para

a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de

custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo - ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da

sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

12. Conclusões:

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. (BRASIL, 2022. Não paginado)

A obrigatoriedade de se ter uma descrição prévia das características do acusado é fundamental para que se chegue à pessoa correta, tendo em vista a fragilidade das lembranças de um assalto, essa pode ser facilmente substituídas por falsas memórias fundadas nas imagens mostradas pela autoridade que conduz o reconhecimento.

A falta de critério na condução desse reconhecimento gera também uma insegurança jurídica, haja vista que se fora admitida de qualquer forma, cada autoridade irá conduzir de uma forma, podendo agir com arbitrariedade e sem nenhuma limitação.

Ante a falta de legislação específica, correto se faz o entendimento do STJ para que se admita o reconhecimento fotográfico somente se em conformidade com o CPP, ratificando a cada dia esse entendimento nas diversas decisões julgadas pelo tribunal, onde mesmo que seja confirmado em juízo o reconhecimento, se este fora feito em desconformidade, jamais se mostra suficiente para a sustentação de uma condenação.

Para que o reconhecimento fotográfico seja tido como fundamentação da sentença condenatória, é necessário que esse tenha sido feito na forma do artigo 226 do Código de Processo Penal. Porém, ainda que seja feito na forma prescrita em lei, esse deve ser corroborado pelos demais elementos informativos ação penal.

Frisa-se ainda que, a utilização desse único meio de prova, em desconformidade ou não com a legislação, fere o princípio das fundamentações das decisões judiciais, pois, como amplamente exposto pela doutrina e pela jurisprudência, mostra-se insuficiente, haja vista que o sistema de avaliação das provas utilizado no Brasil é o do livre convencimento motivado.

Na valoração de qualquer prova, o juiz deve fundamentar o porquê da decisão. Utilizar apenas de uma prova não é considerado idôneo para a sustentar uma condenação, seja pela falta de demais indícios que levem a certeza da autoria do delito, seja pela

ausência de fundamentação, ferindo assim o princípio do livre convencimento motivado, ante a escassez de motivação dessa sentença condenatória.

A condenação criminal sem essa devida fundamentação fere ainda o princípio do in dubio pro reo. Ou seja, a fragilidade de um reconhecimento fotográfico, sem observância do procedimento adequado, não pode se sobrepôr, em tese, à negativa de autoria do acusado. Assim, na dúvida persistente, o melhor caminho sempre será a absolvição.

Isso porque, para fundamentar sua decisão apenas no reconhecimento fotográfico, o juiz deve dizer por qual razão não vai acolher as outras provas que foram produzidas no curso da ação penal. Não basta dizer que o reconhecimento é suficiente, o juiz deve valorar e refutar todas as provas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho teve por objetivo verificar se a utilização apenas do reconhecimento fotográfico é suficiente para sustentar uma sentença condenatória, pois a retirada da liberdade é a última *ratio* do estado, ou seja, o último recurso do estado para se punir o transgressor da lei, portanto, para que haja essa sanção é necessário que se tenha o mínimo de provas para que essa pessoa seja penalizada, pois não se trata de um mero ato discricionário do magistrado, mas algo de fundamental importância.

Para se atingir uma compreensão do objetivo geral, que é verificar se o juiz que condena o denunciado com base apenas no reconhecimento fotográfico feito pela vítima, não enseja fundamentação suficiente para uma condenação, ofendendo assim o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal, foi utilizado o método dedutivo através da pesquisa documental, definindo-se três objetivos específicos.

O primeiro objetivo específico foi conceituar o que é o princípio da motivação das decisões judiciais. Verificou-se que se trata de um conceito único e pacífico na doutrina, onde o magistrado deve, por meio das provas e demais elementos informativos ação penal, justificar a sua decisão.

Em seguida, para cumprir o objetivo de especificar o que é o reconhecimento fotográfico, a análise permitiu concluir que esse reconhecimento se trata de uma prova inominada, não prevista expressamente na lei, mas que é aceito como um meio de prova, todavia, para que essa prova seja reconhecida, é necessário que esse reconhecimento seja feito em conformidade com ao artigo 226 do Código de Processo Penal.

O último objetivo era verificar como a utilização desse único meio de prova é insuficiente para fundamentar uma condenação, podendo observar-se que, mesmo nos crimes em que a palavra da vítima é de suma importância, como nos crimes de roubo,

ainda que o reconhecimento seja feito em conformidade com a legislação, esse único meio de prova jamais se mostra suficiente para sustentar uma condenação.

Dessa forma, pode-se concluir que a utilização do reconhecimento fotográfico como único meio de prova para sustentar uma sentença, fere o princípio da fundamentação das decisões judiciais, estando essa sentença nula e carecendo de reforma, ferindo ainda o princípio do livre convencimento motivado, pois condenando com base somente em uma prova, o magistrado não traz motivação suficiente que sustente a sua decisão.

Igualmente, essa sentença fere também o princípio constitucional do *in dubio pro reo*, onde na dúvida quando à autoria do delito, deve o juiz optar pela absolvição do acusado. Dessa maneira, havendo somente uma prova, não corroborada nem mesmo por um outro elemento informativo, presente ainda a fragilidade de um reconhecimento fotográfico, deve o magistrado absolver.

Os instrumentos de coleta dos dados permitiram chegar à conclusão de que a questão tem um entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em diversas decisões, estando essas em consonância com o entendimento doutrinário sobre o tema.

Apesar de ser um entendimento pacífico no STJ, ainda há decisões de primeiro grau em desacordo com este, tendo em vista o número de decisões do tribunal nesse mesmo sentido. Em pesquisar futurar pode-se explorar o porquê de ainda haver decisões de juízes singulares em desacordo com um entendimento que é pacífico e único entre a doutrina e a jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 865331 / MG**. Agravante :Nelson Michel. Agravado :Ministério Público Do Estado De Minas Gerais. Relator(a):Min. Ribeiro Dantas. 09 de março de 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27865331%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27865331%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27865331%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27865331%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 728818 – RJ**. Impetrante: Matheus Mello Berwanger. Impetrado :Tribunal De Justiça Do Estado Do Rio De Janeiro. Relator(A): Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado Do TRF 1ª região). 26 de setembro de 2022. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. 2022. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=728818&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em 10 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 abr.2022

BRASIL. **DECRETO LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941** - Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus número 598.886/SC**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: ROGERIO SCHIETTI CRUZ. 27 de outubro de 2020. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27598886%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27598886%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27598886%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27598886%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 04 set. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. Salvador. JusPODVM. 2020

ONLINE, Vade Mecum (2019). **Códigos - Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal**. Brasil, 2019. Disponível em Vade mecum online: https://www.meuvademecumonline.com.br/legislacao/codigos/4/codigo-de-processo-penal-decreto-lei-n-3-689-de-3-de-outubro-de-1941/artigo_315. Acesso em 6 de outubro de 2022

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

A FALTA DE PRAZO NO CUMPRIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

GABRIELE GOMES CARVALHO:
Graduanda do Curso de Direito
pela Fametro – Faculdade
Metropolitana de Manaus

RESUMO: A prisão preventiva acontece no momento que o indivíduo é privado de sua liberdade no instante da decretação desta, como discrimina o art. 312 do Código do Processo Penal Brasileiro. Precisa existir prova de que houve um crime, com materialidade ou ainda que possa apontar a existência de indícios pertencentes à autoria. Este artigo tem como principal objetivo analisar o excesso de prazo no cumprimento de uma prisão cautelar de natureza preventiva que viola a dignidade humana do preso e buscar um prazo razoável para duração da prisão a fim de diminuir os danos causados ao acusado, passando ter uma medida motivada, fundamentada e em conformidade com os direitos basilares. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada através de pesquisa de banco de dados no qual foram analisadas teses, revistas, leis e artigos publicados, bem como súmulas que estejam voltadas para os objetivos da pesquisa. Como resultados, a prisão preventiva quanto ao seu prazo, possui embasamento da Constituição Federal e por isso deve ser respeitado todos os direitos fundamentais relacionados que possam colocar o preso, ainda não condenado, em situações degradantes.

Palavras-Chave: Prisão preventiva. Direitos Fundamentais. Prazo. Código de Processo Penal.

Abstract: The remand in custody happens when the individual is deprived of his freedom, at the time of its decree, as discriminates art. 312 of the Brazilian Code of Criminal Procedure. There must be proof that there was a crime, with materiality or even that can point to the existence of evidence pertaining to the authorship. The main objective of this article is to analyze the excessive time limit in the fulfillment of a preventive imprisonment that violates the human dignity of the prisoner and to seek a reasonable term for the duration of the imprisonment in order to reduce the damage caused to the accused, by having a motivated, reasoned measure and in accordance with the basic rights. This is a bibliographical research carried out through database research in which were analyzed theses, journals, laws and articles published, as well as summaries that are focused on the research objectives. As a result, the remand in custody, regarding its term, is based on the Federal Constitution and therefore all related fundamental rights that can put the prisoner, who has not yet been convicted, in degrading situations must be respected.

Keywords: Preventive detention. Fundamental rights. Time limit. Code of Criminal Procedure.

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípio da dignidade da pessoa humana frente aos preceitos da prisão preventiva. 2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3 Prisão Preventiva; 3.1 Decretação da Prisão Preventiva; 3.2 Jurisdicionalidade e Motivação; 3.3 Da Provisoriamente; 4 Duração Razoável do Processo; 4.1 Falta de prazo e o princípio da dignidade humana; 4.2 Prazo Adequado; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é considerada como uma medida cautelar que permite com que o indivíduo seja desprovido de sua liberdade por um prazo. No entanto, precisa ser respeitado alguns critérios estabelecidos pelo art. 312 do Código do Processo Penal e suas respectivas hipóteses para que seja decretada, quais sejam voltadas para a garantia da ordem pública; ordem econômica; pela conveniência da instrução criminal; para assegurar a aplicação da lei penal; advindo provas de que existiu de fato um crime com indícios suficientes para comprovação da autoria, bem como resultante também de descumprimentos das obrigações que são impostas.

Ocorre que quando decretada a prisão preventiva, o imputado fica privado de sua liberdade por um determinado tempo, este tempo precisa estar em concordância para que não haja violação dos direitos fundamentais, impedindo com isso que o preso passe por situações degradantes e no final do processo seja considerado inocente. Destaca-se o artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, mais precisamente na Emenda Constitucional nº 45, a seguridade de que exista uma duração razoável do processo.

Em contrapartida, para o que é descrito na Constituição Federal, observa-se sistemas prisionais lotados com presos que são, uma boa parte, advindos da prisão preventiva, e que pela falta de prazo estabelecida acabam permanecendo mais tempo reclusos. Mediante a isto, indaga-se: o excesso de prazo no cumprimento de uma prisão cautelar de natureza preventiva viola a dignidade humana do preso?

Assim, entende-se que o prazo precisa estar de acordo com os direitos fundamentais e que precisa existir uma prevalência dos princípios constitucionais da dignidade humana e a duração razoável do processo. Em vista disso, quando a prisão preventiva for decretada precisa ser levada em consideração prazo para cada ato.

Este artigo tem como principal objetivo analisar o excesso de prazo no cumprimento de uma prisão cautelar de natureza preventiva que viola a dignidade humana do preso e buscar um prazo razoável para duração da prisão a fim de diminuir os danos causados ao acusado, passando ter uma medida motivada, fundamentada e em conformidade com os

direitos basilares. Como objetivos específicos, estudar a regulamentação da prisão preventiva; demonstrar como a ausência de um prazo legal de prisão preventiva compromete a duração razoável do processo e verificar os métodos controversos pelo uso indiscriminado da prisão preventiva.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada a partir das pesquisas nas principais bases de dados tais como Scielo e Google Acadêmico, bem como consulta em livros, revistas jurídicas e leis. Para isso foram necessários dois critérios, denominados de critérios de inclusão e exclusão. Para o critério de inclusão, foram consultados estudos, teses e livros que estão de acordo com os objetivos da pesquisa e que respondem à pergunta norteadora. Como critério de exclusão, foram descartados os artigos, estudos, teses e livros que não correspondem ao objetivo da pesquisa.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AOS PRECEITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

As abordagens voltadas para a dignidade humana durante a prisão preventiva é cada vez mais pautada na política do Brasil.

A sociedade cisma que a vinculação entre este princípio e a prisão preventiva, provém das circunstâncias nocivas que o ser humano é obrigado quando está preso, porém, desdenha que a chance de decretar a segregação cautelar como uma maneira de execução precipitação de pena, confronta também a dignidade da pessoa humana.

Assim, é visível que este princípio domina uma grande hierarquia frente às demais normas jurídicas, como também tem consigo certa expressividade persuasiva, medida de proteção e uma correlação com o Código de Processo Penal, especialmente no que concerne este instrumento, posto que a dignidade humana intervenha em todos os direitos fundamentais e ajuda na efetividade dos princípios e normas em matéria penal.

2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da Pessoa Humana é o princípio basilar que envolve todo o ordenamento jurídico. Com isso, pode-se afirmar que todos os outros princípios são derivados desse que se apresenta como o principal. Além disso, o Direito da Pessoa Humana se apresenta como um princípio que requer a existência de direitos intrínsecos ao ser humano, isto é, somente pelo fato de existir, o indivíduo já possui direitos. Em vista disso, esses direitos não podem ser deixados em segundo plano ou esquecidos, assim não podem ser descumpridos, principalmente os que envolvem o direito penal, visto que estes estão relacionados com a legitimidade do Estado para salvaguardá-los. Como descreve Gomes (2016, p.840) *in verbis*:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), se apresentando como incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado).

Por outro lado, como descreve Sarlet (2001, p.60) pode ser considerado como o princípio da Dignidade Humana a qualidade que está presente em cada indivíduo, que o torna merecedor de respeito e ter os seus direitos atendidos, sendo considerado todos por parte do Estado, assegurando que este possa ter os seus direitos fundamentais garantidos. Este, por outro lado, garante que a pessoa seja atendida a favor de suas necessidades e contra todo e qualquer ato degradante e desumano que possa limitar as suas condições de vida, expondo-a em condições existenciais insuficientes para uma considerável vida saudável.

Diante disso, entre todos os outros princípios constitucionais, o que está voltado para a Dignidade da Pessoa Humana é o que está mais presente na Constituição e, conseqüentemente, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Desse ponto de vista, se uma determinada norma vai contra a dignidade da pessoa humana ela também passa a ser considerada como inconstitucional, devendo ser revogada ou retirada da legislação vigente. Esse entendimento também é o mesmo defendido pela doutrinadora Piovesan que ressalta sobre a importância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana à frente da legislação, da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionado a interpretação das suas normas e revelando-se ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro" (PIOVESAN, 2000, p.54).

Pode-se afirmar que toda e qualquer norma precisa ser interpretada de maneira que possa encontrar nela o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Visto que ao encontrar este, pode-se constatar que há de fato um sentido na ordem jurídica. Dessa maneira, passou-se a ser consagrado como um princípio que direciona o Direito Internacional e Interno (PIOVESAN, 2004, p.92).

Esse princípio por sua vez é citado pela própria Constituição, no qual resultou na constitucionalização de diversos ramos do direito. Dessa forma, para que uma determinada lei fosse aprovada, esta precisava estar em concordância com os textos na nova Constituição Federal de 1988, e caso não estivesse com concordância, seria declarada a sua inconstitucionalidade. Dessa forma, o Processo Penal não possui características distintas de maneira que atualmente toda a lei penal precisa ser interpretada à luz Constitucional.

Com base nisso, pode-se afirmar que o prazo longo ou a falta de um prazo estabelecido durante a prisão preventiva é caracterizado como uma forma de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que está caracterizado dentro do art. 5º, XLIX e também citado dentro da Constituição Federal (MARCELINO, 2018, p.8).

3. PRISÃO PREVENTIVA

O impacto social que a prisão preventiva traz envolve cerca de milhares de pessoas que estão encarceradas em todo o país. No decorrer dos anos, o Brasil passou a adotar um perfil encarcerador, sendo que esse posicionamento que advém do Estado é resultante de uma pressão cada vez maior por parte da sociedade no tocante da insegurança e no medo decorrente da insegurança que assola as cidades. Parte dessa pressão também vem da imprensa que colabora com o aumento do temor de todas as pessoas. Além disso, a mídia atua em partes reafirmando a necessidade de que precise existir cada vez mais prisões e o aumento das penas, quando isso é cobrado, os direitos fundamentais acabam ficando em segundo plano, igualando todos os tipos de réus até mesmo os que são em caráter provisório. No entanto, mesmo existindo a Lei 12. 403/2011 (BRASIL, 2011), no qual descreve que existem disponíveis outras medidas cautelares que se apresentam como uma alternativa para prisão, se apresentando, dependendo do caso, como suficiente para a finalidade do desenvolvimento do processo e o seu resultado, como discrimina Mendonça (2011, p.24):

Quando o legislador estabeleceu as medidas cautelares no processo penal, o fez para a proteção de bens jurídicos relevantes, seja para o processo (intraprocessuais) ou da sociedade (extra ou metaprocessuais). É expressão da própria coerção estatal, entendida segundo Julio B. Maier, como o uso de seu poder, conforme a lei, para restringir certas liberdades ou faculdades das pessoas, com objetivo de alcançar um fim determinado. As medidas cautelares se encontram dentro desse marco de exercício da coerção estatal.

Diante a isto, entende-se que há uma necessidade de que a prisão deve ser realizada como uma medida extrema, visto que esse é o maior motivo dos sistemas prisionais estarem cada vez mais lotados. Com a alta lotação estão as condições precárias que

assolam os encarcerados, em que compartilham condições mínimas de higiene, saúde e outras condições voltadas para a sobrevivência de uma pessoa que está sob prisão preventiva. Essas condições não conseguem permitir com que a prisão cumpra com a sua função social de recuperação e nem permite com que pessoas que estão aguardando prazo da prisão preventiva fiquem em segurança. Além disso, a quantidade de presos permite com que cada vez mais aumente a quantidade de facções, pois cada indivíduo integrado em um sistema inseguro, como as prisões atuais, se torna obrigado a se aliar aos grupos criminosos para conseguirem proteção, passando a fazer parte de uma realidade que não pertencia à situação real daquele preso, visto que o indivíduo nem sequer foi condenado ainda (BOTTINI, 2008, p.454).

Além disso, a Lei 12.403/2011, mais precisamente dentro do seu parágrafo 6º do artigo 282, descreve nitidamente que a prisão preventiva deve ser usada como um último recurso, dentro de um sistema processual penal. Contudo, observa-se um certo paradoxo quanto a prática e ao uso da prisão preventiva, pois passou a ser utilizada para diversos casos, ocasionando a superlotação de presos que estão ainda aguardando condenação, superlotando a quantidade de pessoas encarceradas no Brasil (BOTTINI, 2008, p.455).

3.1. Decretação da Prisão Preventiva

Pode-se afirmar que a prisão preventiva acontece no momento que o indivíduo é privado de sua liberdade, sendo que esta medida precisa ser decretada por um juiz, em concordância com o Ministério Público, bem como por representação de uma autoridade policial, acontecendo ainda através de um inquérito, bem como por uma instrução criminal, mediante pressupostos que são descritos com base na lei. Diante a isto, Lima (2014, p. 52), descreve essa visão *in verbis*:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária compromete, mediante representação da autoridade policial, ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorre os motivos autorizados listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficiente as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Ainda referente ao art. 316 do CPP, pode-se citar o parágrafo único que foi introduzido pela respectiva Lei n. 13.964/2019, no qual estabeleceu a necessidade de revisão, de ofício, pelo próprio órgão emissor da decretação da prisão preventiva e sua respectiva manutenção que deve acontecer a cada 90 (noventa dias), que deve acontecer a partir de uma decisão fundamentada, sob pena de ilegalidade da restrição do *status*

libertatis. Isto é, não revisão desse ofício pode ser considerado como algo ilegal, pois trata de um dever e não de algo facultativo (IANNI, 2021, p.34)

Dessa mesma forma, afirma-se também que a prisão preventiva traz consigo características voltadas para a cautelaridade na tutela da persecução penal, onde busca-se impedir que possíveis condutas possam comprometer o andamento do processo ou ainda, impedir ou alterar o rumo da investigação. Além disso, se torna extremamente importante que sejam analisados também os requisitos para a prisão preventiva, visto que estes estão adentrados e citados pelo Código de Processo Penal, realizando-se um estudo voltado aos motivos que foram autorizadores à prisão, percebendo-se as regras que estão citadas para que possa ser realizada essa prisão. A Constituição Federal também precisa ser base para esse que a prisão possa ser feita (PACELLI, 2020, p. 683).

Com base nisso, pode-se realizar um estudo mais aprofundado e comparativo com outros tipos de prisão cautelares, visto que essa tipologia é realizada em caráter essencial, dentro dos requisitos citados conforme o art. 282, §6º do Código Processo Penal. Dentro desse contexto, Pacelli (2020, p. 683) traz à luz que a:

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu inter procedimental, e mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.

Dessa forma, pode-se afirmar que é uma prisão diferenciada das outras modalidades, pois ao contrário das outras modalidades, esta acontece durante a fase pré-processual e processual, desde que seja decretada em um momento anterior do trânsito em julgado. Além disso, ressalta-se que a prisão de natureza cautelar que apresenta uma forma mais ampla, se apresentando como um instrumento eficiente para o encarceramento durante toda a persecução penal, pois pode acontecer durante o inquérito policial e a fase processual. Assim, mediante uma ordem escrita por uma autoridade competente judicial com fundamento voltado para o art. 5º, inciso LXI da CF, desde que seja apresentada a necessidade de cárcere, pois por ser uma prisão preventiva precisa ser sustentada com lastro probatório mínimo para indicar a ocorrência da infração, visto que precisa existir motivos legais para que essa prisão de fato possa ser feita (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p.861).

3.2. Jurisdicionalidade e Motivação

No momento da decretação da prisão preventiva, como discrimina o art. 312 do Código do Processo Penal Brasileiro, precisa existir prova de que houve um crime, com

materialidade ou ainda que possa apontar a existência de indícios pertencentes à autoria. O art. 312 do CPP descreve que outras razões como voltadas para ordem pública, ordem econômica, instrução criminal e a proteção direcionada para a aplicação da lei penal também são motivos para serem decretada a prisão preventiva. No entanto, o que tange a ordem pública ainda é passível de críticas de uma boa parcela dos doutrinadores penalistas brasileiros, sendo considerado um motivo vago, que podem inclusive permitir interpretações inadequadas (LOPES JR, 2017, p. 635).

Com relação aos fundamentos que permeiam a prisão preventiva, pode-se citar o que está previsto no art. 312 do Código de Processo Penal, nestes termos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º) (BRASIL, 2011).

Esse tipo de prisão possui as hipóteses mais criticadas por ser uma das mais aplicadas no Brasil. Visto que, no país a quantidade de pessoas presas estão em torno de 600 mil, desse montante cerca de 40% são presos decorrentes de medidas cautelares, bem como os presos em flagrantes, que possuem um caráter provisório e temporário. Alguns estudos realizados recentemente apontaram um certo exagero na prática desse tipo de prisão, tanto como principal incremento a taxa de presos preventivos, no qual acabam ferindo de morte o princípio da *ultima ratio*. Atualmente, o seu uso está voltado para punição gerando incapacitação no preso, se apresentando como uma medida provisória de “último recurso” sendo usado como uma forma de recurso para que a autoridade possa ter uma resposta rápida sobre um determinado crime (SANGUINÉ, 2014, p. 186).

Além disso, no art. 311 discrimina-se que a prisão pode ser decretada a qualquer momento do inquérito policial ou até mesmo da instrução criminal, no qual é decretada pelo juiz com base no requerimento emitido pelo Ministério Público, podendo também ser realizado por parte de uma representação da autoridade policial (BRASIL, 1941).

Outro artigo relevante dentro dessa vertente é o art. 315, que traz à luz os seguintes termos:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada (Lei n.13.964 de 2019).

§1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (incluído pela Lei n. 13.964, de 2019).

I – limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – Invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento.

Dessa maneira, a decisão voltada para decretar ou substituir a prisão preventiva precisará ser sempre motivada. No entanto, precisa ter provas para imputar ao indivíduo aquela prisão, pois prender somente com o argumento de manter a ordem pública seria o mesmo que condenar alguém sem ao menos saber se a pessoa é culpada ou não daquele crime.

3.3. Da Provisoriedade

Pode-se compreender que o percentual retratado acima descreve pessoas que estão presas de forma provisória tendo como principal causa manter a ordem pública ou assegurar que alguma lei penal possa ser aplicada. Por isso que Maurício Sant'Anna dos Reis descreve *in verbis*:

Se do ponto de vista social, a ideia de opinião pública se adéqua a de imposição da opinião de quem detém o poder sobre quem não o detém, diferente não é no processo. Fundamentar uma prisão preventiva com base na ordem pública, pelo clamor público causado pelo fato supostamente criminoso, ante a robusta manifestação dos meios de comunicação sobre o dito crime, não se afasta da lógica trazida por Pierre Boudieu. Com efeito, a prisão que se baseia na opinião pública, por cento em nada se baseia, tendo em vista que a opinião pública, não pertence ao público, senão ao próprio juiz, ou quando muito, a um meio de comunicação. Desse modo a decisão é sui referencial, é cíclica, está despida da devida fundamentação exigida a todas as decisões, pelo que é ilegal. Mas acima de tudo não é sequer uma decisão judicial, senão um ato escancarado de submissão ao poder, ao arbítrio, em suma, manifestamente ilegal (REIS, 2016, p.89).

No entanto, um ponto que se apresenta como controverso é o fato de a prisão preventiva não ter um prazo que possa ser preestabelecido, para que o preso possa ter conhecimento do prazo que ele vai ficar detido. Nesse ponto de vista, esse detalhe pode apresentar arbitrariedade por parte dos magistrados que acabam facilitando com que ocorra uma violação dos princípios fundamentais constitucionais, como no caso o da Dignidade da Pessoa Humana.

4. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A relação entre o tempo e o direito é considerada intrínseca, visto que o transcorrer do tempo gera efeitos significativos dentro dos processos que o direito traz consigo, uma vez que os efeitos do tempo podem se apresentar como materiais ou processuais. Mais precisamente dentro do direito penal, o tempo possui total relevância, sendo o principal alicerce para que ocorram as medidas punitivas, pois dependendo das penas existem uma quantidade de tempo estabelecida ao condenado, que podem variar de privação da liberdade, privação em caráter temporário do direito ou ainda uma privação do tempo que pode ser convertida em trabalho, como no caso das que podem ser pecuniárias. Além disso, o *quantum* de tempo em que o indivíduo foi condenado pode ainda imputar a este algum direito como o benefício voltado a suspensão condicional da pena ou ainda o livramento condicional (PASTOR, 2009, p.81).

Outra evidência de que o tempo é de fato relevante para a seara jurídica está presente na prescrição da pretensão punitiva estatal, devido ao tempo que o Estado deixou de punir, fazendo com que recaia sobre este o direito de punir devido o decurso do tempo, em razão exclusiva de sua própria inércia (BITENCOURT, 2012, p. 867).

Em vista disso, o tempo do processo, o que faz o tempo de prisão preventiva se tornar longo, não se apresenta como qualquer tempo e precisa ser visto com equilíbrio entre a celeridade processual em concordância com os direitos que são inerentes ao processo legal. Além disso, estes não podem ferir os princípios constitucionais que cobrem garantias e direitos, por isso não pode ser arrastado por um longo tempo (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 144).

4.1. Falta de Prazo e o Princípio da Dignidade Humana

O conjunto de garantias fundamentais para a qualidade de vida humana precisam ser respeitados, devendo ser assegurado e imputado ao processo penal, visto que o tempo precisa ser estabelecido para que possa garantir a ampla defesa e o contraditório, sem que haja prejuízos perante a recorribilidade das decisões judiciais. Simultaneamente, os processos não precisam ser prolongados, com vistas a garantir que os direitos fundamentais possam ser assegurados. Observa-se esses casos quando o imputado responde ao processo preso, no qual priva-se deste a sua liberdade sem ainda ser condenado, apresentando-se totalmente vulnerável aos ventos da persecução penal (PASTOR, 2009, p.90).

Diante a isto, cabe ressaltar que o sistema processual funciona através do estabelecimento de prazo, visto que os atos dentro do processo deverão ser realizados diante de prazos estabelecidos. Com isso, pode-se afirmar que o prazo dentro do processo penal:

[...] é uma distância temporal entre dois marcos: um assinala o seu início (dies a quo) e o outro representa o seu encerramento (dies ad quem). Em princípio, todo ato deve ser efetuado dentro do prazo fixado pela lei. Quando faltar tal previsão, ele será realizado de acordo com o prazo assentado por norma genérica (SCARANCE FERNANDES, 2012, p. 123).

Perante a isso, a dignidade do imputado precisa ser respeitada mediante o estabelecimento de um prazo, como uma forma de apresentar um equilíbrio entre o poder de acusar do Estado e o imputado de se defender, conforme o princípio da ampla defesa e contraditório. Em vista disso, a justiça deve realizar todo o seu processo e resolver os casos que chegam até o seu conhecimento em um prazo razoável e considerado adequado (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2011, p.14).

Com isso, já foram constatados casos em que os acusados foram presos de forma provisória, mesmo que antes da sentença condenatória sem trânsito julgado, em prazos superiores a 5 (cinco) anos, chegando inclusive a ficarem presos por dez anos, sem serem

considerados de fato culpados ou condenados. Mediante a isto, pode-se afirmar que uma restrição de liberdade com prazo superior a noventa dias, sem motivação idônea para que o imputado permaneça tanto tempo privado de sua liberdade sem provas o suficiente para mantê-lo de tal maneira, torna-se considerada como desarrazoada, desta feita considerada ilegal (SANGUINÉ, 2014, p.509).

Com isso, torna-se translúcido o grau de violação que permeia a Dignidade da Pessoa Humana, visto que é um direito que é salvaguardado pelo ordenamento jurídico. Com isso, a maior indagação que permeia essa problemática é: como pode-se reparar os danos e prejuízos que são resultantes do tempo que o imputado passou longe de sua família, visto que teve sua liberdade suspensa por cinco ou dez anos para depois ser considerado inocente? Ora, sendo punido, estando isolado por algo que não cometeu? Diante a isto, uma possível reparação ou indenização não traz para esse indivíduo o tempo que passou preso injustamente, bem como não devolve os seus direitos que foram violados dentro do seu convívio familiar e social.

Diante a isto, se torna extremamente importante e legal, que seja determinado um prazo para que esse imputado seja detido para que este ato não possa violar os seus direitos fundamentais e humanos, sem violar também os princípios e diretrizes constitucionais que são respeitadas interiormente do ordenamento jurídico (SARLET, 2004, p.62).

4.2. Prazo Adequado

No Brasil, historicamente, pode-se citar que com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida popularmente como Reforma do Judiciário, o direito a um prazo adequado para o processo foi expressamente incluído na Constituição Federal de 1988, sendo discriminado através do inciso LXXVIII, mais precisamente no rol das garantias fundamentais citadas no artigo 5º. Como discrimina em seu texto, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (SANTOS, 2008, p.139-140).

Para Lopes Júnior (2010, p.102-103) o prazo razoável se apresenta um direito fundamental, bem como outras garantias fundamentais presentes no art.5º da Constituição Federal, sendo comparada com a vedação da tortura ou ainda possuindo o mesmo valor que o tratamento desumano ou degradante, trazido à baila pelo inciso III, bem como é citado no inciso LV, no tocante do princípio da ampla defesa e contraditório.

Indo além, Tucci (2009, p.66) ressalta que há a necessidade da adoção de um método que seja mais sistemático e teleológico de interpretação do sistema processual constitucional, visto que a duração razoável é citada desde a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, *in verbis*:

[...] a determinante da fixação de prazo razoável de duração do processo penal está contida no § 2º do art. 5º, cuja parte final determina a consideração de garantias decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, isto é, *in casu*, o estabelecido na Convenção americana sobre direitos humanos (sic), assinada em San José, Costa Rica, no dia 22.11.1969, e que no art. 8º, 1 estatui, *in expressis verbis*, que toda pessoa “[...] tem direito de ser ouvida como as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...] na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada...”.

Assim, compreende-se que mesmo sendo algo previsto em Tratado Internacional voltado para os direitos humanos no ano de 1992, pode-se afirmar que passou a ser citado dentro do ordenamento apenas a partir do ano de 2004. Com base nisso, uma discussão dentre os doutrinadores surgiu por parte da natureza jurídica dessa garantia, na dúvida de saber se trata de uma garantia constitucional, legal ou *se sui generis* de norma (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2008, p.33-34).

Em contrapartida, afirma-se que o grau de desenvolvimento democrático de um determinado país pode ser mensurado com o nível de proteção que se oferece ao cidadão através das garantias em que estão relacionadas com os processos penais. Assim, observa-se que nas sociedades mais autoritárias, essas garantias são limitadas ou ainda restritas se comparadas com as que são fundadas na liberdade do indivíduo (BACIGALUPO, 2005, p.24).

Sobre as respectivas garantias, principalmente voltada para o prazo razoável, Badaró (2011, p. 207-208) descreve o seu respectivo significado:

Em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process* ou um processo *équico*.

Com base nisso, o processo penal que faz parte de um Estado democrático de Direito, no qual suas ações precisam estar pautadas pelas garantias fundamentais que são citadas na Constituição, como uma forma de evitar abusos por parte do Estado no exercício de *seu jus puniendi*, bem como, na prática do seu poder durante a persecução penal. As garantias são seguranças que por sua vez são concernentes ao *due process of law*, de

maneira que possa de fato existir um certo equilíbrio entre punir um indivíduo e garantir os seus direitos fundamentais (BONATO, 2003, p.108).

Ocorre que, se na Constituição Federal mais precisamente no seu respectivo art. 5º e inciso LIV, destaca-se que ninguém poderá ser privado de sua liberdade sem que exista um processo legal. Mediante a isso, não tem como considerar um julgamento que não está embasado nos termos constitucionais, da mesma forma que um processo não deve ser visto como algo paralelo, mas que precisa ser interpretado e analisado em concordância com a própria Constituição Federal, pois esta se apresenta como principal base (TUCCI, 2009, p.108).

Por isso, Nucci (2016, p.89) afirma que precisa ser levado em consideração para a decretação da prisão preventiva o princípio do devido processo legal, *ipsis verbis*:

O princípio do devido processo legal é, sem dúvida, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais (art.5º, LIV, CF). Constitui o horizonte a ser seguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Se esses forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso.

Assim, entende-se que este é considerado como caráter processual da garantia do devido processo legal, justamente a junção de princípios e garantias que estão citadas na Constituição Federal, que asseguram o indivíduo de que seus direitos fundamentais serão garantidos. Em contrapartida com o Brasil, nos Estados Unidos da América, durante os anos foram sendo desenvolvidas teorias que permeiam o processo, chamada de processo legal substantivo, onde se afirma que as leis precisam estar em concordância com um processo legislativo, com fundamentos voltados para os direitos fundamentais básicos, caso contrário são consideradas injustas ou inconstitucionais (SCARANCE FERNANDES, 2012, p.57).

Com base nisso, constata-se que sendo decretada a prisão preventiva, o imputado não pode permanecer preso sem prazo para ser liberto, por isso precisam ser observados os prazos que são discriminados por lei para que sejam cumpridos os respectivos atos processuais. Assim, cita-se que: conclusão do inquérito estabelece-se o prazo de 10 ou 15 dias, no caso quando a competência é da Justiça Federal; oferecimento de denúncia, prazo de 5 dias; recebimento de denúncia, prazo de 5 dias; resposta escrita do réu, prazo de 10 dias; apreciação quanto à resposta escrita, 10 dias; audiência para oitiva de testemunhas no qual se objetiva debater a sentença, prazo de 60 dias somados com 24 horas, para que possa ser dado andamento em cartório judicial (LENZA, 2016, p. 99).

Destarte, quando somados todos os prazos resulta em um total de 120 dias, visto quando for de competência da Justiça Estadual, e 125 dias quando estiver sob a competência da Justiça Federal. O que se observa é que a maioria dos magistrados entendem que não podem ser computados os prazos de forma isolada, por isso que são considerados os eventuais atrasos. No entanto, buscando-se na seara da jurisprudência, pode-se observar decisões no qual foram considerados os atos isolados, *in verbis*:

TJMG – HG – “HABEAS CORPUS” – ROUBO MAJORADO – CORRUPÇÃO DE MENOR – RELAXAMENTO DE PRISÃO – EXCESSO DE PRAZO – NÃO CONFIGURADO – PRISÃO PREVENTIVA – DECISÃO FUNDAMENTADA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Não há que se falar em excesso de prazo para formação da culpa quando a instrução criminal não ultrapassou o prazo global de 122 dias. A prisão preventiva se sustenta diante da comprovação da materialidade e dos indícios suficientes da autoria do crime, associados ao motivo legal da garantia da ordem pública, sobretudo no que se refere ao modo concreto com que o paciente teria agido. Eventuais condições pessoais, ainda que favoráveis, não tem o condão de, por si só, garantirem a revogação da prisão preventiva, mormente diante de elementos concretos e legítimos que demonstram a essencialidade da manutenção da custódia antecipada. Relatora Maria Luíza de Marilac – Pub 17.05.16.

Dessa maneira, o prazo começa a contar após a prisão para o encerramento do respectivo inquérito policial, que por sua vez ocorre em dez dias, conforme Justiça Estadual, e 15 dias prorrogáveis se for Justiça Federal, dando andamento aos demais atos processuais, que, no entanto, fazem parte do oferecimento da denúncia e início da instrução criminal (PACELLI, 2020, p.100). Com base nisso, Avena (2017, p.684) destaca algumas súmulas que adentram no assunto relacionado à prazo:

Cabe lembrar, por derradeiro, a existência de Súmulas pertinentes ao rotulado excesso de prazo na prisão, ressaltando-se, no âmbito do STJ, a Súmula 21 (pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução), a Súmula 52 (encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo) e a Súmula 64 (não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa).

Contudo, o posicionamento por parte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é de que o prazo decorrente da prisão preventiva sofre influência do prazo para a conclusão da instrução criminal ficando com isso sujeito a um juízo razoável, sendo este prazo estabelecido também por parte do senso jurídico em comum, no qual não se considera que exista um excesso de prazo quando se existe justificativa para que haja essa demora no processo (AVENA, 2017, p. 122).

Entretanto, é notória a divergência com relação aos prazos, visto que em uma comparação realizada com o levantamento de dados realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, no qual apresentou uma média de tempo em prisão provisória variando de 172 até 974 dias.

Desta feita, foram formados na jurisprudência, alguns critérios que são a base da justificativa para que houvesse um excesso de prazo, já que se baseia na extensão da instrução criminal, apontando-se como motivos, por exemplo, a quantidade de número de réus; as provas que são produzidas por carta precatória; variadas provas periciais bem como a quantidade de diligências solicitadas para que fosse feita a defesa do acusado (NUCCI, 2016, p. 155).

Cita-se o que é observado na jurisprudência, como o caso que ocorreu perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nestes termos:

Ademais, o com seis réus, cujos defensores são distintos, havendo necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas. Tais circunstâncias demonstram a complexidade do feito e justificam seu retardamento, não sendo possível atribuir eventual demora à inércia do Poder Judiciário, sendo o caso da aplicação do princípio da razoabilidade (HC 990.10.455036-0, 16ª C, Almeida Toledo, j.14.12.2020, v.u).

Por isso, que o aceleramento desse prazo vai contar com o ponto de vista de todos os magistrados envolvidos que tiverem uma visão mais utilitarista, não partindo de uma justiça imediata, visto que a duração precisa ser razoável e sem que exista de fato excessos desnecessários, uma vez que o réu passa a ser submetido à situações consideradas degradantes e por um sentimento de angústia por tempo ilimitado, devido à pendência que deveria ter prazo para ser analisada.

Então compreende-se que a celeridade do prazo está voltada para a redução do tempo em que o acusado entrará em sofrimento, partindo-se do ponto de vista que há risco de se tratar de um caso de inocência, no qual o tempo que o imputado ficará isolado pode colocá-lo em uma situação injusta (LOPES JR, 2010, p. 181).

Outro caso ímpar, ocorre quando a demora do prazo é resultante pela demora da defesa, assim o magistrado pode manter o acusado preso por um tempo maior, no entanto, mediante essa decisão é passível recurso. Contudo, se a defesa entrar com o respectivo recurso não terá a sua justificativa de excesso de prazo deferida, conforme descreve Súmula nº 21 do Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, o art. 428 do respectivo Código de Processo Penal descreve que o julgamento em plenário deve ter um prazo de seis meses, e se nada for providenciado durante esse período pode entrar com alegação de excesso de prazo (LENZA, 2016, p. 177).

5. CONCLUSÃO

De acordo com a pesquisa realizada, pode-se afirmar que a prisão preventiva é de fato uma medida cautelar e que por isso, precisa ser usada somente em último recurso, visto que restringe a liberdade do acusado por um prazo que deve ser estabelecido, fundamentado em provas da existência de crime bem como indícios que são considerados suficientes, no qual se relacionam as seguintes expressões *periculum in mora*, que é o perigo na demora, e *fumus boni iuris*.

Com isso, pode-se afirmar que a falta de prazo estabelecida para a prisão preventiva é uma realidade considerada grave na sociedade brasileira, pois cada vez mais as penitenciárias estão ficando lotadas por pessoas que ainda estão esperando seus prazos serem finalizados para assim serem consideradas culpadas ou inocentes, no entanto não é isso que acontece pois o prazo fica estendido por um tempo não estabelecido, fazendo com que a pessoa passe anos e anos apenas esperando esse período finalizar.

Diante a isto, pode-se concluir que o art. 312 do Código de Processo penal descreve em quais condições pode ser decretada a prisão preventiva, podendo citar a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, bem como a garantia da ordem econômica, além da asseguaração de eventual pena a ser imposta. Destarte, a própria Constituição Federal descreve em seus textos o respeito que precisa existir para que os direitos fundamentais possam ser garantidos.

Logo, observa-se que mesmo estando incluída à Constituição através da Emenda 45 de 2004, e presente no texto original no seu art. 5º, cláusula pétreia, verifica-se que a presença de atos considerados inconstitucionais que ferem de morte os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, visto que o ocorre uma realidade jurídica diferenciada no que era para de fato acontecer, sendo que os prazos se apresentam extrapolados, enquanto deveria ser uma duração razoável.

Assim, a ausência de um prazo legal de prisão preventiva colabora para o comprometimento da duração razoável do processo. No entanto, é algo possível, mas

exige com que ocorra um consenso entre os magistrados para ocorrer a celeridade processual, que por sua vez é considerada como um grande gargalo na esfera judicial no país. Outro ponto a ser citado é que há um certo paradoxo e desencontro entre a doutrina e a jurisprudência no tocante do prazo para manter o preso encarcerado, uma vez que mesmo que possa ser defendida a tese de um “razoável prazo” ainda sim é um termo vago e que pode ser inclusive interpretado de diversas nuances, podendo inclusive ser considerado razoável o tempo que o preso estiver encarcerado mesmo que dure 10 anos.

Em contrapartida, existem Tribunais que possuem uma visão fixada do que seria o “prazo razoável” estabelecendo uma média de 125 dias, como no caso do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que afirmou que esse prazo supracitado é suficiente para que possa cumprir todos os atos processuais.

Ainda sim, mesmo sendo uma medida cautelar, a prisão preventiva pode ser substituída por outras medidas, visto que a prisão preventiva deve ser aplicada somente em último caso. Entende-se que as outras medidas, dependendo da acusação, podem se apresentar como alternativas à prisão preventiva, como por exemplo: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso a um determinado lugar ou ainda de frequentar determinados lugares; proibição de manter contato com uma determinada pessoa ou pessoas; proibição de se ausentar da respectiva Comarca; recolhimento domiciliar durante a noite e nos dias de folga; suspensão de atividades públicas ou de outras atividades econômicas; internação provisória e por fim, a monitoração realizada com a tornozeleira eletrônica.

Visto que é um assunto atual devido ao recente cenário dos sistemas prisionais do país, lotados e, devido a superlotação, os presos ficam submetidos a situações degradantes. No entanto, sugere-se para estudos futuros a importância da aplicação das outras medidas cautelares, se possível, para a redução da quantidade de presos por prisão preventiva.

6. REFERÊNCIAS

AVENA, N. C. P. **Processo Penal** - 9. Ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BACIGALUPO, E. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BADARÓ, G. H. R. I. **Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva**: comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Org. Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

BADARÓ, G. H. R. I.; LOPES JÚNIOR, A. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. Ed. Revista atual, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITTENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 17. Ed. Ver. Ampl. E atual de acordo com a Lei n.12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONATO, G. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOTTINI, P. Medidas cautelares – Projeto de Lei 111/2008. In: MOURA, M.T.R.A. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, L. F. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: RT, 2016.

IANNI, F. G. **Manual de Direito Penal – Parte Geral – TOMO I**. 1ª Edição. Editora: JH MIZUNO, 2021.

LENZA, P. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, R. B. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 2014. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/75402>>. Acesso em 15 ago 2022.

LOPES JÚNIOR, A. **Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)** Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ed. Esp. Ano 18, ago, 2010.

LOPES, J. A. **Direito Processual Penal**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCELINO, S. **A falta de prazo na prisão preventiva e a violação dos princípios constitucionais**. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/512/1/SKARLETT%20MARCELINO.pdf>>. Acesso em 31 ago 2022.

MENDONÇA, A. B. **Prisão cautelar e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, G. de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. rev. atual. ampl. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

PACELLI, E. **Curso de Processo Penal**– 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

PASTOR, D. R. **El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del processo penal y sus posibles soluciones.** 1. Ed. reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988,** 2004.

REIS, M. S. **Observações sobre a prisão preventiva fundamentada na ordem pública: ou pode uma prisão preventiva se basear na opinião pública?** 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/202425049/observacoes-sobre-a-prisao-preventiva-fundamentada-na-ordem-publica-ou-pode-uma-prisao-preventiva-se-basear-na-opinio-publica>>. Acesso em 31 ago 2022.

SANGUINÉ, O. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, L. G. **Procedimentos:** Lei 11.719, de 20.06.2008. In: MOURA, M.T.R.A. As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, W. I. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCARANÇE FERNANDES, A. **Medidas cautelares.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 19, n. 224, jul, 2012.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. A. R. C. **Curso de direito processual penal.** 10ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 3. Ed. Revista atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

LIMITES ENTRE O DISCURSO DE ÓDIO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

BRUNA DE ARAÚJO SANTOS COSTA:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

ISA OMENA MACHADO DE FREITAS²

(orientadora)

RESUMO: O objetivo do presente artigo é identificar os limites entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão. A partir da observância no uso dos direitos fundamentais dispostos à pessoa humana, os quais são imprescindíveis para o convívio em sociedade. O conceito da vivência dentro desses direitos tem-se a Liberdade como um valor da democracia legitimada na liberdade de expressão como uma garantia de todo esse processo democrático. Diante de tais direitos apresenta-se a questão problema do trabalho: Como identificar os limites entre o Discurso de ódio e a Liberdade de expressão? Para responder tal questão, buscou-se pesquisar o que é considerado discurso de ódio; estudar o que é considerado liberdade de expressão e verificar os requisitos necessários para não ultrapassar o limite da liberdade de expressão, e se transformar em discurso de ódio. Nesse intuito, se realizou uma revisão de literatura com base bibliográfica, numa abordagem qualitativa de caráter exploratório no meio científico, buscando em materiais eletrônico e bibliográfico, dados consistentes naquilo em que a Lei, Doutrinadores e Julgadores (STF, STJ) consideram como discurso de ódio e liberdade. Diante dos resultados alcançados, constatou-se que a validade das normas não versa na sua perfeição, mas na compatibilização do interesse universal, oferecida em situações iguais em quaisquer casos de aplicação, onde sua verificação e validade não levam em conta as características do caso concreto, mas o fato de garantir os fundamentos democráticos de direito do cidadão. Deste modo, a influência de precedentes judiciais impõe limitação à liberdade de expressão oficializada no discurso do ódio, no amparo legal expresso pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Discurso do ódio. Liberdade de Expressão. Democracia.

ABSTRACT: The purpose of this article is to identify the limits between hate speech and freedom of expression. From the observance in the use of the fundamental rights available to the human person, which are essential for living in society. The concept of living within these rights has Freedom as a value of democracy legitimized in freedom of expression as a guarantee of this entire democratic process. Faced with such rights, the problem of work

² Prof.^a Mestre da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

is presented: How to identify the limits between Hate Speech and Freedom of Expression? To answer this question, we sought to research what is considered hate speech; study what is considered freedom of expression and verify the necessary requirements to not exceed the limit of freedom of expression, and turn into hate speech. To this end, a literature review was carried out with a bibliographic basis, in a qualitative approach of an exploratory nature in the scientific environment, seeking in electronic and bibliographic materials, consistent data in what the Law, Doctrinators and Judges (STF, STJ) consider as a discourse of hate and freedom. In view of the results achieved, it was found that the validity of the norms does not refer to their perfection, but to the compatibility of the universal interest, offered in equal situations in any application cases, where their verification and validity do not take into account the characteristics of the concrete case. but the fact of guaranteeing the democratic foundations of citizen's rights. In this way, the influence of judicial precedents imposes a limitation on the freedom of expression made official in hate speech, in the legal support expressed by the Federal Constitution.

Keyword: Hate discuss. Freedom of Speech. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental que está garantido graficamente nos incisos IV, VI e IX do artigo 5º, que que diz respeito ao direito ao indivíduo de expressar suas opiniões publicamente, não importando qual o meio de circulação dessa manifestação, sem ser discriminado por isso, e caput do artigo 220, que trata da liberdade de imprensa Brasil, (1988), portanto, se constitui como um direito fundamental no instituto jurídico brasileiro onde a legislação entende que garantir sua efetivação é assegurar a democracia, os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Diante dessa constatação está a relevância desse estudo, ao se perceber que existem pessoas que utilizam dessa proteção constitucional para difundir o discurso de ódio, ferindo a dignidade da pessoa humana brotando assim, a querela sobre o limite deste direito fundamental. Como discurso de ódio, Sarlet (2019, p.3) salienta que “o discurso do ódio (assim como o fenômeno em parte correlato das fake news, da desinformação) acirra sectarismos, instila a divisão social, gera níveis preocupantes de instabilidade política e representa, cada vez mais, ameaças concretas para a democracia”. Nesse sentido, o presente artigo tem como objeto de estudo os limites entre o discurso de ódio e a liberdade de expressão.

Debater as ações de combate do discurso do ódio e libe do Judiciário Brasileiro sobre o discurso de ódio, não é tarefa fácil, uma vez que no Brasil há uma legislação específica para contestar esse tema. Contudo, pode-se ser citar o Decreto nº. 8.771, de 11 de maio de 2016, que regulamenta a Lei no 12.965, a Lei nº 13.709, de 2018 e o Projeto de Lei 7582, 20 maio 2014, que em seu bojo há definição para os crimes de ódio e intolerância,

bem como desenvolve procedimentos para controlá-los, nos moldes do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal entre outros dispositivos. Nesse viés, reside o problema central do presente artigo: Como identificar os limites entre o Discurso de ódio e a Liberdade de expressão? Como hipótese, se buscou identificar os limites entre o Discurso de ódio e a Liberdade de expressão, que em regra esses diplomas legislativos, ainda não são definidos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, e que segundo Sarlet (2019), o Ordenamento Jurídico Brasileiro ainda não estendeu em disciplinar formas de combater a propagação de discursos de ódio. Considerando o método científico, a linha de raciocínio adotada no processo do artigo que ora se apresenta, foi realizada através da metodologia de estudo exploratório e descritivo, a partir da pesquisa bibliográfica teórico-descritiva, fundamentado especialmente naquilo que Triviños (1987, p. 109) salienta que “estudos exploratórios permitem ao investigador aumentar sua experiência em torno de determinado problema”. baseada em estudos relevantes listados em bibliografias legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais as quais se apresenta no desenvolvimento do trabalho.

Para sustentar a hipótese, elaborou-se o segundo capítulo: desenvolvimento; onde primeiro foi delineado a pesquisa do que é considerado discurso de ódio em forma de conceituação observando o que a lei, os doutrinadores e julgadores (STF, STJ) consideram como discurso de ódio; no segundo tópico foi estudado o que é considerado liberdade de expressão e seus fundamentos ressaltando o que a lei, os doutrinadores e julgadores (STF, STJ) consideram como liberdade. Após realizar a revisão desses dois tópicos foi possível ter material para produzir o tópico terceiro: verificar os requisitos necessários para não ultrapassar o limite da liberdade de expressão, e se transformar em discurso de ódio num contexto sistematizado, com o intuito de reforçar a eticidade como princípio fundamental da Constituição Brasileira. Por fim, no 3º capítulo, a conclusão do trabalho, onde se concluiu que a influência de precedentes judiciais impõe limitação à liberdade de expressão oficializada no discurso do ódio, no amparo legal expresso pela Constituição Federal.

2. O DISCURSO DO ÓDIO

Conforme Silva, Rosane Leal da et al., (2011, p. 447) para compreender como se dá o discurso de ódio, é preciso aprofundar conhecimentos naquilo que diz respeito a discriminação e externalidade, pois o “discurso do ódio, compõe-se desses dois elementos básicos”.

A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento,

emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo [...] (SILVA, et al. 2011, p. 447).

Já os doutrinadores Freitas e Castro, (2013, p. 344) explicam que:

Em verdade, trata-se o discurso do ódio de uma variável da Liberdade do Pensamento e, como tal, como apenas sentimento de rejeição ou ódio não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Entretanto, quando manifesto, o discurso do ódio repercute como expressão do pensamento e passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar no tempo de acordo com o veículo de transmissão utilizado.

Diante de tais conceitos observa-se que cerne da questão se instaura, quando a pessoa sai do pensamento para a palavra oral ou escrita. Nessa situação, segundo Silva, *et al.* (2011, p. 447), o discurso existe, dando a oportunidade para aqueles que buscam macular como também para aqueles a que buscam instigar contra os denegridos, “estando aptos para produzir seus efeitos nocivos, quais sejam: as violações a direitos fundamentais, o ataque à dignidade de seres humanos”.

A questão sobre o discurso de ódio e a liberdade de expressão tem tutelas distintas em diferentes países, contudo para todos; a compreensão se traduz na questão fundamental da relação entre o pensar, falar e agir. E que Brugger, (2007) complementa, como atos presentes no *insulto* e na *instigação*.

[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRUGGER, 2007, p. 118).

Observa-se que a partir do momento que estas manifestações se tornam públicas, se constituem violação da dignidade humana, sendo necessária a intervenção de instâncias dos poderes de controle, como por exemplo, o Estado e o Direito (ROTHENBURG; STROPPA, 2015).

Sarlet (2011, p. 73), explana seu entendimento sobre dignidade da pessoa, citando que:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade que o define uma pessoa como ser humano. Entendimento que um ser é apenas um agente de sua própria condição humana e independente de outras particularidades, e se configura pelo seu valor que o identifica. “A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.” (SILVA, 1998, p. 91).

Vale acrescentar que a dignidade humana não existe somente onde é reconhecida, ela já é um dado prévio e uma manifestação da própria condição humana:

A dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2011, p. 23).

A Constituição brasileira expressa que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI) e, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL 1988).

Como Também o mesmo enfoque o artigo 13, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, relata que o Brasil é signatário, determina que a Lei deva proibir toda “propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1970).

Na Convenção contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, documento que determina o comprometimento dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos dispõe que é preciso a “erradicação total e incondicional do racismo, da discriminação racial e de todas as formas de intolerância”, demonstrando nos planos regionais e estaduais, meios para lutar contra a discriminação (BRASIL, 2022, não paginado).

Este documento ainda traz em sua redação, questões muito importantes, pois, apesar de ainda não ter ratificado o racismo no Brasil, “pode iluminar o debate sobre o tema, por ser um instrumento internacional apto a fornecer um conceito jurídico em condições de descrever o fenômeno discurso de ódio, convergindo com o Direito da Antidiscriminação” (POTIGUAR, 2015, p.19).

Vale adicionar, que o Direito da Antidiscriminação é um campo de conhecimento e entendimentos jurídicos, relacionado às normas, instituições, conceitos e princípios que se referem ao direito da igualdade como proibição da discriminação, bem como estão inclusos os dispositivos normativos nacionais e internacionais (RIOS; LEIVAS; SCHÄFER, s.d., p. 5).

A Convenção contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, em seu capítulo I, determina variadas definições, podemos citar como exemplo a discriminação indireta e múltipla e a intolerância. Já em seu capítulo II, afirma o direito à proteção igual contra todo meio de discriminação e intolerância. Em sequência, no capítulo III contém uma lista de obrigações do Estado para punir, prevenir e eliminar a discriminação e a intolerância (BRASIL, 2022).

Nesta perspectiva, caracterizar o discurso do ódio é um dos grandes desafios a ser encarado pelo Estado democrático.

Potiguar, (2015, p.13) ressalta que no Brasil o tema é limítrofe. E que por enquanto a contestação existente sobre a temática é saber se palavras ou expressões consideradas ofensivas, “direcionadas às minorias e grupos historicamente explorados e vitimados, precisaria ser coibida ou admitidas em concordância com o ideal de um Estado Democrático de Direito”. Contudo o discurso do ódio este cada vez mais arraigado nas relações sociais em todos os continentes, e tem se mostrado em questões que envolvem uma gama de fala excludentes e violentas, atingindo homens mulheres, comunidades tradicionais entre outras categorias, apresentando em discursos de simples conversação e pelas redes de internet. “São construções discursivas que se multiplicam nas redes sociais, nos comentários das notícias e até em situações, aparentemente, banais do cotidiano” (ARAÚJO; FREITAS, 2021, p. 2).

Buscando coibir estas práticas, o Brasil tem buscado lidar com questões que estão em referência, ou em relação ao campo de incidência protetiva da liberdade de expressão e do discurso de ódio, criando leis, projetos etc., de modo a garantir o Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição (BRASIL, 1989).

Pode-se citar a proibição explícita do discurso de ódio na lei contra o preconceito, Lei 7.716/89, que em seu artigo 20 veta “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou

preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa” (BRASIL, 1989).

Também tramita no Congresso Nacional o projeto de lei 7582/2014, de autoria Da Sra. Maria do Rosário que tem o fito de alterar as leis penais para punir quem discrimina por meio da produção e disseminação de discurso de ódio ou conteúdo discriminatório, inclusive na internet, ampliando a lei 7.716/89 onde “define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º o e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências”. (OLIVEIRA; REPOLÊS; CASTILHO PRATES, 2017, não paginado).

Vale apenas destacar o que explica o Projeto de Lei 7582 de 2014 em seu Art. 2º, vejamos:

Art. 2º - Toda pessoa, independentemente de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2014).

O projeto também aborda os efeitos do discurso de ódio e propõe regras de sanções para a prática desses crimes, trazendo no artigo 5º:

Art. 5º Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio ou pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, por qualquer meio, inclusive pelos meios de comunicação e pela internet, em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência. Pena – Prisão de um a seis anos e multa. (BRASIL, 2014).

Nesse sentido, é evidente a inconsistência de um discurso que negue a própria visão do outro como portador de direitos. E desta forma, os projetos e as Leis, tem dado aos cidadãos uma função possibilitada de noção universalizante, uma vez que a ideia do portador de direitos tem obrigações que devem ser respeitadas em face do outro, observando o reconhecimento do outro como uma pessoa, sem a necessária estima pelos

seus pensamentos ou atos, mas simplesmente reconhecendo-o como ser humano sujeito de direitos e deveres (RIOS; LEIVAS; SCHÄFER, 2017).

Diante desse entendimento a noção basilar do discurso do ódio tem em seu cerne a ideia do outro ser irregular, não abrindo lugar para o debate público, uma vez que o que se deseja, não é discutir ideias, mas ofender grupos ou pessoas determinadas (SARMENTO, 2006).

Nesse contexto, Norberto Bobbio (2004), aborda que, para discutir a questão, é preciso entender que a tolerância tem uma estrutura bipartida, ou seja, de um lado há a tolerância de crenças e opiniões, do outro existe a tolerância social. A primeira diria respeito à "busca da verdade e derivaria da certeza do indivíduo de possuí-la; a segunda, por sua vez, estaria relacionada ao tema do preconceito e da discriminação, ou seja, ao interesse pela manutenção de um conjunto de opiniões que são acolhidas" (LOPES, s/d, p.29) "de modo acríptico e passivo pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade cujos ditames são aceitos sem discussão" (BOBBIO, 2004, p. 204), todavia, a convicção de possuir a verdade pode ser falsa, assumindo então uma forma de um preconceito.

O historiador e sociólogo norte-americano, Richard Sennett, diz que o discurso que nega ao outro no reconhecimento dele como igual leva ao desrespeito e a impossibilidade da existência de um respeito mútuo, averiguemos:

A falta de respeito, embora seja menos agressiva que o insulto direto, pode assumir uma forma igualmente ofensiva. Nenhum insulto é feito ao outro, mas ele tampouco recebe reconhecimento; ele não é visto – como um ser humano pleno, cuja presença tem importância. Quando uma sociedade trata a grande maioria das pessoas desta forma, julgando apenas alguns poucos dignos de reconhecimento, é criada uma escassez de respeito, como se não houvesse o bastante desta preciosa substância para todos. Como muitas formas de escassez, esta é produzida pelo homem; ao contrário da comida, o respeito nada custa. Por que, então, haveria uma crise de oferta (SENNETT, 2004, p.18).

Nessa perspectiva, a compreensão do discurso do ódio como um simples exercício da liberdade de expressão, não poder ser motivo nem dá direito do indivíduo, livremente ofender e julgar o outro, pois, não tem como conceber isto, como simples manifestações do pensamento, ou "como pertencentes a uma produção em que as melhores ideias prevalecerão e a verdade surgirá" (SENNETT, 2004, p.18).

Segundo Potiguar (2015, p. 49), o discurso do ódio é um ato discursivo do desrespeito, da ofensa em si mesma, que gera a humilhação e degradação de um grupo

determinado de pessoas, independentemente da intenção de quem o fez, identificando-se, a partir do caso concreto, por meio da utilização de expressões agressivas conforme o contexto, a prática social e a tradição nela inserida.

Na colocação do autor, não é só uma forma mais específica como a ideia da interpretação, da compreensão, que podem ajudar na distinção da liberdade de expressão e do discurso do ódio, mas sim, o ato interpretativo deve ser entendido como a atribuição de sentidos conectada de maneira indissociável à tradição e historicidade que o intérprete carrega, pois, o ser humano é inseparável da sua história e da sua tradição (POTIGUAR, 2015).

GADAMER, 1997, p. 366, relata que:

Cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico.

Diante desse pensamento se observa que hoje, entretanto, a liberdade e a igualdade são reinterpretadas³ como direitos que sugerem, apregoam e permite uma

³ Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão.

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

gama de princípios, composta por indivíduos que se reconhecem como seres livres e iguais, e com isto, a igualdade não deve ser explicada como homogênea ou coagida, “pois ela implica no reconhecimento de que todos possuem a igual liberdade de ser” (PIOVESAN; SOUZA, 2008, p. 59).

A doutrina resguarda os direitos de liberdade, no consenso que a exclusão do outro por meio de ataques facilitados por métodos discursivos, retira a legitimidade do Estado democrático, que é o acordo procedimental e a aceitabilidade de pretensões de validade da própria liberdade e da comunicação (BRASIL, 1988).

Na prática jurídica, com base nas diretrizes do direito internacional e na reflexão crítica, à luz da construção de um conceito normativo, Schäfer; Leivas e Santos (2015, p.149), explana que:

O discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.

A partir dessas situações a jurisprudência brasileira vem interpretando e aplicando a legislação nacional buscando combater o discurso de ódio, com sanções criminais que exige do legislador maior rigor, precisão e cautela (BRASIL, 2014).

Pode-se citar como exemplo, a denúncia ao pastor e parlamentar Marco Feliciano, realizado pelo Ministério Público Federal alegando declarações que, além de incitar o ódio intergrupual, mostram preconceito e discriminação, quando o mesmo se direcionou para a comunidade LGBT. (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015).

O ordenamento jurídico, repudiou a fala do parlamentar, e reconheceu a ocorrência de discurso de ódio, marcada pelo voto da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 DISTRITO FEDERAL (ADI 4815 / DF) do Ministro Luís

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1970).

Roberto Barroso como *hate speech* (que pode apresentar-se disfarçado por argumentos de proteção moral e social) (BRASIL, 2014).

Neste sentido, o ministro caracterizou as falas do parlamentar Marco Feliciano, como caráter discriminatório e de intolerância ao diferente, induzindo ódio a um determinado grupo. O que segundo Schäfer; Leivas e Santos (2015, p.151), “a mensagem, mesmo que substituídos os critérios de proibição, continua a indicar uma situação caótica, motivada por ideologias racistas, sexistas, antissemitas ou homofóbicas”. Contudo, como mencionado anteriormente, o projeto de Lei nº 7.582 de 2014, que contém uma possibilidade de combater os danos causados pelo discurso de ódio, está há bastante tempo em tramitação na busca de aprovação e sanção. O que faz com que o Judiciário, tenha que resolver as questões de casos concretos observando divergências e amplitudes.

Pode ainda citar o caso Ellwanger⁴ e o homotransfobia⁵ onde estas petições foram enquadradas como crime de raciais. Embora fossem crimes de ódio, tal seja: crimes

⁴ Caso Ellwanger (HC 42.424) .

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA.

I. O habeas corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito dos judeus – se os mesmos seriam uma raça, ou não – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação feita no decisum.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada.

⁵ **Caso homotransfobia** (ADO 26) O colegiado, por maioria, fixou a seguinte tese: Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de

praticados por pessoas que odeiam mulheres, homo afetivos, adeptos das mais variadas religiões, pertencentes de outras regiões ou etnias etc. (BRASIL, 2003).

Nesse entendimento, verifica-se a grande dificuldade de categorizar certos discursos como discursos de ódio, passíveis de punição segundo a legislação de regime democrático, especialmente aqueles cujas constituintes abrigam a liberdade de expressão como um valor fundamental.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

As diferenças de opiniões na sociedade têm diversos entendimentos, neste sentido, explana Farias (2001, p.43):

A difusão de pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade tem tido, e tem, várias denominações na doutrina, na jurisprudência e na legislação: liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação, dentre muitas outras.

Isto tem mostrado que há imprecisões e insegurança jurídica sobre este tema, que por sua vez, é bastante polêmico. Contudo, para adentrar sobre este assunto, se sustentará no conceito de Farias (2001), que garante que a liberdade de expressão e comunicação, representa uma soma dos direitos e garantias pertinentes à transmissão das ideias e das notícias, vejamos:

A opção pelos termos liberdade de expressão e comunicação justifica-se, em primeiro lugar, pelo fato de os termos liberdade de expressão (gênero) substituir os conceitos liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de manifestação da opinião, liberdade de manifestação da consciência (espécies). Pode-se, pois, empregar a frase liberdade de expressão para abranger as expressões de pensamento, de opinião, de consciência, de idéia, de crença ou de juízo de valor (FARIAS, 2001, p.44).

racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n. 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, 'in fine').

Nessa visão, diversas são as versões para garantir e conferir à liberdade de expressão e comunicação ao prestígio que lhe é conferida. Pois grande parte dos cultivadores do Direito e de outras ciências humanas a consideram "estrelas mais reluzentes da constelação dos direitos fundamentais" amparados na constituição do Estado Democrático de Direito (FERREIRA, 1997, p. 147).

Contudo, nos fundamentos racionais, o que se tem observado é uma tendência doutrinária de repelir qualquer concepção de um princípio único e original da liberdade de expressão e comunicação, seja baseada na proteção da personalidade humana, seja relacionado como amparo da coletividade. (FERREIRA, 1997).

Entendendo que ao limitar a circulação de ideias e negar a liberdade de expressão, está se retirando um direito das pessoas e este direito é tirado das pessoas pelos regimes totalitários. Oliveira; Repolês e Castilho Prates (2017) aponta que, a troca de ideias a partir do diálogo amplia a sociedade levando-a a mudanças. Ademais, a liberdade de expressão ocasiona uma limitação no abuso de poder.

Tem-se um marco dessa discussão, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em abril de 1948, na cidade de Bogotá, que estabeleceu em seu art. 4º: "Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio". E ainda proclama no seu art. 19 que: "Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios de expressão, independentemente de fronteiras" (BRASIL, 1992).

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas e aberto para assinatura, ratificação e adesão em dezembro de 1966, prevê em seu art. 19 que:

1. Ninguém poderá ser molestado pelas suas opiniões.
2. Toda e qualquer pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de toda espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma escrita ou oral, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio a sua escolha.
3. O exercício das liberdades previstas no parágrafo 2 do presente artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Pode, em

consequência, ser submetido a certas restrições, as quais, todavia, devem ser expressamente previstas em lei e serem necessárias para:

- a) garantir o respeito dos direitos ou da reputação de outros;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. (BRASIL, PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS 1966).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992, no seu art. 13 “Liberdade de Pensamento e de Expressão” o seguinte:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua

incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (BRASIL, 1992).

Entretanto a Conferência Geral realizada na cidade de Paris, em 1979, "propugnou uma nova ordem mundial da informação e da comunicação, mais justa e equilibrada" com uma soma de direitos e deveres fundamentados nos seguintes princípios:

a) o direito a saber, isto é, a ser informado e a procurar livremente qualquer informação que deseja obter, principalmente quando se refere à vida, ao trabalho e às decisões que é preciso adotar tanto individualmente quanto como membro da comunidade.

A negativa de comunicar uma informação ou a divulgação de uma informação falsa ou deformada constituem uma infração desse direito;

b) o direito do indivíduo de transmitir aos outros a verdade, tal como a concebe, sobre as suas condições de vida, as suas aspirações, as suas necessidades e as suas queixas. Infringe-se esse direito quando se reduz o indivíduo ao silêncio mediante intimidação ou sanção, ou quando se nega a ele o acesso a um meio de comunicação;

c) o direito a discutir: a comunicação deve ser um processo aberto de resposta, reflexão e debate. Esse direito garante a livre aceitação das ações coletivas e permite ao indivíduo influir nas decisões que tomam os responsáveis. (LOPES, 1997.p. 188-189)

Neste bojo de convenções e conferencia o Brasil tem sustentado ações voltadas para garantir estes direitos. Cita-se, como exemplo, a abertura ao direito internacional dos direitos humanos às normativas antidiscriminatórias e antissubordinativas nas Leis:

Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), resultado dos compromissos assumidos pelo Brasil na *Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência*.

Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), por seu caráter igualitário, de não criminalização do "outro", do **estrangeiro**, o nome marca uma distinção em relação ao antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), em que se desconfiava desse *estranho entre nós*, o qual não era acolhido, mas tolerado, exigindo vigilância constante (LOPES, S/D).

Acrescentam-se ainda, os projetos de Lei que tem tramitado no congresso buscando soluções para expressões errôneas na busca de tipificar crimes que ferem a liberdade de expressão ou comunicação. E pode se apontar o apresentado em maio de 2014, onde a deputada federal Maria do Rosário expôs, na Câmara dos Deputados, um projeto que pretende tipificar os "crimes de ódio e intolerância", além de "criar mecanismos para coibi-los", tendo, como fundamento constitucional, o inciso III, do artigo 1º, da Constituição brasileira, que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana e o *caput* do artigo 5º, concernente à cláusula geral do princípio da igualdade e liberdade (BRASIL, 1988).

Segundo Oliveira; Repolês; Castilho Prates, (2017, p.7) esse projeto ao contrário de outras iniciativas, apresenta-se com uma estrutura normativa mais abrangente, pois dispõe contra discriminações violentas, "tanto físicas quanto mentais simbólicas, seja de origem social, ou 'contra pessoas em situação de rua ou em deslocamento interno ou como refugiados, além de referir-se a elementos de orientação sexual e expressão de gênero", entre outras definições conceituais.

Entre esses conceitos, ainda se tem a internet, que no Brasil encontra-se em 4º lugar no ranking de usuários por país, com cerca de 140 milhões de usuários aproximadamente 70% da população. (INTERNET LIVE STATS, 2017, online), e que se tornou uma ferramenta primordial para o funcionamento da comunicação para as mais diversas camadas sociais, caracterizada pela difusão, "do armazenamento e do processamento de dados com grande precisão e agilidade." (TEFFÉ; MORAES, 2017, p.110).

Deste modo, a Internet, por ter impacto direto nos interesses produtivos empresariais e coletivos, passa a demandar diversos temas, como por exemplo, a proteção de dados pessoais e comunicações privadas, levando a um longo debate legislativo que culminou na aprovação no dia 23 de abril de 2014, "do acidentado, embora vitorioso, percurso do Marco Civil da Internet (MCI)",⁶ tornando-se a Lei nº 12.965.

6 Em outubro de 2009, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, iniciou e fomentou estudos visando à elaboração do projeto de lei do Marco Civil da Internet, o qual deveria ser pautado pela colaboração e participação social, por meio de debates tanto no ambiente físico quanto virtual. Primeiro momento, foi produzido um texto com meta a estabelecer uma pauta e problematizar as principais questões envolvendo o uso da rede. O objetivo central era elaborar uma norma que, amparada pelo respeito aos direitos humanos e de acordo com a dinamicidade da Internet, trouxesse uma maior harmonia às decisões judiciais. Depois, foi elaborada uma minuta do anteprojeto de lei sobre o tema com, o debate foi aberto com vários setores da sociedade. Segundo dados coletados, a discussão sobre o Marco Civil da Internet, realizada entre novembro de 2009 e junho de 2010. Na segunda fase, a minuta foi submetida à apreciação de outros órgãos governamentais e encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, iniciando o seu trâmite na Câmara dos Deputados, quando se transformou no Projeto de Lei n. 2.126/2011. Após inúmeros debates promovidos, no ano de 2012, a redação sofreu algumas alterações pontuais, por meio de seu relator – o

De acordo com Teffé e Moraes (2017), o art. 3º do Marco Civil da Internet prevê que a internet brasileira se encontra alicerçada no tripé axiológico garantido por três princípios, o da Neutralidade, da Privacidade e da Liberdade de expressão. Estes princípios estão ligados entre si, pois enquanto a neutralidade da rede fortalece a liberdade de expressão, a privacidade representa seu limite, vejamos:

O princípio da neutralidade da rede, em particular, determina que a rede deve tratar da mesma forma tudo aquilo que transportar, sem fazer discriminações quanto à natureza do conteúdo ou à identidade do usuário, buscando-se, assim, “garantir uma experiência integral da rede a seus usuários” (WU, 2012, p. 244).

À privacidade, seu aspecto mais destacado atualmente é o controle da circulação das informações pessoais. Nesse sentido, afirmou-se que a configuração atual da privacidade teria ultrapassado o eixo pessoa-informação-segredo para se estruturar naquele da pessoa-informação-circulação-controle (TEFFÉ; MORAES, 2017, p.112).

A disposição estabelecida no art.; 3º do MCI dialoga harmoniosamente com Resolução do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br/RES/2009/003/P) que estabeleceu dez princípios para a governança e uso da Internet no país, vejamos:

1. Liberdade, privacidade e direitos humanos;
2. Governança democrática e colaborativa;
3. Universalidade;
4. Diversidade;
5. Inovação;
6. Neutralidade da rede;

deputado Alessandro Molon (PT-RJ), ofereceu um texto substitutivo. Em setembro de 2013, em razão de um pedido do Poder Executivo, o projeto de lei, que se encontrava até então pendente de análise na Câmara dos deputados, entrou em regime de urgência Constitucional, na forma do art. 64, § 1º, da CF/88. Em março de 2014, o projeto de lei foi enviado para o Senado, sendo aprovado e transformado na lei ordinária nº 12.965/14 no mês de abril, época em que ocorreu no país o evento internacional NET Mundial. Posteriormente, a presidente sancionou a lei, que entrou em vigor em 23 de junho de 2014 e foi regulamentada pelo Decreto nº 8.771/2016.

7. Inimputabilidade da rede;
8. Funcionalidade, segurança e estabilidade;
9. Padronização e interoperabilidade;
- 10 Ambiente legal e regulatório.

(RODRIGUES REZENDE; RODRIGUES DE LIMA, 2016, não paginado)

Souza, (2015, p. 377-408) relata que diversos intérpretes sustentam que o legislador do MCI teria posto a liberdade de expressão em caráter preferencial frente aos demais direitos, devido na redação da lei⁷, notadamente às menções feitas ao direito à liberdade de expressão.

Como se observa estes princípios está inserido na liberdade de expressão, sendo aqui considerada como liberdade de externar ideias, juízos de valor e as mais variadas manifestações do pensamento. E ao extenso caminho do Marco Civil, tendo por fim assegurar que, também na internet, a pessoa humana tem direito de livremente desenvolver sua personalidade e liberdade (ARAÚJO; FREITAS, 2017).

Corroborando, o doutrinador, Isaiah Berlin (1981) a caracteriza em duas vertentes, a liberdade negativa, que se opõe a toda interferência e liberdade positiva, que se identifica com a liberdade de expressão, focando a liberdade como participação política. Valendo acrescentar, que está categorização (liberdade negativa e liberdade positiva) em nada difere da maioria dos doutrinadores.

Entretanto, essas características estão compreendidas pela concepção liberal de liberdade, enquanto que para o Estado Social, (cuja legalidade se ancora no compromisso de afeiçoarem-se as assimetrias sociais), não satisfaz apenas a garantia do poder de autonomia limitado por lei, obtido pelo consentimento geral, é necessário de que a flexibilidade da liberdade seja assegurada de acordo com os interesses coletivos (JÚNIOR, 2010).

⁷ No art. 2º, o único fundamento da disciplina do uso da Internet no Brasil no caput é a liberdade de expressão. Art. 3º, o primeiro princípio que disciplina o uso da Internet no Brasil é a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento. No art. 8º, a lei faz referência e pondera entre a liberdade de expressão e a privacidade. No art. 19, a regra da responsabilidade do provedor construída de forma a assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura na Internet. No §2º do art. 19, a aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal (SOUZA, 2015, p. 377-408).

A doutrina requerida por Pedro Lenza (2011), afirma que expressão do pensamento é garantida pela Constituição e qualquer violação desta acarreta o direito de resposta e indenização. Ele enfatiza que na liberdade da manifestação de pensamento:

A Constituição assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Caso durante a manifestação do pensamento se cause dano material, moral ou à imagem, assegura-se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização. (LENZA, 2011, p. 881).

Já o Doutrinador Carvalho (1999, p. 20) define as origens da liberdade de expressão e comunicação da seguinte forma:

Tanto a liberdade de expressão como o direito de informação originou - se no preceito liberal da liberdade de palavra. Evidentemente que a liberdade de palavra engloba a liberdade de pensamento, porque de nada adiantaria pensamento sem liberdade de sua emissão. Na medida em que a sociedade se expandia e que uma casta dela tinha acesso às escolas e universidades, a palavra escrita assumiu proeminência em relação à palavra falada porque podia ser copiada, multiplicada, atingindo uma esfera maior de pessoas.

O doutrinador ainda acrescenta tanto à "liberdade de expressão quanto a de informação encontram limites constitucionais". O que difere é que, o primeiro tem mais espaço para criatividade e opinião, o último deve obedecer a verdade objetiva. E de certa forma, nenhuma delas é completamente imune ao controle, assim como nenhum direito é absoluto (DE CARVALHO, 1999, p. 49).

Favorecendo este entendimento, os Doutrinadores Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2002) definem a característica da liberdade como o que confere a uma pessoa dignidade humana. Ou seja, os doutrinadores procuram definir para que questão o ser precise de liberdade, que em suas palavras:

É a característica da liberdade, da possibilidade de escolha que dá ao homem sua dignidade, entendida como especificidade: A dignidade da pessoa encontra-se centralizada na sua liberdade, que a independentiza e diferencia em relação aos demais comportamentos. (BITTAR; ALMEIDA, 2002, p. 460) define tal característica.

É interessante observar que o direito deve cuidar da proteção da liberdade de expressão e da proteção dos cidadãos contra transgressões de seus direitos, causadas muitas vezes por essa mesma liberdade. Corrobora-se com Potiguar (2015, p. 17), quando esse doutrinador afirma, não por outro motivo que se diz que a “liberdade de expressão constitui selo distintivo das atuais sociedades democráticas, um patrimônio cultural da sociedade cosmopolita, um dos grandes baluartes da liberdade”.

Nesse sentido, a sociedade democrática está enfrentando um grande dilema para certificar o mais vasto fluxo de ideias e pensamentos sem consentir que certo grupo seja diretamente abrangido por discursos discriminatórios e preconceituosos, eventos estes que ficou “difundido mundo afora com a nomenclatura de *“hate speech”*, traduzido para o português como discurso do ódio” (FARIAS 2004, 18).

Autores como Silva, et al., (2011); Sarmiento, (2006); Rebouças, (2006) revelam que experiências mostram que a percepção em relação à diferenciação entre discurso de ódio passível de proibição e discurso protegido pela liberdade de expressão não é uniforme uma vez que as democracias ora convergem, ora se distanciam, no entendimento sobre o tema.

Para explicitar melhor o entendimento desses doutrinadores, exemplificam-se o Habeas Corpus n. 82.424, do Rio Grande do Sul, que tinha por eixo central o conceito de racismo. O cerne da questão era saber se ao se pronunciar (escrever o livro) a pessoa havia praticado um discurso contra os judeus. Desta feita, a Suprema Corte elegeu para tal, dois julgamentos (BRASIL, 2004).

O primeiro buscou saber o conceito de racismo, abordando se o termo era entendido como princípio da discriminação contra os judeus, questionando uma questão essencial, se a discriminação nos livros se situa no domínio da liberdade intelectual de expressão do autor e do direito de publicação de obras ideologicamente comprometidas, ainda que falsas, ou incitação ao ódio racial não podem ter um manto constitucional, e é uma prática criminosa típica (JUNIOR, 2010).

O segundo julgamento diz respeito aos votos do relator, Carlos Ayres Brito e Marco Aurélio Mello, que se reporta à liberdade de expressão e de pensamento sobre outros valores constitucionais. Foi pontuado no julgamento o descumprimento do Preceito Fundamental, no qual está fundada na norma da Lei de Imprensa, foi considerado pelo Supremo em maioria de votos que deve ser anulado, por contrariar a Constituição de 1988 (JUNIOR, 2010).

Nesta situação, dois ministros que enfatizaram maior liberdade de expressão no caso de racismo, mesmo considerando a presunção de incitação contra judeus, pela

supremacia da liberdade de expressão, estão levando ao Supremo Tribunal Federal a anulação da lei de imprensa (JÚNIOR, 2010).

Potiguar (2015) explana outra questão bastante polemica refere aos frutos do Partido Social Cristão que realizou uma manifestação reconhecidamente religiosa a favor da “Liberdade de Expressão, Liberdade Religiosa e Família Tradicional” na Esplanada dos Ministérios.

Lopes (2013, p. 27) explana a respeito desta manifestação, vejamos:

O evento, que atraiu um público de setenta mil pessoas, contou com a participação tanto de cantores gospel quanto de música popular. Na manifestação discursaram o pastor Silas Malafaia e diversos representantes do PSC. Malafaia utilizou a ocasião para mais uma vez hostilizar os militantes da causa igualitária, afirmando em seu discurso que “o ativismo gay é o fundamentalismo do lixo moral”. Ao tomar o palco, Feliciano foi ovacionado e postulou: “Essa manifestação é uma resposta aos governantes e a todas as pessoas que chamam de progresso aquilo que não é, que é retrocesso. A família é a base de toda a sociedade. A minha permanência na Comissão de Direitos Humanos é a favor da família.

Diante dessa citação, é fato que o pastor Feliciano não pode ser impedido de colocar suas ideias, pois ali ele está expondo a sua liberdade de expressando. Na visão do pastor “eles lutam pela liberdade sexual deles, só que antes da liberdade sexual deles, que é secundária, tem que ser permitida a minha liberdade intelectual, a minha liberdade de expressão” (DO UOL, 2013, não paginado).

Contudo a querela ultrapassa a questão dos direitos civis e penetra no campo da liberdade de expressão, e nesse contexto é preciso discuti-la, delimitá-la e avaliar se ela abriga, ou não, o discurso do ódio (ASSAF, 2021).

4. LIMITES ENTRE DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

De acordo Oliva (2014, p. 25) aonde há uma democracia constitucional, o “Estado e seus cidadãos precisam ser racionais e razoáveis, aceitando o fato de que existe um pluralismo de concepção do que é bem/mal”, no nível individual de cada um, distinguindo no outro um ser livre e igual. Dessa feita, não se pode deixar as decisões basilares de vivência dos indivíduos à disposição das concepções e preferências valorativas da maioria, isto porque, numa democracia constitucional há de se reconhecer o princípio da dignidade humana.

A partir dos dispositivos expostos neste trabalho, tais como tratados e convenções possuem expressiva importância, não só pela proteção dos direitos fundamentais, mais que isto, é sua importância para a superação da agudeza do dever de abstenção do Estado perante o direito de liberdade do cidadão se expressar e comunicar.

O Estado de Direito sobrepõe-se aos diferentes poderes de fato e os princípios constitucionais com base na razão pública, em busca de um sistema justo de colaboração entre cidadãos e grupos sociais. Razão para que a comunidade constitucional seja inclusiva, garantindo direitos subjetivos de igual liberdade suprimindo o discurso exclusivista seja ele de qualquer ordem, substituindo-o pelo discurso jurídico-constitucional, por ser inclusivo e apoiado na dignidade da pessoa humana (CUNHA, 2008).

Nessa perspectiva é importante frisar o que explana Freitas e Castro (2013, p.349) a respeito da Liberdade de expressão, vejamos:

No Brasil, a Liberdade de Expressão é constitucionalmente prevista com direito fundamental (art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988). Sua tutela consiste na consagração da plena autonomia para o seu exercício, vedando apenas o anonimato como forma de evitar a verbalização do discurso sem a devida responsabilidade. Entretanto, é importante ressaltar que essa liberdade, como as demais, não são de fruição ilimitada. Ela está referida no sistema constitucional pelo princípio da legalidade. Assim, consoante do artigo 5º, II da CF/88, a possibilidade de escolha estará sempre limitada pela integralidade do ordenamento jurídico; a) em normas constitucionais, quando terá que conviver com outros valores também prestigiados pela constituição, como a dignidade humana, direitos de personalidade, etc.; b) pelas normas infraconstitucionais que tipificam condutas ilícitas, determinadas pelo código penal e outros dispositivos, como a Lei n. 7.716/89, que aponta os crimes de preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião, etc.

Deste modo, a liberdade de expressão, não tem prerrogativas absolutas. A Constituição garante, ao lado da liberdade de expressão, vários outros direitos, que devem ser exercidos em harmonia, garantindo aos cidadãos a mais ampla liberdade possível. Quando tais direitos entram em conflito, é necessário limitar sua existência de maneira razoável e ponderada para preservar o uso de ambos (FREITAS; CASTRO, 2013).

Entretanto quanto ao discurso do ódio, há sanções promulgadas infraconstitucionais observadas em (Lei n. 7.716/89), que tipificam, no artigo 20, conduta criminosa, discriminação humilhante ou repulsiva com base em raça, cor da pele, origem étnica ou religião (COSTA, 2022).

Nesta relação o limite dado no texto da lei infraconstitucional à Liberdade de Expressão, de acordo ao artigo 5º, II da CF/88, no estabelecimento do princípio da legalidade, apesar de aparentarem certa estabilidade, verifica-se que ainda há controvérsias, em especial nas decisões do Supremo Tribunal Federal, como está já evidenciado nos casos citados acima.

A partir desses parâmetros, observa-se que a medida desse limite é uma possibilidade política, estritamente relacionada à cultura e à história de um determinado grupo social. No entanto, o direito à liberdade de expressão é completo desde que não prejudique as garantias dos demais de exercer o mesmo direito, pois “a Liberdade de Expressão, tutelada pelo Estado Social tenderá a sofrer restrições importantes ao seu poder de autodeterminação, repudiando o discurso do ódio” (FREITAS; CASTRO 2013, p.327).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta que se iniciou neste trabalho teve por finalidade identificar os limites da liberdade de expressão em resultado do discurso de ódio, estabelecido por revelações discriminatórias e intolerantes, disseminadas por certo grupo da sociedade, na violação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Deste modo, a influência de precedentes judiciais impõe restrição à liberdade de expressão no amparo legal expresso pela Constituição Federal.

Durante o estudo do capítulo do desenvolvimento se percebeu que um dos limites do discurso do ódio está no compromisso da Carta Magna em seu art. 3º, do inciso IV, que vem garantir o estabelecimento de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, proporcionando aos cidadãos maior acesso à informação e participação popular, contudo, também tem oferecido espaço para a prática de condutas lesivas, fazendo-se necessária a interferência estatal no fornecimento de instrumentos normativos para restringir estas, buscando assegurar em casos concretos que a prática do racismo constitui crime, sujeito à pena, nos termos de lei específicas a ambas.

Vale afirmar que os casos judiciais apontados neste trabalho que foram objetos do discurso de ódio, foram observados em total conflito com outros direitos fundamentais e sua repercussão, envolveram os limites à liberdade de expressão, percebendo-se que a proibição ou a punição dessas manifestações ainda não se encontra universalmente deliberada.

Portanto, os conceitos a partir da bibliografia pesquisados, e expostos nesta pesquisa mostraram muitos conteúdos afins, que mostram que o direito de escolha é

afetado pelo limite da liberdade, onde um indivíduo ou um segmento social exerce plenamente seu direito à autodeterminação.

Entretanto a liberdade é por definição limitada, quando trata da atividade legislativa, na indicação das condutas ilícitas em vista as necessidades sociais, em especial o discurso do ódio como manifestação ofensiva, dirigida em especialmente aos grupos de menor proporção da sociedade, tendo como objetivo de agenciar a sua segregação e minimizar sua informação no exercício da cidadania, residindo aí, os limites em casos futuros ou similares a partir de uma previsão legal específica.

Ao examinar a legislação, doutrina e jurisprudência existente no Brasil, a respeito da liberdade de expressão e o discurso do ódio, conclui-se que, a norma sofre limitações ao seu poder de autodeterminação, como forma de atender às demandas dos segmentos subalternos, numa perspectiva de inclusão social, ou seja, a validade das normas não versa na sua perfeição, mas na compatibilização do interesse universal, oferecida em situações iguais em quaisquer casos de aplicação, onde sua verificação e validade não levam em conta as características do caso concreto, mas o fato de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Júlio; FREITAS, Marcos Randall Oliveira de. O Projeto de Lei 5595 e o discurso de ódio: a desconstrução da carreira docente no contexto pandêmico. **DELTA: Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada**, v. 37, 2021.

ASSAF, Matheus. **Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas?** Editora Dialética, 2021.

BITTAR, Eduardo CB; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de filosofia do direito 2ª Ed. São Paulo: Atlas**, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Lei nº. 12.965, de 24 de abril de 2014. **Diário da Câmara dos Deputados**, LXVI (225), 68.801. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Recuperado em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> 2011. Acesso em: 09 set. 2022.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815 DISTRITO FEDERAL (**ADI 4815 / DF**), 2014.

_____. **Decreto nº. 592 de 6 DE julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e antissemitismo: habeas corpus** n. 82.424/RS. Brasília, DF, 2004.

_____. OEA pede que Brasil suspenda Belo Monte, e governo se diz 'perplexo'. **Ministério das Relações Exteriores, Brasília**, 06 abr. 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília**: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial União**, 6 jan. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 03 maio, 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3590 /DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 12 ago. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 set. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7582, 20 maio 2014**. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º. e caput do art. 5º. da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br > fichadetramitacao](https://www.camara.leg.br/fichadetramitacao). Acesso em: 18 ago. 2022.

_____. **Decreto nº. 8.771, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8771.htm>. Acesso em 20 set. 2022.

_____. **DECRETO Nº 10.932, DE 10 DE JANEIRO DE 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Brasília, 10 de janeiro de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em 21 set. 2022.

_____. **Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 09 set. 2022.

_____. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.** Institui a lei de migração. BRASIL. STJ. 2ª T. (REsp 1.117.633. DJ: 03.03.10.).

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424/RS.** Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão Ministro Presidente Maurício Corrêa, 2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 18 jun. 2022

_____. Tramitação do projeto de lei 7582/2014. In: Site da **Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 05 jul. 2019.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/616270>. Acesso em 04 fev. 2022

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência,** Lei nº 13.146, 06 de julho de 2015.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público,** v. 4, n. 15, 2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão.** Renovar, 1999.

CIVIL, Marco. **Marco civil da internet:** seus direitos e deveres em discussão. Recuperado em <http://culturadigital.br/marcocivil>. Acesso em: 09 set. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 11/2013. Medida Cautelar nº 367-13.** Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade no "Complexo Penitenciário de Pedrinhas", Brasil. 16 de Dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL Resolução CGI.br/RES/003. Princípios para a Governança e uso da Internet no Brasil (**CGI.br/ RES/2009/003/P**). Recuperado em <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>> 2009. Acesso em: 09 set. 2022.

COSTA, Ana. **Discurso de ódio nas redes sociais: possíveis formas de limitação à liberdade de expressão segundo o ordenamento jurídico brasileiro.** 2022.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos globais e poder judiciário: uma análise empírica sobre o conhecimento e aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no tribunal de justiça do Rio de Janeiro. **Novos Estudos Jurídicos,** v. 13, n. 2, p. 133-176, 2008.

DO UOL. **Leia a transcrição da entrevista de Marco Feliciano à Folha e ao UOL.** Brasília, 2013. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/02/leia-a-transcricao-da-entrevista-de-marco-feliciano-a-folha-e-ao-uol.htm>. Acesso em: 05 de out. 2022.

FARIAS, Edilsom Pereira de et al. **Liberdade de expressão e comunicação.** 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 05 out. 2022

FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Aluizio - **Direito à informação, direito à comunicação:** direitos fundamentais na Constituição brasileira. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, p. 327-355, 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO: **Polarização nas Igrejas Evangélicas leva Expurgo de Pastor até a Fiel Baleado.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/> Acesso em 12 de jun, 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

HUMANOS, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. **Bogotá: OEA**, 1948.

JÚNIOR, Miguel Reale. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 11, n. 2, p. 374-401, 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. rev., atual. e ampl. **São Paulo: Saraiva**, 2011.

LOPES, Ana Paula Veiga. **Liberdade de expressão e discurso do ódio na representação político-partidária brasileira** s/d.

LOPES, Marcos Antônio. **O político na modernidade: moral e virtude nos espelhos de príncipes da idade clássica, 1640-1700.** Edições Loyola, 1997.

LOPES, Syglea Rejane Magalhães. Povos e comunidades tradicionais, direitos humanos e meio ambiente. **Lex Humana (ISSN 2175-0947)**, v. 5, n. 1, p. 160-182, 2013.

OLIVA, Thiago Dias. **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; CASTILHO PRATES, Francisco de. Liberdade de expressão e discursos de ódio: notas a partir do Projeto de Lei 7582/2014 e do diálogo com o direito internacional dos direitos humanos. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal->. Acesso em 28 fev. 2022.

PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no estado democrático de direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. 2015.

REBOUÇAS, Aline Baima. Desenvolvimento institucional e organizacional de entidades comunitárias-**DIDO: educação popular para transformação social**. 2006.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. **Revista direitos fundamentais & democracia**, v. 22, n. 1, p. 126-148, 2017.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. **Direito da antidiscriminação e minorias: a insuficiência do direito consumerista para a proteção antidiscriminatória coletiva**, S/D.

RODRIGUES REZENDE, Laura Vilela; RODRIGUES DE LIMA, Meyrielle. Governança na internet: um estudo sobre o Marco Civil brasileiro. **Palavra Chave**, v. 19, n. 1, p. 133-155, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Anais do Encontro Nacional de Direito e Contemporaneidade**, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Disponível em:

http://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Ingo_W._Sarlet_Dignidade_da_Pessoa_Humana_e_Direitos_Fundamentais.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Livres e iguais**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; DOS SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 207, p. 143-158, 2015.

SCHNEIDER, Fabrício Bregalda. **A teoria da democracia consoante ao pacto internacional dos direitos civis e políticos de 1966**. 2017.

SENNETT, Richard. **Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 05 out. 2022.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista direito GV**, v. 7, p. 445-468, 2011.

STATS, I. L. Internet live stats. **Pobrano z lokalizaciji Internet Live Stats: http://internetlivestats.com (2002 2017)**, 2017. Acesso em: 09 set. 2022.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; MORAES, Maria Celina Bodin. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 108-146, 2017.

WU, Tim. Impérios da comunicação. **Do telefone à Internet, da AT&T ao Google**. Trad. de C. Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

A (IM) POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NO DIVÓRCIO LITIGIOSO OU DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

LETÍCIA LENIZE GOMES SILVA:
Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA⁸

(orientador)

RESUMO: A temática do trabalho possui como questão central o estudo da (im)possibilidade da guarda compartilhada dos animais de estimação no divórcio litigioso ou dissolução da união estável. Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral em demonstrar que a aplicação do instituto da guarda compartilhada na extinção da sociedade conjugal é o método mais eficaz para o bem estar e proteção dos animais de estimação. A metodologia empregada foi através da pesquisa jurídica, de cunho exploratória, sendo bibliográfica e documental, com análises qualitativas, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da guarda compartilhada de animais de estimação. Dentre os resultados alcançados tem-se que ficou demonstrado que não há consenso nos Tribunais brasileiros, fato este de tamanha relevância que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, estipulou através do enunciado nº 11 que “Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”. Concluiu-se, então, que é necessário que ocorra a atualização do Direito em decorrência da sociedade estar em constante mutação, para que possa ter uma regulamentação quanto a guarda dos animais de estimação.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Animais de Estimação. Divórcio Litigioso. Dissolução da União Estável.

ABSTRACT: The theme of the work has as its central question the study of the (im)possibility of shared custody of pets in litigious divorce or dissolution of stable union. This study was guided from a general objective to demonstrate that the application of the joint custody institute in the extinction of the conjugal society is the most effective method for the well-being and protection of pets. The methodology used was through legal research, of an exploratory nature, being bibliographical and documentary, with qualitative analysis, considering that doctrinal and jurisprudential understandings about the shared custody of pets were observed. Among the results achieved, it has been demonstrated that

⁸ Mestre. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

there is no consensus in the Brazilian Courts, a fact of such importance that the Brazilian Institute of Family Law - IBDFAM, stipulated through the statement nº 11 that "In the action aimed at dissolving the marriage or the stable union, the judge can discipline the shared custody of the couple's pet". It was concluded, then, that it is necessary to update the Law as a result of society being in constant mutation, so that it can have a regulation regarding the custody of pets.

Keywords: Shared Guard. Pets. Litigious divorce. Dissolution of the Stable Union.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo da (im) possibilidade da guarda compartilhada dos animais de estimação no divórcio litigioso ou dissolução da união estável.

Assim, tem-se por tema desta pesquisa a análise acerca da possibilidade ou impossibilidade dos animais de estimação serem objeto de guarda compartilhada, observando-se que o Código Civil de 2002 confere ao animal a categoria de bens móveis, como coisas ou semoventes, sendo direito de propriedade, o que remonta à antiguidade, isto porque já não se harmoniza com a atual realidade social, em que se reconhece a senciência do animal não humano e o dota de direitos para proteger sua dignidade.

Inegável que, assim como os seres humanos, os animais possuem expressões e sentimentos como saudade, tristeza, amor, raiva e dor. Os seres não humanos são seres sencientes, capazes de interpretar ao seu redor o ocorrido, fazendo com que possam perceber tudo aquilo a sua volta, seja um gesto de carinho ou agressão. Portanto os animais de estimação podem receber um tratamento jurídico específico quando ocorrer a extinção da sociedade conjugal. Surgindo, assim, a seguinte problemática: A aplicação do instituto da guarda compartilhada na extinção da sociedade conjugal é o método mais eficaz para o bem estar e proteção dos animais de estimação?

Essa pesquisa justifica-se, pois, visa realizar uma análise construtiva no que tange à guarda compartilhada de animais de estimação, bem como os benefícios trazidos pelo bom senso dos tutores responsáveis pela guarda, com o intuito de garantir formas eficazes de manter o afeto e a empatia dentro desse laço familiar entre pessoas e animais mesmo depois do rompimento do laço conjugal. Diante disso, será retratado o status jurídico dos animais de estimação, e como eles devem de fato serem tratados diante de uma eventual separação do casal, isto porque é a interação dos seres humanos com os animais que se constrói um afeto e dão origem à formação da família "multiespécies" que não se origina somente por laços sanguíneos, sempre com observações pontuais apoiadas na doutrina e jurisprudências pertinentes.

Este estudo norteou-se a partir do objetivo geral que consiste em demonstrar que a aplicação do instituto da guarda compartilhada na extinção da sociedade conjugal é o método mais eficaz para o bem estar e proteção dos animais de estimação.

O caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, dentre os quais, traçar o contexto histórico e jurídico da valorização dos animais de estimação com enfoque nas correntes filosóficas do antropocentrismo e do biocentrismo, estudar os institutos da guarda compartilhada, do casamento e da união estável e suas consequências e, por fim, estudar a (im)possibilidade da guarda compartilhada de animais de estimação a luz do princípio da dignidade animal.

A metodologia empregada foi realizada através da pesquisa jurídica, de cunho exploratório, sendo bibliográfica e documental, com análises qualitativas, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da (im)possibilidade da guarda compartilhada dos animais de estimação no divórcio litigioso ou dissolução da união estável, cujo método de abordagem teórica foi o dedutivo.

Além disso, ressaltar a possibilidade da guarda compartilhada de forma sucinta e amigável, para assim atender melhor a necessidade do animal, bem como ao direito de convivência com os tutores que possuem o direito de manter o animal junto a si, despertando também aos ex-cônjuges os deveres e obrigações relacionados ao bem estar do animal mesmo depois da separação.

O estudo deste tema é de suma importância para o meio jurídico brasileiro e social, pois é notório o aumento de lides relativas ao tema em comento, bem como alguns projetos ainda previstos em lei que tramitam, visando resguardar aos tutores da guarda a convivência com o animal.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E JURÍDICO DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NAS CORRENTES FILOSÓFICAS DO ANTROPOCENTRISMO E DO BIOCENRISMO

No decorrer dos anos, os animais de estimação, conquistaram maior espaço na sociedade, justamente pelo fato de compartilharem vínculos afetivos com os seres humanos. Nesse sentido, este capítulo se destina a abordagem da evolução histórica e jurídica dos animais de estimação sob o viés das correntes filosóficas do antropocentrismo e do biocentrismo.

A relação entre animais de estimação e humanos, consiste pelo fato de os seres humanos terem desenvolvido com animais não humanos uma relação próxima, isto ocorre porque "os animais de estimação dão e recebem afeto, atuando como intérpretes perfeitos

que, contribuem para manter a motivação quando as pessoas estão sozinhas ou atravessando períodos de difícil transição.” (MARCHETTO; KALLAS, 2021, p. 31)

Logo, os animais ocupam papel fundamental na vida dos seres humanos, desde os tempos remotos até os dias atuais. E sempre estiveram lado a lado com os humanos, mas tratados como meros objetos que desempenham papel na cultura humana, oferecendo proteção, vestimenta, força de trabalho, comida, entre outras utilidades. No direito romano prevalecia o entendimento de que os animais eram meramente coisa, sendo, portanto, objeto de direito. Nessa linha é que surge a corrente filosófica do antropocentrismo. (KASER, 1999)

A passagem para o antropocentrismo provocou uma transformação radical filosófica, política e econômica no mundo moderno. Em decorrência disso, permitiu-se a concepção do Estado contemporâneo atrelado aos paradigmas científicos. (RECH; AUGUSTIN, 2015)

Por consequência disso, salvo as linhas teocêntricas, adotadas por muitos países (orientais), o Direito Ambiental é formado por uma visão antropocêntrica, ou seja, o homem está no centro do poder, sendo que todo o restante do universo, gira em torno dele. (AMADO, 2014)

O antropocentrismo é o “pensamento ou organização que faz do homem o centro de determinado universo, ou do Universo todo, e ao seu redor gravitam os demais seres, em papel meramente subalterno e condicionado.” (MILARÉ; COIMBRA, 2004, p. 10-11)

Por esta corrente filosófica entende-se que o homem se coloca em um grau de superioridade, assim distanciando dos demais seres, ou seja, apenas o homem é sujeito moral, sendo somente ele sujeito de direito. (KÄSSMAYER, 2008)

A ideologia antropocêntrica contempla ainda a segunda fase da evolução história do direito ambiental brasileiro, em que a legislação ambiental deixou de ser pautada na preocupação econômica, para prevalecer sobre a preponderância da saúde e da qualidade de vida humana. (RODRIGUES, 2018)

Além disso, outra corrente filosófica que busca explicar a relação do homem e dos animais não humanos é o biocentrismo, reconhece o valor intrínseco da natureza e dos seres vivos. Diferentemente do antropocentrismo, no biocentrismo não existe superioridade entre homens e animais, sendo todos igualmente importantes. (OLIVEIRA, 2008)

A delimitação de um biocentrismo, reconhece a igualdade das criaturas existentes na natureza, inclusive dos vegetais, a discussão ganha maior indagação com os representantes do mundo verde dotados de inteligência, em outras palavras, os animais. (RECH; AUGUSTIN, 2015)

Por essa linha de raciocínio, a vida é considerada um fenômeno único, possuindo a natureza um valor intrínseco, e não instrumental, que provoca uma consideração dos seres vivos não integrantes da raça humana, com isso, nasce do biocentrismo, a defesa dos direitos dos animais, movimento que vai em desencontro a utilização dos animais como instrumento do homem, sua propriedade, colocando-os como sujeitos de direitos. (AMADO, 2014)

No ordenamento brasileiro, o conceito de animal encontra-se previsto no Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), conferindo-se aos animais, a categoria de bens moveis, coisas ou semoventes, sendo direito de propriedade:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. (BRASIL, 2002, não paginado)

Nota-se uma visão antropocêntrica pelo Código Civil de 2002, descrição essa notada na previsão do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1988, não paginado).

A partir da leitura do *caput* do artigo 225 do texto constitucional, percebe-se que o legislador mantém ainda a norma antropocêntrica, pois institui o homem como o titular de direito ao criar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio.

Este posicionamento é afirmado por Dutra, a saber:

Não há um interesse do legislador em proteger o meio ambiente em razão do próprio meio ambiente, mas sim em função do que esse meio ambiente pode oferecer às presentes e futuras gerações da humanidade. O meio ambiente é tido como meio e não como fim a ser protegido. (DUTRA, 2005, p. 951-952).

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, elevou a proteção jurídica dos animais ao status constitucional, sendo um

verdadeiro marco quanto ao reconhecimento do valor intrínseco dos animais e, conseqüentemente, da sua dignidade:

§ 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, não paginado).

O legislador trouxe uma visão biocêntrica ao referido texto, transformando em preceito fundamental a vedação de maus tratos aos animais não humanos, contemplando a dignidade animal, ainda que haja conservação do antropocentrismo no *caput* do artigo 225. (BRASIL, 2016, não paginado)

O conceito de meio ambiente, previsto na Lei 6.938/1981, em seu artigo 3º, extirpa a noção antropocêntrica, deslocando proteção ambiental a todas as formas de vida, passando a concepção a ser biocêntrica, a partir da proteção do entorno globalmente considerado, ratificando com isso, a intenção do legislador em colocar a proteção da vida no plano primário das normas ambientais. (RODRIGUES, 2018)

Denota-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental humano em consonância ao princípio da dignidade da pessoa humana e o legislador no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 reconheceu a vida do animal não humano, não sendo apenas uma proteção do ser humano, superando o pensamento antropocêntrico. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017)

A primeira Constituição brasileira a tratar, sobre o direito ao meio ambiente, foi a Constituição de 1937, dispondo sobre as medidas de polícia de proteção as plantas e aos rebanhos contra moléstias os agentes nocivos. Assim, a tutela jurisdicional ao meio ambiente, é obra do segundo movimento do acesso à justiça e dos direitos fundamentais de terceira dimensão. (NUNES JÚNIOR, 2019)

Diante do exposto, pode-se dizer que a Constituição de 1988, foi a responsável pela consagração da proteção ambiental como direito fundamental. Esse tratamento constitucional é reflexo de um aprimoramento ao longo dos tempos de uma consciência ecológica da comunidade. (BATTAGLIN, 2021)

Além do mais, é interessante observar que o meio ambiente brasileiro, engloba o homem, a natureza, e todos seus elementos (que estão relacionados), de forma que

qualquer espécie de agressão ao meio ambiente, apartando-o de uma visão de cunho antropocêntrico, é violação ao direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado e sadio. (DI LORENZO; NOLI; SILVA, 2018)

A sentiência é um dos requisitos fundamentais para que seja reconhecido o direito intrínseco dos animais não humanos, uma vez que sem a sentiência não seria possível elevar o direito dos animais. (SIRVINKAS, 2019)

Os seres sencientes “são todos os organismos vivos que, além de apresentarem reações orgânicas ou físico-químicas aos processos que afetam o seu corpo (sensibilidade), percebem estas reações como estados mentais positivos ou negativos (consciência)”. (SIRVINKAS, 2019, p. 155)

Desta forma, seres sencientes são capazes de interpretar ao seu redor o ocorrido, fazendo com que possam perceber tudo aquilo a sua volta, seja um gesto de carinho ou agressão. Com isso, estando aptos a serem sujeitos de direito, sendo critério suficiente que abraça os interesses dos animais não humanos, uma vez que, os “humanos não são os únicos a possuir substratos neurológicos que geram a consciência”. (SIRVINKAS, 2019, p. 156)

Assim como os homens, os animais são titulares de direitos já que os animais têm sentimentos de dor e sofrimento. Por isso, devem ser conferidos aos animais direitos fundamentais equiparados aos direitos do homem. (AMARAL, 2017)

No que se refere aos animais de estimação, “a sociedade moderna os trouxe, como um membro da família. Os bichos de estimação têm ganhado seu espaço dentro de casa e agora possuem um papel diferenciado na vida de seus donos”. (MARCHETTO; KALLAS, 2021, p. 31).

Embora os animais não possam ser considerados sujeitos de direitos (classificados como objetos no ordenamento atual), é incontestável que do mesmo modo que os seres humanos, os animais possuem expressões e sentimentos como saudade, tristeza, amor, entre outros, de acordo com o disposto pelas correntes filosóficas do antropocentrismo e biocentrismo.

A inclusão dos animais de estimação como membros pertencentes a família, tem provocado debate entre a doutrina e jurisprudência, conforme será explanado nos capítulos subsequentes desse estudo.

3 ASPECTOS JURÍDICOS E CONCEITUAIS DA GUARDA COMPARTILHADA, DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

O enfoque do estudo consiste na investigação do caso concreto, mediante a extinção de uma sociedade conjugal, e a existência de uma família composta por humanos e animais de estimação. Como consequência disso, é premissa basilar analisar o instituto do casamento, da união estável e da guarda compartilhada.

A partir da Constituição Federal de 1988, a ideologia de família patriarcal, foi desconstruída, a diversidade familiar, com várias formas de famílias, ganhou proteção normativa. Nessa perspectiva, tem-se que o casamento passou do caráter institucional para o afetivo, cuja preocupação é o afeto e a felicidade das pessoas. (MADALENO, 2020)

Por sua vez, o Código Civil de 2002 inseriu em seu artigo 1.511, as disposições as quais se referem ao casamento e a comunhão plena de vida:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

(BRASIL, 2002, não paginado)

A gratuidade do casamento está assegurada no artigo 1.512 deste Código, essa estrutura acolhe ainda as diretrizes constitucionais impostas no artigo 226, § 1º, da Constituição de 1988.

Os demais artigos do Código Civil sobre o Direito de Família, tratam da capacidade do casamento, impedimentos, causas suspensivas, processo de habilitação, o rito de celebração, as espécies de nulidades e da dissolução, entretanto, não há qualquer definição legal para casamento. (BRASIL, 2002)

A definição jurídica de casamento, suscita controvérsias doutrinárias, dividida entre argumentos por autores, uma corrente defende a natureza contratual, que requer o consentimento dos noivos. De lado oposto, outra linha doutrinária, considera o matrimônio como institucional, pois imperam no casamento normas de ordem pública que impõem deveres e direitos entre os nubentes. (MADALENO, 2020)

A dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, segue o descrito no artigo 1.571 do Código Civil de 2002:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

(BRASIL, 2002, não paginado)

Então, tem-se que o divórcio e a separação, extinguem a sociedade e o vínculo conjugal, podem ser requeridos por um ou ambos os cônjuges. Se houver cônjuge incapaz, um curador deve ser nomeado.

Paralelo ao casamento, se reconhece a união estável, conforme vigência no Código Civil de 2002:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

(BRASIL, 2002, não paginado)

Durante muito tempo, o legislador brasileiro, viu o casamento como única forma de constituição de família, negando efeitos jurídicos a união estável, traduzindo essa posição do Código Civil anterior. Historicamente, as uniões livres eram constituídas de uniões sem casamento, por muito tempo, coube a doutrina tecer posicionamentos a favor da alteração legislativa. (VENOSA, 2020)

A terminologia união estável contempla, na legislação mais recente, a união entre companheiros. Assim como no casamento, o conceito de união estável é variável, mas não deve ser confundida como a convivência passageira, e para produzir efeitos se necessita o preenchimento dos requisitos impostos na lei. (VENOSA, 2020)

Durante muito tempo, as uniões entre duas ou mais pessoas não casadas, foi intitulada como concubinato, a união estável é reconhecida somente com a promulgação da Constituição de 1988 que qualifica a união estável como entidade familiar, mediante convivência pública, contínua, duradoura e com a finalidade de constituir família. (FERNANDES, 2015)

De modo a equiparar os direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, fazendo comparação com o artigo 1.566 do Código Civil de 2002 que se destina aos cônjuges, o legislador instituiu, o artigo 1.724, para os companheiros:

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

(BRASIL, 2002, não paginado)

O Supremo Tribunal Federal reconhece em sede de Recurso Extraordinário nº 878694, a igualdade entre cônjuges e companheiros no ordenamento brasileiro, sobressai a seguinte jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. **2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável.** Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: **“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”**. STF-RE 878694/MG, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 10/05/2017, Data de Publicação: 06/02/2018). (Grifou-se)

Diante do entendimento da doutrina e jurisprudência, é inconstitucional o tratamento desigual entre os cônjuges e companheiros, assim, extinguindo-se completamente a situação discriminatória (com o termo concubinato) que perdurou por tanto tempo na sociedade brasileira. Conforme a sociedade evolui, a estrutura familiar vai se modificando, com isso, advém novos conceitos, dentre esses está a família multiespécie, que não se trata apenas de uma formação composta por seres humanos, mas sim de todo

o conjunto familiar, incluindo os animais, que vivem em completa harmonia com os humanos, frente ao respeito à todos os membros e a busca pela melhor qualidade de vida. (KAPPKE, KIST, 2021)

A família composta por animais como membros, tem gerado um novo conceito ao Direito de Família, consistente nas multiespécies:

Inicialmente, é possível definir uma família multiespécie como todo arranjo familiar em que os animais de estimação ocupem o status de integrantes, ou seja, que figurem como indivíduos e sejam tomados como membro da família, não apenas como companhia (tampouco como propriedade). Embora a definição seja relativamente simples, os autores que se dedicaram ao estudo desse fenômeno utilizam indicadores bastante distintos para indicá-lo. A ideia de um sistema familiar emocional, composto não por laços de sangue, e sim, de afeto. Nesse sistema estariam inclusos membros da família estendida, pessoas sem grau de parentesco e animais de estimação. Outros autores, que não se preocuparam diretamente com essa definição, oferecem perspectivas importantes. A convivência dentro de casa e o direcionamento de tempo e recursos financeiros para os animais são ressaltadas como fundamentais para existência de uma família multiespécie a partir da reunião de, pelo menos, um conjunto das seguintes características: reconhecimento familiar, consideração moral, convivência íntima, apego, e inclusão em rituais. (LIMA, 2016, p. 314-315).

A cargo da família multiespécie, formada por humanos e animais, aflora a possibilidade de aplicabilidade da guarda compartilhada, que em regra, se aplica nas relações familiares entre humanos (pais e filhos), conforme a deliberação do Código Civil de 2002.

Na circunstância legal atual, a guarda compartilhada é definida como:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 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.

(BRASIL, 2008, não paginado)

Por ventura, tanto os cônjuges como os companheiros, possuem como deveres, o sustento, a guarda e a educação dos filhos menores, por força do ostentado no artigo 1.566 do Código Civil de 2002. Assim, mesmo com o rompimento conjugal ou a dissolução da união estável, o pátrio poder em relação aos filhos não poderá ser desfeito. (BRASIL, 2002)

Na língua portuguesa, a guarda indica vigilância, cuidado, preservação, retenção, responsabilidade pelo depósito de uma coisa. No âmbito do Direito de Família, há associação entre guarda e custódia física, assegurando aos pais o direito de terem em sua companhia os filhos. (CRUZ, 2021)

O direito brasileiro incorporou a guarda compartilhada no Código Civil somente em 2008, devido a aprovação da Lei nº 11.698/2008, embora que não existisse impedimento na legislação anterior para aplicabilidade desse instituto. (CRUZ, 2021)

De acordo com Patrícia Pimentel Ramos, a definição de guarda compartilhada está sujeita a um conceito jurídico e físico:

A guarda compartilhada já existia no direito brasileiro antes da lei de 2008, mas sua previsão legal tem por objetivo privilegiar o direito constitucional à convivência familiar. A noção de guarda compartilhada, surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente nas causas afetivas e emocionais. (RAMOS, 2016, p. 73)

Em 2014, é editada a Lei nº 13.058 que confirma a inserção da guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, incluindo no Código Civil de 2002, a preferência pelo compartilhamento da guarda (artigo 1.584). Logo, ratificando o direito constitucional à convivência familiar dos filhos com ambos os genitores. (BRASIL, 2014)

Feitos esses apontamentos jurídicos e conceituais da constituição da entidade familiar através do casamento ou união estável, e após breve analogia da guarda compartilhada imposta no Código Civil de 2002, com à aplicável aos animais. No próximo capítulo se discute o problema da pesquisa.

4 ANÁLISE DA (IM) POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE ANIMAL

Não restam dúvidas quanto à vigência da guarda compartilhada no ordenamento brasileiro, porém, a objeção normativa se encontra na aplicabilidade da guarda compartilhada aos animais de estimação, e sobre quem ficaria com a guarda do animal nesses casos.

Na ocasião em que se trata da guarda compartilhada de animais de estimação, mediante o divórcio ou a dissolução da união estável, deve-se analisar a qualificação jurídica do animal como coisa pelo Código Civil, fazendo comparação com a proteção constitucional contra a crueldade animal, ao considerar a dignidade animal que esses seres possuem. (SANTOS, 2021)

É certo que, assim como as crianças e adolescentes, os animais sofrem com o rompimento conjugal ou a dissolução da união estável, isso reflete pela mudança de ambiente (casa), ou na falta de um dos ex-parceiros no ambiente familiar. Apesar disso, nem sempre a parte que tem mais condições financeiras ficará com a guarda do animal, pois os laços de afetividade devem ser ponderados, de acordo com os pilares do princípio da dignidade animal, esculpido no texto constitucional, dando incumbência ao Poder Público quanto à vedação as práticas abusivas aos animais. O direito de visitas (convivência) também impera nessa relação. (NOGUCHI, 2021)

Em sentido contrário, corrobora Elizabeth do Carmo Soares que ter o animal de estimação como objeto de disputa judicial, não é algo mais aceitável:

Visto que os mesmos não são mais considerados como tal, uma vez que em famílias multiespécie. A cada dia será mais natural que o nosso ordenamento jurídico brasileiro vai se deparar com este tipo de disputa de guarda dos animais de estimação em meio de um divórcio, pois o casal entende que esta é a melhor forma de decidir com quem o animal de estimação melhor vai ficar, pois entre eles não conseguem chegar a um consenso. É possível constatar que, tratar os animais de estimação como um mero objeto já não é mais aceito na sociedade atualmente, devido a interação que os animais têm com o novo conceito de família, que foi construído com o tempo e como os animais são tratados nestes, pois por muitas vezes são tratados como "filho de quatro patas" e não mais como meros animais de estimação como era antigamente, como ainda os animais já são reconhecidos como sendo seres sencientes, ou seja, eles sentem dor, fome, dentre outros sentimentos. (SOARES, 2020, p.16 *apud* KAPPKE; KIST, 2021, p. 10)

Para autora, quando o casal toma a decisão de se separar, não sabem como reagir com relação ao animal, e por isso, optam por recorrer ao Poder Judiciário, mesmo não

aceitando a figura do animal coisificado pelo ordenamento jurídico, visam dar um tratamento digno ao animal, um ser senciente, tão amado por ambos, e não como objeto. Em função disso, aplica-se analogicamente o princípio do melhor interesse do menor ao animal de estimação.

Embora o Código Civil de 2002, “não trate em sua Parte Geral ou no Direito da Família, a guarda para animais, é aceitável por analogia, diante da semelhança da situação.” (ALMEIDA, 2020, p. 28 *apud* SOUZA, 2021, p. 14)

Partindo dessa premissa, a solução para os conflitos que envolvem a guarda compartilhada do animal é a convivência, conforme Rebeca Jesus e Tagore Silva:

Para os casais que se divorciam e litigam pela guarda do animal segue a mesma lógica disciplina pela guarda compartilhada dos filhos menores. Os animais que se encontram inseridos nas famílias multiespécie possuem um lugar especial dentro destas, sendo sua relação com os humanos fundamentada na afetividade, carinho, cuidado e solidariedade. (JESUS; SILVA, 2021, não paginado)

Os autores apontam que a lei é clara, ao dispor que em caso de omissão legislação, o juiz deve decidir a lide, utilizando-se de analogia, segundo o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diante da falta de norma regulamentadora para guarda compartilhada de animais, deve-se prezar por situações analógicas, valorizando o direito de convivência do animal com ambos ex-cônjuges ou ex-companheiros, em respeito aos princípios da dignidade e do melhor interesse para o animal.

Concomitante, a instituição da guarda compartilhada aos animais, ocorre o reconhecimento da senciência animal, e a necessidade de repensar o *status* jurídico dos animais, com as devidas adaptações ao Direito de Família, em função da ausência de norma específica e a necessidade de proteção ao bem-estar e a dignidade animal. (MOREIRA, 2021)

Em vista disso, a tendência é reconhecer os animais como seres sencientes e integrantes do grupo familiar, ao fim do vínculo conjugal ou da união estável, a justiça tem reconhecido a continuidade da convivência (em sua forma compartilhada) e o pagamento de alimentos (VIEIRA; SILVA, 2020 *apud* SILVA; MAFFEI, 2021). Vale acrescentar que tramitam na Comissão de Constituição e Justiça, o Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018, de autoria da Senadora Rose Freitas do Partido Podemos/ES que tem como objetivo estabelecer o compartilhamento da custódia de animal de estimação de propriedade em comum, quando não houver acordo na dissolução do casamento ou da união estável. Alterando o Código de Processo Civil, para determinar a aplicação das normas das ações

de família aos processos contenciosos de custódia de animais de estimação. O projeto aguarda designação de Relator. (BRASIL, 2018)

Diante da problemática em questão quanto à guarda de convivência dos animais de estimação, dentro dos Tribunais brasileiros tem sido amplamente debatida em decorrência de não ter uma regulamentação específica. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar o Agravo de Instrumento nº 22074432320198260000 entendeu pela aplicação da guarda compartilhada, *in verbis*.

GUARDA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DECISÃO QUE REVOGOU A COMPARTILHADA LIMINARMENTE DEFERIDA. RECURSO PROVIDO. Guarda de animais de estimação. Insurgência contra decisão que revogou a guarda compartilhada dos cães, com alternância das visitas. Efeito suspensivo deferido. Afastada a preliminar de não conhecimento suscitada pelo agravado. Possibilidade de regulamentação da guarda de animais de estimação, seres sencientes, conforme jurisprudência desta C. Câmara e deste E. Tribunal. Probabilidade do direito da agravante, em vista da prova da estreita proximidade com os cães, adquiridos durante o relacionamento das partes. Fatos controvertidos que demandam dilação probatória, justificada, por ora, a divisão da guarda dos cães para que ambos os litigantes desfrutem da companhia dos animais. Risco de dano à recorrente em aguardar o julgamento final da demanda. Requisitos do art. 300 do CPC configurados. Decisão reformada. Recurso provido. (TJ-SP - AI: 22074432320198260000 SP 2207443-23.2019.8.26.0000, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 05/11/2019, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/01/2020).

Adotando posição diversa, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu pela não aplicação do instituto da guarda compartilhada ao julgar o Agravo de Instrumento nº 20160020474570 0050135-88.2016.8.07.0000, dispõe o seguinte entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA-COMPARTILHADA. INSTITUTO DO DIREITO DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DISCÓRDIA ACERCA DA POSSE DOS BICHOS. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A tutela de urgência está disciplinada nos artigos 300 e seguintes do Código de Processo Civil, cujos pilares são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao

resultado útil do processo. 2. Inexiste plausibilidade jurídica no pedido de aplicação do instituto de família, mais especificamente a guarda compartilhada, aos animais de estimação, quando os consortes não têm consenso a quem caberá a posse dos bichos. Tratando-se de semoventes, são tratados como coisas pelo Código Civil e como tal devem ser compartilhados, caso reste configurado que foram adquiridos com esforço comum e no curso do casamento ou da entidade familiar (artigo 1.725, CC). 3. In casu, ausente o prévio reconhecimento da união estável, deve-se aguardar a devida instrução e formação do conjunto probatório, para se decidir sobre os bens a partilhar. Ademais, é vedado ao magistrado proferir decisão de natureza diversa da pedida, em observância ao princípio da adstrição ou congruência, nos termos do artigo 492 do Código de Processo Civil. 4. AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJ-DF 20160020474570 0050135-88.2016.8.07.0000, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 04/05/2017, 8ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 12/05/2017. Pág.: 491/501).

A partir das jurisprudências citadas acima, nota-se que não há um consenso nos Tribunais brasileiros, fatos este de tamanha relevância que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, estipulou através do enunciado nº 11 que “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”. (IBDFAM, 2015)

Quanto aos Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça garante o direito de visitação ao animal de estimação (o número dos autos não foi divulgado em razão do segredo judicial). Nesse caso prático, o casal adquiriu uma cadela yorkshire em 2002, no pedido de dissolução da união estável, as partes declaram que não tinham bens a partilhar, para tanto, a decisão se sustentava apenas na guarda do animal. O ex-companheiro apontou que desde a separação o animal ficou em definitivo com a mulher, que lhe impediu de visitar a cachorra. No julgamento, a Quarta Turma, fixou em favor do homem, visitas em períodos como fins de semana, feriados e datas comemorativas. (BRASIL, 2018)

Conseqüentemente, dessarte que o ordenamento brasileiro necessita de atualização do Direito de Família, em decorrência da sociedade estar em constante mutação, para que possa ter uma regulamentação quanto a guarda compartilhada dos animais de estimação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral em demonstrar que a aplicação do instituto da guarda compartilhada na extinção da sociedade conjugal é o método mais eficaz para o bem estar e proteção dos animais de estimação. Nesta sendo conclusiva, o caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa, guiou-se a partir dos objetivos específicos que delinearão o trajeto cognitivo de aferição das informações jurídicas através da pesquisa bibliográfica e documental, com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, dentre os quais, expor, inicialmente, uma abordagem sobre o contexto histórico e jurídico da valorização dos animais de estimação com enfoque nas correntes filosóficas do antropocentrismo e do biocentrismo.

Ao abordar tais condições jurídicas, notou-se que os animais ocupam um papel fundamental na vida dos seres humanos, desde os tempos remotos até os dias atuais, embora não possam ser considerados sujeitos de direitos. No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil afere os animais domésticos status de bens móveis como coisas ou semoventes, sendo direito de propriedade. Já na Constituição Federal, esses animais ganharam a proteção jurídica com status constitucional, que por conseguinte aflora o valor intrínseco e a própria dignidade.

Outro ponto abordado que norteou a presente pesquisa, fora a pesquisa jurisprudencial de algumas ações que trataram do tema. Enquanto o TJSP entendeu plenamente possível a regulação de visitas diante da estreita proximidade entre os envolvidos, o TJDF entendeu que por se tratar de semoventes, configurado que os animais foram adquiridos com esforço comum no curso da entidade familiar, é possível decidir sobre a guarda.

Assim, com o desfecho desta pesquisa, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda está ultrapassado frente a este novo arranjo familiar. É inegável a importância que esses animais domésticos assumem na estrutura familiar, marcado principalmente pelo afeto, tanto que, são objetos de demanda judicial quando o assunto a dissolução conjugal.

Embora alguns tribunais brasileiros adotem uma postura moderna sobre o tema, e proferindo julgados humanizados, outros ainda continuam com o viés conservador proferindo julgados estritamente legal.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. Direito ambiental esquematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BATTAGLIN, Bettina Augusta Amorim Bulzico. Direito ambiental. Curitiba: Editora Intersaberes, 2021.

BRASIL. (Código Civil de 2002). **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília/DF, Presidente da República. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 set. 2022.

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. Brasília/DF, Presidente da República. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. (Lei da Guarda Compartilhada). **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. Brasília/DF, Presidente da República. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm#art2. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878694/MG**, Recte.(S) : Maria De Fatima Ventura, Recdo.(A/S) : Rubens Coimbra Pereira E Outro(A/S), Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 10/05/2017. Data de Publicação: 06/02/2018. Não paginado. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379763/false>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Agravo de Instrumento nº 20160020474570 0050135-88.2016.8.07.0000**. Relator: Luís Gustavo B. de Oliveira, Data de Julgamento: 04/05/2017, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 12/05/2017. Pág.: 491/501. Disponível em: <https://tj- df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457779090/20160020474570-0050135-8820168070000>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2207443-23.2019.8.26.0000 SP 2207443-23.2019.8.26.0000**. Agravante: C. S. C.; Agravado: R. E. R.

P., Relator: J. B. Paula Lima, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 05/11/2019, Data de Publicação: 29/01/2020. Não paginado. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894456431/agravo-de-instrumento-ai-22074432320198260000-sp-2207443-2320198260000>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018**. Ementa:Dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável**. Notícias, 19/06/2018. Não paginado. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-19_20-21_STJ-garante-direito-de-excompanheiro-visitar-animal-de-estimacao-apos-dissolucao-da-uniao-estavel.aspx. Acesso em: 22 set. 2022.

CRUZ, Elisa Costa. **Guarda parental – releitura a partir do cuidado**. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

DI LORENZO, Wambert Gomes; NOLI, Patricia; SILVA, Cristiane Velasque. **Colóquio internacional: lei natural e direito ambiental**. 1. ed. Caxias do Sul, RS: Educ, 2018.

DUTRA, Valeria de Souza Arruda. **Animais, sujeitos de direito ou sujeitos de uma vida?** Publicado em 2005. p. 951-952. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/valeria_de_souza_arruda_dutra-2.pdf. Acesso em: 08 set. 2022.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: direito de família**. Caxias do Sul, RS: Educ, 2015.

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Enunciados do IBDFAM**. Data de publicação: 28/10/2015, não paginado. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 06 set. 2022.

JESUS, Rebeca Sousa; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Família multiespécie: guarda compartilhada do animal de estimação na ruptura do vínculo conjuga**. Data de publicação: 20/01/2021, não paginado. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1627/Fam%C3%ADlia+multiesp%C3%A9cie:+guarda+compartilhada+do+animal+de+estima%C3%A7%C3%A3o+na+ruptura+do+v%C3%ADnculo+conjugal>. Acesso em: 18 set. 2022.

KAPPKE, Bruna Luritta; KIST, Sâmia Caroline Souza. A guarda dos animais de estimação em analogia ao direito de família. **Revista de Direito Faculdade Dom Alberto**, 2021, v. 12, n. 01, p. 26-43.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmeler. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KÄSSMAYER, Karin. **Apontamentos sobre a Ética Ambiental como Fundamento do Direito Ambiental**. EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito. Curitiba, v. 1, n. 4, jul./dez. 2008, não paginado. Disponível em:
http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade_revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.

LIMA, Maria Helena Costa Carvalho de Araújo. **Animais de estimação e civilidade: a sensibilidade de empatia interespecie nas relações com cães e gatos**. – 2016. Tese de Doutorado, Recife – PB. Disponível em:
<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/29552/1/TESE%20Maria%20Helena%20Costa%20Carvalho%20de%20Ara%3%BAjo%20Lima.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARCHETTO, Patrícia Borba; KALLAS, Matheus Rodrigues. Conceitos modernos de afeto: guarda compartilhada de animais de estimação. **Interfaces Científicas** – Aracaju. V. 9, N. 2, p. 26-40, 2021 – Fluxo Contínuo. Disponível em:
<https://periodicos.set.edu.br/humanas/article/view/9747/4476>. Acesso em: 07 set. 2022.

MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **Antropocentrismo X ecocentrismo na ciência jurídica**. Revista de direito ambiental. São Paulo, v. 9, n. 36, out./dez. 2004.

MOREIRA, Natália Pereira. **A tutela dos animais de estimação nos casos de divórcio e dissolução da união estável em face da regulamentação brasileira**. Data de publicação: 28/05/2021, não paginado. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/artigos/1707/A+tutela+dos+animais+de+estima%C3%A7%C3%A3o+nos+casos+de+div%C3%B3rcio+e+dissolu%C3%A7%C3%A3o+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+em+face+da+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+brasileira>. Acesso em: 20 set. 2022.

NOGUCHI, Mariana Marcelly Carvalho. **Guarda compartilhada de animais de estimação a luz do princípio constitucional da dignidade animal**. Centro Universitário de Curitiba. Curitiba/PR, 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Estado Constitucional Ecológico: em defesa do Direito dos Animais (não-humanos)**. Revista Âmbito Jurídico. Rio Grande, v. XI, n. 58, p. 1-9, out. 2008, não paginado. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/pdfsGerados/artigos/3174.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RECH, Jeferson Marin; AUGUSTIN, Sérgio. **Direito ambiental e sociedade**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Evson Bernardo Silva Ramos. Guarda compartilhada de animais domésticos no divórcio e na dissolução de união estável. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 21 jun. 2021, 03:23, não paginado. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56829/guarda-compartilhada-de-animais-domsticos-no-divrcio-e-na-dissoluo-de-unio-estvel>. Acesso em: 22 set 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Elidsandra Oliveira da Silva; MAFFEI, Eduardo. A guarda compartilhada de animais domésticos no Brasil. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 8, e30710817298, 2021.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. -17 ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA, Luana Valéria Costa. **Guarda compartilhada de animais de estimação: breve contexto histórico e jurídico da valorização dos animais de estimação**. Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC. Gama-DF, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CYBER CRIMES IN BRAZIL

RAFAELA DE ARAÚJO PATRÍCIO:
Graduanda em Direito, Centro
Universitário de Santa Fé do Sul – SP,
UNIFUNEC

LETICIA LOURENÇO SANGALETO TERRON⁹

(orientadora)

RESUMO: Atualmente a internet propicia facilidades no dia a dia do cidadão, a um clique disponibilizando notícias em tempo real, bem como a possibilidade de resolução de temáticas diárias, ao mesmo tempo em que a internet proporciona tantos pontos positivos com ela está ligado também os crimes cibernéticos. O objetivo deste artigo é apontar as formas de crimes cibernéticos no Brasil, bem com suas penalidades no judiciário brasileiro, analisando sua eficácia, bem como seus reflexos na sociedade brasileira. A presente pesquisa fundamentou-se na coleta de dados de artigos, periódicos bem como a legislação brasileira aplicável, doutrinas e jurisprudências, afim de embasar a pesquisa.

Palavras-chave: Crimes Cibernéticos. Crimes cibernéticos no Brasil. Lei Carolina Dieckman.

ABSTRACT: Currently, the internet provides facilities in the daily life of the citizen, at one click, providing news in real time, as well as the possibility of solving daily issues, at the same time that the internet provides so many positive points with it, it is also linked to cybers crimes . The purpose of this article is to point out the forms of cybers crimes in Brazil, as well as their penalties in the Brazilian judiciary, analyzing their effectiveness, as well as their reflexes in Brazilian society. The present research was based on the collection of data from articles, periodicals as well as the applicable Brazilian legislation, doctrines and jurisprudence, in order to support the research.

Keywords: Cybers Crimes. Cybers crimes in Brazil. Carolina Dieckman Law.

INTRODUÇÃO

⁹ Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC

Atualmente o mercado encontra-se globalizado, no qual gera oportunidades de empreendimentos e consumo, porém é necessário cuidados por parte do consumidor, no que diz respeito a transações comerciais.

A tecnologia da informação por meio da internet, smartphones, tablets e notebooks possibilita a realização de transações comerciais, acompanhamento de notícias em tempo real.

O mundo globalizado têm proporcionado cada vez mais comodidade, ao mesmo tempo que deixando suscetível a ações criminosas por meio deste canal, possibilitando aos criminosos cometer delitos variados.

O cibercrime é um conjunto de delitos perpetrados utilizando-se de redes informáticas, utilizando-se de computadores, facilitando atividades ilícitas.

A criminologia " é a ciência que estuda os crimes e os criminosos, e, portanto, a criminalidade". Dentro desse contexto, a doutrina condiz que a criminologia refere-se aos atos infracionais cibernéticos perpetrados atualmente.

É possível, em delitos cometidos via internet, por meio de identificação do IP da máquina na qual foi utilizado identificar o responsável seja proprietário ou usuário do equipamento.

Por volta dos anos 80, houve um aumento no índice de crimes, tais como manipulações de caixas bancários, pirataria de programas e também pornografia infantil.

Atualmente, o grande desafio do Direito é conceder ao usuário a devida segurança e proteção no que diz respeito as atividades desenvolvidas por meio da internet, possibilitando a redução dos prejuízos material e psicológicos proporcionados pelos crimes cibernéticos a suas vítimas.

Dentro deste contexto, o objetivo é apontar a utilização do Direito Penal Brasileiro, relacionando as legislações bem como suas atualizações referentes aos crimes cibernéticos como também as políticas para seu combate. Para tanto, é necessário compreender quanto aos objetivos específicos: caracterizar e conceituar o cibercrime; os principais crimes cibernéticos cometidos no Brasil; constatar as leis atuais que amparam a proteção e o tratamento de dados dos usuários; analisar os desafios no combate aos crimes cibernéticos.

Nesta pesquisa será utilizado o método de revisão de literatura com análise qualitativa. Os dados serão colhidos pelo método de levantamento bibliográfico, organizando-os conforme o método dedutivo.

Utilizadas como base de dados foram o Google Scholar, Scielo, artigos, livros e doutrinas com língua portuguesa.

A Revisão de Literatura consiste em elaborar uma pesquisa obedecendo as normas de formatação exigidas.

Para Cardoso et al (2010, p. 7) "cada investigador analisa minuciosamente os trabalhos dos investigadores que o precederam e, só então, compreendido o testemunho que lhe foi confiado, parte para a sua própria aventura"

É necessário que o pesquisador possua prazer no tema escolhido, facilitando a pesquisa, sem que cause sofrimento, considerando suas limitações de conhecimento, atentando-se ao tema dentro de sua área de conhecimento.

O levantamento de dados com revisão bibliográfica é a localização e obtenção de documentos afim de analisar a disponibilidade do material que será fundamentado a pesquisa, realizado por meios dos canais supracitados.

A pesquisa destina-se ao emprego da internet para fins de crimes cibernéticos no Brasil entre os anos de 2020 a 2022, bem como o efetivo papel do Direito Penal brasileiro afim de combater tais delitos.

No Capítulo 3.1 será abordado o conceito de crimes virtuais, Já no Capítulo 3.2 será apontado a tipificação dos crimes cibernéticos, bem como são perpetrados no Brasil. No Capítulo 3.3 será apontado o índice de crimes cibernéticos no país, no período de 2019 a 2022.

O Capítulo 3.4 destaca a aplicação do Direito Penal Brasileiro, sua legislação atual, apontando a necessidade uma melhor efetividade legislativa afim de sanar as ações criminosas, fundamentando nas doutrinas e legisladores.

2 Conceito de Crimes Cibernéticos

Criada em 1969, nos Estados Unidos, chamada de Arpanet, a internet, visando tinha associar laboratórios de pesquisa.

A rede era parte integrante do Departamento de Defesa norte-americano, o mundo passa pelo auge da Guerra Fria. (SILVA, 2001)

A Arpanet era uma comprovação de que permaneceria a comunicação entre militares e cientistas independente de caso de bombardeio. Elementos que funcionavam de maneira independente dos eventuais problemas.

Em meados do ano de 1982, a utilização do Arpatnet tornou-se expressivo no meio acadêmico. (SILVA, 2001)

De início, a utilização era restrita aos EUA, porém expandiu-se para diversos países, tais como: Holanda, Dinamarca e Suécia, sendo então utilizado com o nome de internet. (SILVA, 2001)

Os meios acadêmicos e científicos só possuíam acesso à rede durante quase duas décadas, sendo liberado somente em 1987 seu uso comercial nos EUA.

Em meados de 1992, surgiram várias empresas que proveram o acesso à rede de internet no país. No mesmo período, criado pelo Laboratório Europeus de Física de Partículas (Cern) a World Wide Web, mais conhecida como "w.w.w", passando a ser utilizada afim de possibilitar acesso a informações a qualquer usuário da internet. Partindo daí, então, sua difusão da rede de forma global. (SILVA, 2001)

Atualmente, o índice de usuários de internet chega a 250 milhões em todo o mundo. Constando que até o fim do ano de 2004, a circulação de e-mails em âmbito mundial chegou em torno de 35 bilhões de mensagens diárias, sendo quase 90% de seus usuários localizam-se em países industrializados. (SILVA, 2001)

Estados Unidos e Canadá representam 57% do total, conforme relatório da Organização Internacional do Trabalho. Sendo liberado no Brasil a exploração para fins comerciais liberadas no ano de 1995. (SILVA, 2001)

Universidades como as federais do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro estavam conectadas à rede desde 1989.

A Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo (Fapesp) conectou-se um ano depois. (SILVA, 2001)

Os crimes cibernéticos ou cibercrimes são definidos como todo ato ilícito utilizado por meio de computador ou tecnologia de informação afim de atingir o ato criminoso, sendo estes meios objeto de um crime.

Os cibercrimes associam-se ao fenômeno da criminalidade de informações, violando os direitos e garantias fundamentais. (JÚNIOR, 2019)

De forma ampla, a criminalidade cibernética inclui toda e qualquer atividade ilícita perpetrada por meio de meios de tecnologia da informação ou computadores.

Para Simas (2014, p.12) “quem que o meio informático surge como parte integradora do tipo legal, ainda que o bem jurídico protegido não seja digital”.

Os delitos realizados via internet recebem diversas denominações tais como: crime digital, crime cibernético, cibercrimes, crimes informáticos dentre outros. (JÚNIOR, 2019)

3 CASO CAROLA DIECKMAN

No ano de 2012 a atriz Carolina Dieckmann foi vítima de ataque de hackers, no qual teve fotos íntimas vasadas, trinta e seis fotos pessoais da atriz foram publicadas na internet, redes sociais e compartilhadas via Whatsapp.

A atriz recebeu ameaças de extorsão, no qual o hacker enviou ao seu empresário duas imagens via e-mail, pedindo a quantia de 10 mil reais para que não fossem divulgadas. (G1, 2012)

De início suspeitaram-se de que as fotos pudessem ter sido copiadas quando o computador da atriz foi levado para conserto.

Logo a polícia localizou e identificou os hackers no interior de Minas Gerais e São Paulo, descartando a suspeita de que os funcionários do estabelecimento que havia sido consertado o computador da atriz pudessem ter copiado as imagens. (G1, 2012)

Em uma entrevista realizada pelo G1 a atriz relata que sua maior preocupação era de que o filho com até então 13 anos, possuísse acesso as fotos na sua ausência, para que pudesse explicar os fatos ao filho. Relatou ainda que estava em São Paulo quando recebeu a notícia por meio de seu empresário acerca do vazamento das fotos. Ao saber, a atriz ligou para su residência pedindo que a internet fosse desconectada até que ela pudesse conversar com seu filho mais velho. “Minha preocupação era só falar para desligar a internet, porque não queria que ele tivesse acesso àquilo” relatou a atriz. (G1, 2012)

Em 13 de maio de 2012, exibido em uma reportagem pelo programa Fantástico, dois dos criminosos foram pegos pela polícia. (SOUZA, 2019)

Conforme a matéria exibida:

“Carolina Dieckmann procurou a polícia no último dia 7, uma segunda-feira: 36 fotos pessoais da atriz tinham sido publicadas na internet na sexta anterior. Carolina vinha recebendo ameaças de extorsão desde o fim de março, mas disse que não tinha registrado queixa até então para evitar ainda mais exposição. Na delegacia, ela contou que estava tendo problemas nas suas contas em sites de relacionamentos desde o ano passado. Disse que foi a empregada que atendeu o telefonema de um homem que dizia ter fotos dela. Em seguida, o homem mandou duas imagens para o empresário de Carolina e pediu R\$ 10 mil para não divulgar. A primeira suspeita da atriz foi de que as fotos pudessem ter sido copiadas – há dois meses - quando o equipamento foi levado para conserto. Técnicos e responsáveis pela loja chegaram a ser ouvidos. Os advogados dela tentaram impedir na Justiça que sites continuassem divulgando as fotos” (G1, 2012d, [s/p]).

Após a repercussão do caso, em 30 de novembro de 2012, foi homologada a Lei 12.737/2012, no qual dispõe acerca da tipificação criminal de crimes cibernéticos, altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940-Código Penal; e dá outras providências. (BRASIL, 2012)

O caso da atriz foi apenas mais um de muitos casos ocorridos, porém com grande repercussão dentro da sociedade. A atriz não foi a única mulher a sofrer com a exposição na mídia. Existem muitos casos em que mulheres sofreram o mesmo constrangimento.

3.2 Walter Delgatti Netto, o “Vermelho”

Walter Delgati Neto, morador da cidade de Araraquara, conhecido como “Vermelho”, ficou conhecido após invadir aplicativos de mensagens de figuras públicas entre elas o até então Ministro da Justiça Sérgio Moro, Detan Dellagnol, de jornalistas e do presidente Jair Bolsonaro.

Quatro pessoas entre eles Walter Delgati Neto foram acusadas de fazer parte de uma quadrilha que realizavam crimes cibernéticos, sendo hackeados em torno de 1.000 autoridades, sendo magistrados das cortes superiores até Rodrigo Maia, presidente da Câmara.

Baseado na Operação Spoofing, o Jiz Federal de Brasília Vallisney de Oliveira decretou as prisões executadas pela polícia federal. (OLIVEIRA, 2019)

Na ocasião Walter Delgatti Neto, confessou à polícia federal que repassou o material ao site The Intercept. (OLIVEIRA, 2019)

O conteúdo repercutiu em vários meios de comunicação, revelando diálogos realizados no auge da Operação Lava-Jato, Delgatti afirmou que repassou todo o conteúdo ao referido site de forma anônima, diretamente ao fundador do site, Glenn Grenwald.

Foram rastreados por meio de endereços de IP (número de identificador de computador na Internet) utilizados para invadir o aplicativo de mensagens Telegram, na ocasião os agentes conseguiram identificar os suspeitos. (OLIVEIRA, 2019)

Walter Delgatti Neto concedeu uma entrevista à Revista Veja em 12 de Fevereiro de 2021, no qual relata que já foi admirador da investigação, a Operação Lava Jato, e contou que invadiu o Telegram (aplicativo de mensagens) de Deltan Dallagnol por ter se identificado com o procurador após acompanhar uma palestra em uma universidade na cidade de Ribeirão Preto, que até então “o Vermelho” era estudante do curso de Direito, o objetivo era se informar acerca das investigações já mencionadas, porém ao acessar a conta Walter constatou que o referido procurador não deletava nenhum de seus arquivos. (FARAH, 2021)

O hacker afirma ainda: *“Eu era um fã. Mas, assim que entendi a manipulação deles, eu me senti enganado. Vi que a Lava-Jato era mais política do que jurídica.”* (FARAH, 2021)

4. CRIMES CONTRA MOEDAS VIRTUAIS

As criptomoedas são moedas digitais, que pode circular sem a necessidade de uma autoridade monetária central, é uma espécie de dinheiro, criadas por técnicas de criptografias que possibilitam as transações comerciais atualmente, por meio digital.

Diante desse conceito, as principais criptomoedas são a Bitcoin, Ethereum e o Litecoin, nas quais utilizam-se da tecnologia Blockchain, na qual mantém registro inviolável de suas transações. (EXAME, 2022)

O Bitcoin, é uma das criptomoedas mais utilizadas em transações, este tipo de moeda digital é criada por meio de códigos de computador, garantidas com criptografia

avançada, mantida por uma rede globalizada, no qual qualquer um pode ser integrante deste banco. (EGEWARTH, 2020)

Essas moedas digitais podem ser utilizadas como meios de segurança e privacidade ao realizar transações. Porém, torna-se um atrativo aos cibercriminosos, visto que os hackers invadem os computadores, exigindo pagamentos em troca de informações adquiridas ilegalmente dos computadores das vítimas, sendo o meio de pagamento por meio da moeda virtual "Bitcoin". (EGEWARTH, 2020)

Em 12 de maio de 2017, ocorreu grande ataque de hackers, que invadiram computadores de mais de cem países, acarretando prejuízos bilionários aos atingidos pelo ataque.

No Brasil foram quatorze estados incluindo o Distrito Federal que registraram ataques cibernéticos a empresas e órgãos públicos.(PRESSE, 2017)

Após a invasão os hackers solicitaram o pagamento de uma quantia de 300 e 600 milhões de dólares em Bitcoins por meio de um computador infectado.

Conforma o BitcoindBrasil (2017) entende-se por bitcoins:

"uma tecnologia digital que permite reproduzir em pagamentos eletrônicos a eficiência dos pagamentos com cédulas. Pagamentos com bitcoins são rápidos, baratos e sem intermediários. Além disso, eles podem ser feitos qualquer pessoa, que esteja em qualquer lugar do planeta, sem limite mínimo ou máximo de valor" (BITCOINDBRASIL, 2017, p. 1).

Vírus de resgate são utilizados para embaralhar arquivos existentes no computador alvo utilizando de uma chave criptografada, no qual os criminosos exigem pagamentos de suas vítimas afim de receber essa chave retomando os arquivos originais. (PRESSE, 2017)

Assim os hackers, utilizando-se desta tecnologia, encontraram maneiras de receber valores em forma de moeda virtual de vítimas que tiveram seus computadores infectados, não sendo possível rastrear contas bancárias.(BERTOLUCCI, 2022)

Outro golpe envolvendo a mineração Bitcoin, é utilizado por PIX, no qual promete lucros elevados, sendo divulgado até por via Instagram, o que chama atenção é que os perfis divulgadores são perfis que já foram alvos de hackers em rede social.

O golpe é utilizado os perfis do Instagram publicando nos stories destes perfis, prometendo dobrar o dinheiro das vítimas, sendo como meio de inserção contas hackeadas afim de mostrar o sucesso de tal operação que gera altos rendimentos. (BERTOLUCCI, 2022) Em uma matéria realizada pelo site Yahoo!esportes expôs por meio de prints como acontece este tipo de golpe, conforme as imagens a seguir.



Figura 1 Golpista conversa com conta hackeada

Fonte: Yahoo!esportes

4.1 Aplicação Penal Quanto aos Crimes Cibernéticos

É sabido que toda e qualquer sociedade necessita de normas e legislações afim de manter a ordem social, devendo haver para cada tipo de delito uma legislação afim de impor as sanções penais. Dessa forma, os cibercrimes são divididos em crimes virtuais mistos, puros e comuns. (AURÉLIO, 1995)

Para Aurélio (1995) os crimes cibernéticos puros são: *“Toda e qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, seja pelo atentado físico ou técnico do equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas”*

Nesse sentido, os crimes puros observa-se ações dos criminosos na internet, utilizando-se de conhecimento sobre a informática para cometer crimes contra os usuários comuns.

Já os crimes virtuais mistos são delitos cometidos por meio de ações perpetradas por um indivíduo que possui acesso a informações do meio jurídico, protegidas pela internet, porém este tipo de delito é utilizado o computador afim de obter vantagem para a efetivação do crime.

Aurélio (1995) explica a origem da denominação de misto:

“Incidiram normas da lei penal comum e normas da lei penal de informática. Da lei comum, por exemplo, pode-se aplicar o artigo 171 do Código Penal combinado com norma de mau uso de equipamento e meio de informática. Por isso não seria um delito comum apenas, incidiria a norma penal de informática, teríamos claramente o concurso de normas (AURÉLIO, 1995).”

Assim, os crimes virtuais mistos estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a punição na legislação penal comum como também na legislação especial.

A doutrina penal brasileira prevê pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa. Ainda, a Lei supracitada expressa que a pena perpétua ao agente que produz, oferta, distribui, comercializa ou divulga conteúdo, dispositivos ou programas de computadores visando a prática delituosa; caso resulte em prejuízo econômico; ou resulte na invasão a obtenção de conteúdo, sendo a pena de reclusão de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa. Em casos de delitos criminosos graves, a pena pode ser aumentada em casos contra a Administração Pública Municipal, Estadual ou Federal. (JÚNIOR, 2019)

A Lei nº 12.737/12, mais conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, visto que a atriz brasileira foi vítima de crime cibernético ao ter seu computador invadido, sendo divulgado imagens e utilizando-se como forma de extorsão, tal dispositivo legal prevê:

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

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

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 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 a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal". (BRASIL, LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.)

Porém a Lei supracitada ainda é alvo de discussão no meio jurídico, visto que embora tipifique os crimes cibernéticos, Nascimento (2019, p.16) afirmar que: "não tenha conseguido prever todos os possíveis delitos e também ser tecnicamente frágil".

A lacuna da referida legislação está especificação do tipo penal acrescido no Código Penal em seu artigo 154-A supracitado.

Diante de tal contexto, os demais crimes cibernéticos são julgados fundamentados nos efeitos dos danos causados.

5 DISCUSSÕES

No Brasil, houve um aumento dos crimes cibernéticos durante a pandemia, no ano de 2020, foram registrados 156.692 casos registrados por meio de denúncias anônimas, conforme dados apontados pela Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos. (GARRETT, 2021)

Em maio de 2022 um levantamento realizado pela CNESG (Confederação Nacional das Seguradoras) apontou um aumento pela procura por seguros cibernéticos de 41,5%, nos três primeiros meses do ano de 2022, comparando-se ao mesmo período de 2021.

Ainda o referido estudo, demonstram os gastos que as empresas brasileiras obtiveram aproximadamente a R\$ 34,5 milhões de reais em seguros contra ataques cibernéticos, em março as seguradoras chegaram a arrecadar R\$ 13 milhões.

O presidente da CNSEG Dyogo Oliveira afirma que: "Ainda teremos um crescimento grande do setor. Os ataques cibernéticos têm sido cada vez mais frequentes e a proteção oferecida pelo seguro é uma tranquilidade a mais para as empresas evitarem maiores prejuízos."

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, dispõe acerca da tipificação criminal dos crimes cibernéticos, altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do CP (Código Penal):

" Art. 154-A. Invadir disposto informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismos de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem "ilícita". (BRASIL, 2012, s.p.)"

Atualmente a internet é um dos meios mais utilizados por criminosos, afim de violar dados pessoais, utilizando-se de diversos meios para usurpar os direitos e garantias fundamentais de suas vítimas.

Para Lima Xavier (2015) é um dos fatores que dificulta o Estado em aplicar a sanção adequada.

Brookshear (2013) afirma que:

" Com o avanço da tecnologia, conectar-se à rede mundial de computadores ficou cada vez mais acessível, ainda mais com a popularização dos smartphones, aparelhos celulares, que possuem recursos que possibilitam tal acesso, ou seja, "o que há pouco era

meramente um telefone evoluiu para um pequeno computador de propósito geral que acabe na palma da mão” Os celulares evoluíram a tal ponto que além de serem utilizados com a finalidade de possibilitarem a comunicação via telefone móvel, eles equiparam-se a pequenos computadores, repletos de aplicativos que possuem uma diversidade de funções.” (BROOKSHEAR, 2013, p.10)

A supracitada, ficou conhecida com o nome da referida atriz em razão de grande repercussão social, dentro do dispositivo legal abordaram-se elementos que visam elucidar as principais dúvidas.

Atualmente os principais crimes cibernéticos perpetrados estão relacionados às transações comerciais, crimes contra a pessoa tais como: difamação, calúnia, divulgação de dados pessoais e imagens íntimas, violações de informações, crimes contra o patrimônio, pedofilia dentre outros.

6 CONCLUSÃO

A evolução da internet e da utilização das mídias sociais foi um dos maiores avanços tecnológicos nas últimas décadas, proporcionando facilidades a um clique.

Porém, com tantos avanços tecnológicos, trouxe consigo a evolução de delitos por meio da internet e mídias sociais, gerando vários tipos de crimes perpetrados por estes meios.

Diante de tal exposto, tornou-se primordial a elaboração de lei a respeito da tipificação criminal de crimes cibernéticos, afim de conter e prevenir tais delitos.

De tal forma, a Lei nº 12.737/12, apontada e analisada dentro desta pesquisa, trouxe a tipificação do crime de invasão de dispositivos informáticos.

A legislação brasileira atual ainda é suficiente quanto sua punição e combate aos crimes cibernéticos. Todavia, é necessário um apoio melhor policial quanto políticas públicas que incentivem a proteção do Estado, o que ainda deixa muito a desejar neste quesito, fator que dificulta o combate a estes tipos de crimes.

Diante de tal pesquisa conclui-se que a Lei “Carolina Dieckmann” é um grande início para combater os crimes cibernéticos, porém ainda há muito a que se melhorar no que diz

respeito a estruturação dos órgãos competentes, para que possam realizar de forma eficaz as investigações e as punições cabíveis.

REFERÊNCIAS

BERTOLUCCI, Gustavo. Golpe da mineração de Bitcoin com PIX no Instagram é nova moda de hackers. Publicado em 24 de junho de 2022. Disponível em: <https://esportes.yahoo.com/golpe-da-minera%C3%A7%C3%A3o-bitcoin-com-120619454.html>. Acesso em 13 de setembro de 2022.

BITCOINBRASIL. O que é Bitcoin? 2017. Disponível em: <<https://www.bitcoinbrasil.com.br/o-que-e-bitcoin/>>. Acesso em 13 de setembro de 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.735, de 30 de novembro de 2012. Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, e a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistemas eletrônicos, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm. Acesso em 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em 19 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2012/Lei/L1273.htm. Acesso em 05 de setembro de 2022.

BROOKSHEAR, J. Glenn. **Ciência da Computação: Uma visão abrangente.** Porto Alegre: Bookman, 2013 <http://www.revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/122/201>

CARDOSO, T., Alarcão, I. & Celorico, J. (2010). **Revisão da literatura e sistematização do conhecimento.** Porto: Porto Editora.

EGEWARTH, Arthur Bernardo. **Os crimes cibernéticos e a ineficácia da lei “Carolina Dieckmann”.** Publicado em 06 fev. 2020. Disponível em:

<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/6497>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

EXAME, Solutions. Criptomoedas: o que são e como começar a investir?. Publicado em 06 de junho de 2022. Disponível em: <https://exame.com/conta-em-dia/planejar/criptomoedas-comecar-investir/>. Acesso em 12 setem. 2022

FARAH, Tatiana. **Eu era fã da Lava-Jato”, diz hacker que vazou mensagens de Moro. Publicado em 12 fev. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/eu-era-fa-da-lava-jato-diz-hacker-que-vazou-mensagens-de-moro/>. Acesso em 11 de set. 2022.**

G1. Polícia encontra hackers que roubaram fotos de Carolina Dieckmann. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2012/05/policia-encontra-hackers-que-roubaram-fotos-de-carolina-dieckmann.html>. 2012d. Acesso em 02 setembro de 2022.

G1. Carolina Dieckmann fala pela 1ª vez sobre fotos e diz que espera 'justiça'. Publicado em 14 de maio de 2012. São Paulo. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html>. Acesso em 01 de setembro de 2022.

GARRETT, Filipe. **Crimes Cibernéticos: entenda o que são e como denunciar.** Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/08/crimes-ciberneticos-entenda-o-que-sao-e-como-denunciar.ghtml>. Publicado em 9 ago. 2021. Acesso em 20 ago. 2022.

GONÇALVES, Jonas Rodrigoi. **COMO FAZER UM PROJETO DE PESQUISA DE UM ARTIGO DE REVISÃO DE LITERATURA.** Revista JRG de Estudos Acadêmicos -Ano II (2019), volume II, n.5(ago./dez.) -, ISSN: 2595-1661. Disponível em: <http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/121/199>. Acesso em 18 ago. 2022.

JANONE, Lucas. Procura por seguros cibernéticos cresce mais de 40% no 1º trimestre, diz pesquisa. Publicado em 26 maio de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/procura-por-seguros-ciberneticos-cresce-mais-de-40-no-1o-trimestre-diz-pesquisa/>. Acesso em 20 ago. 2022.

JÚNIOR, Júlio César Alexandre. **CIBERCRIME: UM ESTUDO ACERCA DO CONCEITO DE CRIMES INFORMÁTICOS.** Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. ISSN 1983-4225 – v.14, n.1, jun. 2019. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/602>. Acesso em 19 ago. 2022.

OLIVEIRA, Joana. Prisão dos "hackers", o que se sabe até agora e as perguntas sem resposta. São Paulo. Publicado em 25 julh. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/25/politica/1564057812_794353.html. Acesso em 11 setem.2022

PASINATO, D. C. de A. **A tecnologia da informação na investigação policial**. 2017. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/a-tecnologia-da-informacao-na-investigacao-policial/>>. Acesso em: 16 ago. de 2022.

PEIXOTO, A. **Criminologia**. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1953.

PRESSE, F. Ataque de hackers 'sem precedentes' provoca alerta no mundo. 2017. In: G1. Portal de Notícias. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/ataque-de-hackers-sem-precedentes-provoca-alerta-no-mundo.ghtml>. Acesso em 13 de setmbro 2022.

SILVA, J. L; MASCARENHAS, S. A. N. Gestão de bullying e cyberbullying na universidade – Desafio para a orientação educativa e convivência social e ética no ensino superior – Estudo com estudantes da UFAM (Brasil. Revista Amazônica). 2010. Disponível em: < <http://encurtador.com.br/sCMQ3>>. Acesso em: 16 ago. 2022.

SILVA, Leonardo Werner. **Rede foi criada em 1969, nos EUA. Folha de SãoPaulo Cotidiano**. São Paulo, domingo, 12 de agosto de 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1208200103.htm>. Acesso em 31 de ago. 2022

SIMAS, Diana Viveiros de. **O cibercrime**. 2014. 168f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses). Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Lisboa. 2014

SOUZA. Adílio Junior. A Lei Carolina Dieckmann analisada sob o prisma da Análise do Discurso. d on Line Rev. Mult. Psic. V.13, N. 45. p. 204-226, 2019 - ISSN 1981-1179. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/1700/2499>. Acesso em 10 de stemb. 2022.

DIREITO FUNDAMENTAL AO ENVELHECIMENTO DIGNO DO IDOSO

JOAQUIM DE LUCENA GOMES:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fаметro.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar assuntos pertinentes ao direito fundamental ao envelhecimento digno do idoso, analisando a legislação vigente e, principalmente, a norma constitucional, buscando tratar sobre a ideia de velhice, operar o papel da família e do Poder Público em ofertar instrumentos dignos, no sentido de fazer com que o idoso sinta-se inserido no contexto social e não mais deslocado, como há tempos vivia e compreendia-se, além de explicitar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua concretização perante o princípio do mínimo existencial. Ademais, traz à baila os aspectos da condição jurídica do idoso perante a sociedade atual e, por fim, a situação de conflitos judiciais e seus instrumentos de resolução como aparato ao idoso, como rituais de pacificação e de melhora na qualidade de vida dos mais vulneráveis.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos. Garantias. Envelhecimento. Dignidade. Acesso à justiça.

ABSTRACT: The present work aims to address issues relevant to the fundamental right to dignified aging of the elderly, analyzing the current legislation and, mainly, the constitutional norm, seeking to deal with the idea of old age, operating the role of the family and the Public Power in offering instruments dignified, in the sense of making the elderly feel inserted in the social context and no longer displaced, as it was lived and understood for some time, in addition to explaining the principle of human dignity and its implementation in the face of the principle of minimum existential. In addition, it brings up aspects of the legal status of the elderly in today's society and, finally, the situation of judicial conflicts and their resolution instruments as an apparatus for the elderly, such as pacification rituals and improvement in the quality of life of the most vulnerable.

KEYWORDS: Rights. Warranties. Aging. Dignity. Access to justice.

1 INTRODUÇÃO

Com a chegada da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não há dúvidas quanto ao significativo avanço considerando a temática introduzida no tocante à proteção dos direitos fundamentais dos idosos, conforme o exemplo da promulgação da Lei 10.741 de 2003, o *Estatuto do Idoso*.

Nesse diapasão, é de se observar que esses avanços constitucionais estão relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que,

indiscutivelmente, a sociedade não pode se eximir de enxergar a realidade, qual seja, o envelhecimento da população brasileira.

É importante salientar que o dever do Estado e da própria sociedade é empenhar esforços para a satisfação das necessidades básicas da população idosa, bem como o enfrentamento dos problemas surgidos com as diversas demandas desse grupo social.

Não obstante, os idosos, embora os avanços significativos, ainda possuem grandes dificuldades de acesso à justiça, ainda que haja um Estatuto de proteção aos seus direitos, que busca a efetivação concreta. É evidente que o novo perfil econômico, político e social desse segmento conduz à compreensão de que inúmeras podem ser as causas para essa dificuldade.

Ainda há muitas questões que são pontos objetivos no Estatuto do Idoso, mas que estão pendentes, devendo os mecanismos constitucionais trabalharem por melhorias mais específicas e necessárias, para que se possa evitar, inclusive, a discriminação para com esse grupo.

Dessa forma, o presente estudo objetiva tratar de tais questões, no aspecto de averiguar em que posição os idosos estão tendo suas demandas atendidas e como podemos seguir por um caminho de solução para que o idoso tenha de fato acesso à justiça e, por consequência, a concretização do direito fundamental ao envelhecimento digno.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O CENÁRIO DO ENVELHECIMENTO POPULACIONAL NO BRASIL

No momento em que adentramos a conceitos importantes para o desenvolvimento da temática, é necessário ampliar a ideia do que vem a ser os direitos e garantias fundamentais, no intuito de demonstrar do que trata-se a construção da ideia de velhice, onde consta nesse diapasão o sentindo do princípio da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, onde paira a questão do direito ao mínimo existencial, uma vez que o envelhecimento é algo inevitável e constante em nossas vidas. Sendo dessa forma, como sociedade, precisamos de estrutura e organização para lidarmos com o gradual aumento de idade dos indivíduos.

Isso posto, é importante ressaltar que existem os direitos dos idosos, visando proteger esses indivíduos, reconhecendo os seus direitos humanos e a sua importância para a construção de uma sociedade mais inclusiva, respeitosa e sábia.

Portanto, além de possuírem um caráter protetivo, preservam a qualidade de vida da população idosa e possibilitam que pessoas exerçam a sua cidadania. Por isso, é importante compreendermos a construção da ideia de velhice, além de termos como base

o entendimento sobre o princípio de dignidade da pessoa humana, a relação afetiva para com os idosos dentro de um contexto jurídico e, por fim, a condição do mínimo existencial.

2.1 A construção da ideia de velhice

É de fácil constatação que o ser velho é alvo de preconceitos e discriminações, muitos dos quais é originado do mesmo grupo social, ou seja, das próprias pessoas em idade avançada, uma vez que, em diversas ocasiões, talvez por vaidade ou orgulho, negam a sua condição, especialmente quando isso é conveniente.

Todavia, esse modelo de comportamento possui origem nos momentos iniciais da formação da sociedade capitalista, dentro da qual as condições de envelhecimento se apresentaram, a exemplo da ideia de higiene, saneamento básico, avanços da medicina, sobretudo por meio das vacinas, a medida que as pessoas que passaram a apresentar um grau de acúmulo de anos começaram a ser visadas como incompatíveis com essa nova organização social, uma vez que esta passou a exigir do ser humano vigor físico e muita energia para o trabalho extenuante, a ser desempenhado nos primeiros momentos do processo de industrialização.

Partindo do olhar biológico, o envelhecimento tem sido apontado como uma etapa de degeneração do organismo que tem início após o período reprodutivo. Este processo está associado à passagem do tempo e, portanto, o critério mais comumente usado para tentar marcar o início e grau do envelhecimento é a idade.

O envelhecimento ocasiona muitos impactos no indivíduo e um dos principais é a vitalidade, tornando os movimentos reduzidos como a coordenação motora e, muitas vezes, o raciocínio, interferindo diretamente na memória. Noutro lado, a manutenção da saúde, através da prevenção, produzirá uma melhor qualidade de vida influenciando em todos os aspectos, ou seja, no físico, social, psíquico e espiritual.

Conforme a ideia de Paúl (2005, p. 12) existem três tipos de idade, todas elas podendo ser maiores ou menores do que a idade cronológica dos sujeitos: a idade biológica, medida pelas capacidades funcionais ou vitais e pelo limite de vida dos sistemas orgânicos, que vão perdendo a sua capacidade de adaptação e autorregulação; a idade psicológica, que refere às capacidades comportamentais do indivíduo em se adaptar ao meio e, finalmente, a idade social, que refere aos papéis e hábitos que o indivíduo assume na sociedade, e na medida em que mostra os comportamentos esperados pela sua cultura, num processo dinâmico de envelhecimento.

Envelhecer é um processo multidimensional que comporta mecanismos de reparação e de destruição desencadeados ou interrompidos em momentos e a ritmos

distintos para cada ser humano. Não resta dúvida de que é um fenômeno natural com um desenvolvimento mais rápido e mais significativo nas últimas etapas da vida das pessoas, sendo um fenômeno biológico inevitável.

Todavia, deve ser compreendido do ponto de vista individual e populacional, pois o envelhecimento diz respeito a dois conceitos diferentes: o envelhecimento coletivo e o envelhecimento individual que, embora haja uma relação, têm significados distintos. Para o indivíduo, na seara biológica, entende-se por envelhecimento o processo dinâmico e progressivo que se inicia desde o momento da concepção, no qual há modificações morfológicas, funcionais, bioquímicas e psicológicas da maturação até a morte.

É importante, para a melhor compreensão do tema, destacar que para abordar a defesa da dignidade e do bem-estar do idoso é fundamental realizar considerações sobre o entendimento da sociedade a respeito da velhice e o ciclo de vida. Não obstante, a legislação brasileira oferece dentro de uma perspectiva constitucional-civil os direitos relativos ao idoso e a importância da família no seu atendimento.

Noutro ponto, é cobrável analisar o significado psicossocial da velhice no ciclo da vida e o significado do idoso perante a legislação brasileira para contextualizar a trajetória de vida na terceira idade e como a sociedade brasileira contribui positivamente ou negativamente, se contribui, para a sua inserção social.

É salutar considerar que a trajetória de vida de uma pessoa é composta por aspectos relacionados com suas vivências profissionais, familiares e sociais. É inegável que a terceira idade assume um papel fundamental nas relações sociais e familiares, pois a tendência de envelhecimento da população brasileira cristaliza-se ano após anos em pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Dessa forma, não há outro caminho senão o de refletir sobre o papel que a terceira idade representa no âmbito familiar, pois nessa etapa da vida o idoso apresenta mudanças não só físicas, mas também psicossociais.

Novaes (2000, p. 21) adverte que:

A trajetória vital representa o somatório de experiências e vivências, norteadas por valores, metas e modos pessoais de interpretar o mundo. É evidente que a trama dos eventos e das circunstâncias desse percurso trabalha juntamente com as condições ambientais. Somos, ao mesmo tempo, fruto de influências hereditárias, sociais e culturais que pontuam nossas opções e filosofia de vida.

Diante dessa exposição, é necessário reconhecer que o idoso contribuiu para a construção da sociedade, bem como foi o responsável pela constituição da família, não

podendo ser jogado à margem da sociedade pelo simples fato de ter envelhecido biologicamente, pois suas experiências, vivências, valores sociais, culturais, devem ser reconhecidos. Sabe-se, no entanto, que a sociedade penaliza os idosos pelo simples fato de envelhecer, mesmo sendo esse o processo natural e que compõe o ciclo da vida.

Nesse sentido, Novaes (2000, p. 24) salienta que:

Envelhecer não é seguir um caminho já traçado mas, pelo contrário, construí-lo permanentemente. O idoso confronta-se com novos desafios, outras exigências, devendo renunciar a uma certa forma de continuidade, sobretudo biológica, e desenvolver atitudes psicológicas que o levem a superar dificuldades e conflitos, integrando limites e possibilidades.

Nasce desse ponto a importância de que se impera a questão relacionada com os aspectos psicossociais, uma vez que o idoso, durante o processo de envelhecimento, passa por situações de ruptura em sua vida e necessita resgatar diversos aspectos, tais como: valores, retomar planos, programas de vida, reconstruir sua identidade pessoal e social, com base em novos interesses e motivações. A família, portanto, deve assumir o papel de motivadora e estimuladora das novas ações do idoso, facilitando a sua reinserção na sociedade.

Sem hesitar, durante o processo de envelhecimento, é imprescindível a convivência com os familiares, na oportunidade em que há limitações naturais físicas que são naturais ao idoso, as quais requerem cuidados especiais.

É possível inferir que, com a aproximação da velhice, mudanças corporais ocorrem. Por isso, é importante a boa condução e articulação do Poder Público e a família, no intuito de evitar doenças de cunho psicológico e psicossomáticas ao idoso, tais como a depressão, a ansiedade e outras.

Nesse sentido, há um grande desafio para as famílias que é fazer com que o idoso sinta-se parte integrante da própria família, no sentido de ser útil para todos os seus entes, trazendo a dignidade e o bem-estar ao próprio idoso.

A propósito, Novaes (2000, p. 37) observa que:

No futuro, o lidar com atitudes e significados frente ao velho e a velhice dever ser uma questão prioritária, procurando ajudá-los a construírem sua realidade, encarando de frente seus problemas e

oferecendo reais oportunidades de realização pessoal, social e profissional.

Há que se compreender que o envolvimento dos idosos na vida em sociedade possibilitará que as oportunidades sejam aproveitadas, uma vez que com suas experiências e sabedoria, poderão adequar-se às novas realidades e transformações científicas, tecnológicas, sociais e políticas.

Manter o princípio da dignidade da pessoa humana forte e intocável sempre foi uma preocupação do Direito e não poderia ser diferente quando se fala a respeito da integridade física, moral, intelectual e espiritual do idoso.

Noutro diapasão, mas seguindo a mesma linha, é importante inserir os contextos em que o idoso se encontra nos aspectos cronológico, psicobiológico, econômico-financeiro, social e legal, a fim de melhor compreender os parâmetros adotados pela legislação brasileira no que diz respeito ao estabelecimento do critério cronológico que conceitua a velhice.

Seguindo o critério temporal ou cronológico, seria considerado idoso aquele que atingisse determinada idade, comprovada mediante certidão de nascimento ou documento assemelhado. Para o critério psicobiológico, seria considerado idoso aquele que dispusesse de determinada condição física e intelectual. Tal critério é eivado de subjetividades, o que dificulta a sua aplicação. No critério econômico-financeiro, seria idoso o hipossuficiente economicamente, que necessitaria de maior proteção se comparado àquelas pessoas consideradas independentes. Tal critério, contudo, é extremamente frágil, uma vez que nem todo idoso é pobre. Conforme o critério social, seria idoso aquele que assim fosse considerado no meio social em que vive. Por fim, segundo o critério legal, seria idoso aquele definido em lei como tal.

Há inúmeros critérios para conceituar o idoso e diferenciá-lo do velho e, muitas vezes tais critérios passam pelo declínio das funções físicas, emocionais e intelectuais. A centralidade deste texto, todavia está baseado na conceituação jurídica, que possibilitará a responsabilização dos familiares para com o idoso.

Nessa toada, devemos considerar a conceituação jurídica de idoso que, conforme consta no *Estatuto do Idoso*, na norma do seu artigo 1º, é “destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”, bem como a norma do artigo 230, § 2º, da Constituição Federal de 1988, ao exigir a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos para “usufruir do direito à gratuidade no transporte coletivo”. Não resta dúvida, portanto, que para o ordenamento jurídico nacional é considerada idosa a pessoa que tenha completado 60 anos ou mais.

Desse modo, pode-se inferir que o espectro do envelhecimento levou o legislador a estabelecer o marco relacionado à idade para definir quando a pessoa passa a fazer jus à proteção integral e prioritária de seus direitos por parte do Estado.

Verifica-se que é competência do Estado prestar assistência a todos os cidadãos, garantindo-lhes a proteção de seus direitos fundamentais, dentre os quais estão os direitos fundamentais de segunda geração, quais sejam: os direitos sociais, culturais e econômicos. Ilumina-se que os direitos fundamentais, no decorrer da história, apresentam-se de diferentes formas e que, por conta da evolução da própria sociedade, devem ser explicitadas tais modificações.

É importante ressaltar que a disposição constitucional, prevista no artigo 230 da Constituição Federal de 1988, refere que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, protegendo sua dignidade e o seu bem-estar. Diante das inovações na Carta Magna está estabelecido na norma do artigo 229 que é dever dos filhos maiores ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade.

Mesmo com a promulgação do *Estatuto do Idoso*, o que se observa é que não estão sendo atendidas as demandas que os idosos apresentam, carecendo algumas vezes da efetivação e, principalmente, da fiscalização da lei e de proteção parental. Anote-se que quem detém a responsabilidade, em primeiro lugar, de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, são os filhos maiores. Além desses, inclui-se como medida inovadora a responsabilização da família, Estado e sociedade na proteção da dignidade e bem-estar do idoso.

Ainda dentro das referidas inovações destaca-se a promulgação do Estatuto do Idoso – Lei 10.741 de 2003 como um marco na proteção integral da dignidade do idoso, tendo como fundamento a valorização e proteção da dignidade do idoso, os direitos fundamentais, incluindo-se os sociais que passam a ser reconhecidos, mas ainda sem efetiva aplicabilidade.

Com efeito, o que se nota é que o idoso se encontra amparado constitucionalmente e que o *Estatuto do Idoso* surgiu com o intuito de reforçar sua dignidade, que nada mais é do que um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, pode-se concluir que o papel dos familiares no atendimento ao idoso assume relevância, na medida em que mudanças, transformações, fracassos ou tristezas fazem parte da rotina daquele que na sua trajetória de vida, tem de assumir novas posturas diante da sua nova condição.

Em síntese, o reconhecimento das inovações constantes na Carta Magna de 1988 e no *Estatuto do Idoso* reforça a vinculação existente entre cada direito fundamental à dignidade humana.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É claramente possível assegurar que a dignidade da pessoa humana sempre foi uma preocupação do Direito e não poderia ser diferente quando se fala sobre a integridade física, moral, intelectual e espiritual do idoso.

É de suma importância contextualizar o idoso nos aspectos cronológico, psicobiológico, econômico-financeiro, social e legal, a fim de melhor compreender os parâmetros adotados pela legislação brasileira no que se refere ao estabelecimento do critério cronológico que conceitua a velhice.

Deve-se salientar a conceituação jurídica de idoso, que, conforme o disposto no Estatuto do Idoso, em seu artigo 1º, é “destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”, bem como o artigo 230, § 2º, da CF/88, ao exigir a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) para “usufruir do direito à gratuidade no transporte coletivo”.

Diante dessa visão, pode-se inferir que o espectro do envelhecimento levou o legislador a estabelecer o marco relacionado à idade para definir quando a pessoa passa a fazer jus à proteção integral e prioritária de seus direitos por parte do Estado.

Superada essa questão, pode-se afirmar ainda que, mesmo com a promulgação do Estatuto do Idoso, na prática ou em casos concretos, o princípio da dignidade da pessoa humana para com a pessoas idosas está sendo ferido todos os dias, vez que as demandas de direitos propostas no Estatuto não estão sendo atendidas, carecendo na maioria das vezes da efetivação e, principalmente, da fiscalização da lei e de proteção parental.

Ainda, é necessário ressaltar que a obrigação da família em priorizar o atendimento ao idoso não exclui a responsabilidade da comunidade, da sociedade e do poder público, no tocante ao mínimo para uma existência digna, conforme aduz Bitencourt Neto (2010), p. 96:

O direito ao mínimo para a existência digna é reserva de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo que ou será respeitado ou será ofendido.”, significando, por isso, dizer que não há como dissociar o atendimento aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e do bem-estar do idoso.

Nesse sentido, portanto, o papel da justiça para concretizar o princípio da dignidade humana em prol do idoso é extremamente necessário, vez que só é possível obter a qualidade de vida se os direitos de uma digna vida forem preservados, atingíveis e efetivados.

Tratado, ainda, constitucionalmente como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio em debate se reveste de um amplo grau de amplitude e de sentimento abstrato, podendo-se, então, inferir, ainda assim, que o seu destino principal é fazer valer os direitos e deveres fundamentais inseridos na Carta Magna de 1988, sejam eles individuais, sociais ou coletivos.

2.3 A condição jurídica do idoso no Brasil e a realidade da relação afetiva nos dias atuais

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto as terminologias “velhice” e “idoso”, não obstante definir e estipular qualquer marco etário, físico ou sociológico para definir esses institutos, cabendo, por vez, à legislação infraconstitucional a tarefa de fazê-la.

Para aprofundar o estudo sobre a questão da afetividade, relevante compreender o conceito de afeto.

A afetividade é a capacidade de experimentar o conjunto de fenômenos afetivos, ou seja, tendências, emoções, paixões, sentimentos, consistindo na força exercida por esses fenômenos no caráter de um indivíduo.

Tal como aduz Groeningá sobre o conceito de afeto “os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos.” (GROENINGÁ, 2003, p. 101)

O vínculo afetivo, assim como o companheirismo, o respeito, a confiança e a lealdade entre os membros familiares é crucial para o pleno desenvolvimento do indivíduo, não sendo diferente, portanto, ao idoso, haja vista que, ainda mais essa população que tanto precisa de suporte e afeto, possui grande dificuldade diante da rejeição e impaciência naturais dos mais jovens.

É possível, por fim, observar com o exposto a inversão de valores trazida com relação ao idoso dentro da sociedade. A desvalorização ocorrida com a sociedade da produção e do consumo, trouxe como consequência a negligência no tratamento dos que obtêm maior idade.

É de fácil constatação de que a desvalorização se encaminhou paulatinamente junto ao despertar e debate das questões que envolvem o novo lugar do idoso no mundo atual, ao passo que vagarosamente é possível verificar a conquista de novos direitos e a conscientização de um maior respeito no trato dos que ocupam essa parcela.

Embora haja avanços, é imprescindível ter o desenvolvimento de políticas públicas significativas que efetivem uma maior dignidade à terceira idade, além da previsão de sanções, uma educação para que a sociedade esteja preparada para um convívio com uma população de idade cada vez mais avançada.

2.4 O mínimo existencial

Nos dias atuais, é sabido que as garantias sociais estão constantes inicialmente no artigo 6º da Constituição Federal. Relacionado a isso, é importante dizer que o constituinte originário foi cuidadoso ao elencar nesses direitos as pessoas por ele alcançadas. Não há dúvida que a pessoa idosa está inserida nesses direitos.

Tais garantias são propostas e tuteladas pela Carta Magna de 1988, mas não é regra a concretização desses pelo Poder Público. O que é garantido às pessoas não idosas não é garantido às pessoas idosas, ou seja, há a necessidade de implementar itens constitucionais básicos, visto que a pessoa idosa não possui as mesmas condições, em geral, das pessoas não idosas.

É defendido que todo ser humano tem direito de envelhecer com as garantias e, principalmente, com dignidade. A efetividade dessa garantia cabe ao Poder Público, ou seja, deve partir dele o dever de garantir a todos a dignidade, como as previstas na Constituição Federal e Na Declaração Universal Dos Direitos Humanos.

Uma pessoa idosa para assim ser, logicamente, deve passar por uma história de vida, uma história única, cheia de bons momentos e maus momentos, como é o sobe e desce vital, que serão lembrados enquanto a pessoa viver.

Ademais, não se nega que é necessário ter uma vida com saúde durante as primeiras idades, ou seja, infância, adolescência, juventude e maturidade, pois ao chegar aos seus sessenta anos enfrentarão adversidades, porém longe de considera-las como pessoas incapazes, pelo contrário, são até mais capazes do que se possa imaginar, entretanto, a própria biologia humana pesa em seus anos, sua força já não é mais a mesma, seus reflexos idem, mas sua inteligência – sabedoria – não passa por despercebido.

É fato que envelhecer não é chegar até a idade idosa (sessenta anos), envelhecer é continuar a viver, é ter nas mãos um futuro ainda não decidido, ter sonhos e açambarcar metas a serem realizadas. É evidente que para uma pessoa não idosa é muito fácil de criar

sonhos e metas, ter um futuro fácil e garantido, no sentido que haverá garantia de trabalho e saúde, já aos idosos torna-se extremamente difícil em pensar em saúde.

Garantir trabalho aos idosos é uma obrigação do Poder Público, eis que o Estatuto do Idoso prevê em seus artigos 26 ao 28 a profissionalização e o trabalho para esse seguimento social. Por isso, é de sensível importância a iniciativa em criar movimentos de inserção do idoso para uma continuidade no desenvolvimento do direito fundamental à vida.

Na concepção de Paulo Gilberto Cogo Leivas (LEIVAS, 2002, p. 106), em sua dissertação de mestrado, explica o conceito do mínimo existencial sendo a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende, portanto, a necessidade de vida física como a alimentação, o vestuário, moradia, assistência de saúde, entre outros, sendo o mínimo existencial físico, e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade. Compreendem a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, ou seja, se fala de um mínimo existencial cultural.

Portanto, para compreender a necessidade de manter uma vida digna, o idoso necessita do mínimo existencial, uma vez que é a base para a conservação de uma vida digna, sua valorização deve ser bem estudada, para assim, não inferir em desobediência ao princípio da dignidade da pessoa idosa.

A dignidade da pessoa idosa está muito além do que estamos dispendo. As medidas a serem adotadas devem ser estudadas com urgência, pois, a rápida e forte expansão de pessoas na faixa etária idosa (sessenta anos em diante) estarão em pouco tempo atingindo grandes proporções.

Nossa constituição é jovem e amplamente assistencialista, além de ser muito atual, sendo ainda, o melhor remédio para a luta entre as desigualdades. Mas apenas ela não basta, deve o Poder Público criar novas formas de se adequar ao futuro não tão distante. Cabe ressaltar que as legislações infraconstitucionais se mostram atuais, porém, com o desenvolvimento e aumento da população de idosos, não será necessário nenhum esforço para verificar que logo estarão desatualizadas.

Por fim, a dignidade da pessoa idosa depende da igualdade e do mínimo existencial para existir vida justa e saudável. Envelhecer – ser idoso ou idosa, não é uma doença, mas sim a mais alta forma de dignidade que se possa exemplificar para um ser humano. É um processo de desenvolvimento, que necessita, como direito fundamental, de guarda e proteção do Poder Público. Envelhecer não é doença, é um processo de desenvolvimento, biológico, jurídico e autopoietico.

3 O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DIGNO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

É importante ressaltar a definição de acesso à justiça por Cappelletti e Garth (1988, p. 08):

Acesso à Justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Portanto, é de salientar a parte da evolução histórica relativa ao acesso à justiça. Dessa maneira, para uma melhor compreensão do referido assunto, será necessário, primeiramente, traçar uma linha evolutiva para um maior entendimento histórico relativo ao acesso à justiça.

Por um bom tempo, a atribuição de definir a existência de um direito e a sua abrangência e aplicação não era exercida pelo Estado. Nessa época, a autotutela era a maneira encontrada pelas partes para resolução de seus conflitos, ou seja, as partes eram incumbidas de resolver o seu próprio litígio por meio de instrumentos de compreendessem cabíveis.

Com o passar da evolução temporal, outras formas de resolução, menos injustas e mais responsáveis, foram surgindo, entre elas, com a concepção da Teoria da Repartição dos Poderes, que definiu os três poderes, o Estado passou a plicar o que seria Direito, regulamentando as relações sociais e monopolizando a jurisdição.

Tendo em vista essa monopolização, o Estado tornou-se o responsável em propiciar o acesso à justiça para a sociedade, possibilitando de forma efetiva a juridicidade a todos que a invocassem.

3.1 Novos instrumentos de resolução de conflitos

O acesso à justiça é conceituado, basicamente, ao acesso ao Poder Judiciário. Entretanto, há muitas barreiras de ordem econômica, social, legal e cultural que dificultam a sua concretização. Com intuito de derrotar essas dificuldades, um novo conceito de acesso à justiça está sendo criado, onde a sociedade e o Estado articulam juntos a resolução dos conflitos por meio de novos mecanismos de pacificação de litígios e não exclusivamente pela via judicial.

Uma justiça tardia gera problemas insanáveis, atingindo o âmago da pessoa. Por isso as afirmativas de que não ter acesso ao poder Judiciário ou tê-lo e não conseguir obter

com a presteza desejada a reposição do direito no seu devido lugar e no tempo exigido, representa a própria negação da justiça. É compreensível o fato de muitas pessoas não recorrerem ao Judiciário, pois se torna algo dispendioso, e nem todos têm condições econômico-financeiras para contratar um advogado e suportar o custo de uma demanda.

Portanto, os novos rituais de pacificação de litígio não estão surgindo para subtrair ou reduzir a competência do Judiciário, pelo contrário, são técnicas que auxiliam, somam e acrescentam o trabalho desempenhado pelo Poder Judiciário.

Por fim, os novos instrumentos e mecanismos de resolução de conflitos surgem, nesse diapasão, com o intuito de promover a cidadania, através da plena efetiva concretização de direitos e, sobretudo, o fortalecimento da cultura dos Direitos Humanos, por meio do acesso à justiça para todos, acima de tudo para as pessoas mais velhas, idosos, que necessitam de uma atenção a mais do judiciário.

4 CONCLUSÃO

É de se concluir que os aspectos que trazem à baila a concretização dos direitos fundamentais dos idosos ainda precisam ser desenvolvidos, embora haja considerável avanço, sobretudo, com a chegada e implementação do Estatuto do Idoso.

Todavia, o acesso à justiça ainda é penoso para o idoso, vez que, com os avanços tecnológicos, ainda há bastante dificuldade em adaptar-se aos novos tempos, devendo ser instrumentalizado novos modos de acesso à justiça, novas formas de pacificação e novas ferramentas que possam educar a sociedade a compreender que o idoso pode e deve servir, visto possuir a experiência e sabedorias necessárias, podendo auxiliar no desenvolvimento de uma sociedade mais justa e harmoniosa.

Ademais, o idoso possui de fato o papel de auxiliar as novas e futuras gerações, devendo ser evidenciado e construído em termos de cultura pela família e pelo Estado a atribuição em contraposição aos males passados dentro da ótica do preconceito que o idoso sofreu e continua sofrendo, embora os avanços legislativos, pela sociedade, considerando, ainda, a manutenção do direito ao mínimo existencial para que o idoso em vez de sobreviver possa viver e viver uma vida digna. Portanto, cada ser humano tem um valor perante o mundo, assim como o mundo tem um valor para cada ser humano.

A partir daí, compreende-se o dever de respeito à individualidade, tendo em vista que qualquer indivíduo, em qualquer lugar, deve ser reconhecido como portador de direitos, estes de ir e vir, de ter sua vida e sua liberdade de expressão, de escolha, seu modo de viver, seus valores e crenças.

Desse ponto é que se cunha o entendimento do mínimo existencial como garantidor desses direitos. O mínimo existencial, pois, como garantia da dignidade da pessoa humana, expressados em direitos individuais e coletivos, é a representação das condições elementares da natureza humana, compondo o conceito de indivíduo nas dimensões da matéria, do espírito e do social, para que a pessoa humana possa exercer com plenitude as liberdades da vida, na condição de membro integrante de uma sociedade de direitos.

Por fim, não podemos deixar de alegar que o mínimo existencial faz parte do aparato para que se tenha uma vida digna e, para o idoso, uma velhice adequada, com acesso ao que é seu por direito.

FUNDAMENTAL RIGHT TO DIGNIFIED AGING

5 REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira. O direito fundamental à velhice digna: limites e possibilidades de sua efetivação. 2007. 114f. Dissertação (Mestrado Direito) –Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TREVISAN, Flávia Ana. Diferenciação entre minorias e grupos Vulneráveis.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O acesso do idoso ao Judiciário. Plenarium, Brasília, v. 1, n. 1, p. 215-218, nov. 2004.

BITENCOURT NETO. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Lei N. 10741 de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial Da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 de out. de 2003.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Aégio Antonio Fabris, 1988.

GOLDENBERG, M. (2011a). Gênero, "o Corpo" e "Imitação Prestigiosa" na Cultura Brasileira. *Saúde e Sociedade*, 20(3), 543-553. Recuperado em 02 março, 2016.

GROENINGA, Giselle Câmara: Família: Um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Câmara & PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). *Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. – Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LEIVAS, Paulo Roberto Cogo. A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais, Porto Alegre, 2002, Dissertação apresentada como pré-requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, p. 106.

MODENA, Ana Isabel. Os Direitos Humanos, a Proteção Jurídica e as Ações Afirmativas dirigidas aos Idosos.

NOVAES, Maria Helena. Psicologia da terceira idade: conquistas possíveis e rupturas necessárias. 2. ed., 1. reimp. Rio de Janeiro, 2000.

PAÚL, M. C. (2005). A construção de um modelo de envelhecimento humano. In: Paúl, M. C., & Fonseca, A. Envelhecer em Portugal. Lisboa, Portugal: Climepsi.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição.

ROSA, M. J. (2012). O Envelhecimento da Sociedade Portuguesa. Lisboa, Portugal: Fundação Francisco Manuel dos Santos.

A PSICOPATIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GABRIELA SANTOS DE OLIVEIRA:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa fé do Sul-
UNIFUNEC.

LUCIANA RENATA RONDINA STEFANONI

(orientadora)

RESUMO: No sistema jurídico brasileiro às vezes ocorrem divergências sobre determinados assuntos na sociedade, e a discussão sobre a imputabilidade do psicopata não se difere dos demais. Na doutrina existem duas vertentes de maior relevância sobre estes assuntos, que se diferem entre considerar o psicopata um indivíduo semi-imputável, levando a concepção de que se trata de um agente que não possui sua total capacidade de discernimento. A segunda vertente por outro lado, entende que mesmo possuindo um distúrbio mental, o psicopata seria classificado como imputável por possuir pleno discernimento de seus atos. No artigo a seguir foi utilizado para o desenvolvimento da pesquisa livros de especialistas na área da psiquiatria, bem como artigos sobre o tema, através de pesquisa bibliográfica tendo como objetivo compreender o modo em que um indivíduo, que possui traços considerados psicopatas ou aqueles clinicamente portadores deste distúrbio mental, devem ser punidos pelos delitos que venham a cometer na sociedade, uma vez que não se observa em nosso sistema penal expressa disposição sobre a sanção penal que deve ser imposta nestes casos. Conclui-se que, casos que envolvam psicopata como réu, os mesmos deverão ser considerados indivíduos imputáveis, sendo responsabilizado por seus delitos, pois este transtorno diferente de outras doenças mentais não atrapalha em seu discernimento, sendo possível que consigam distinguir aquilo que é aprovado ou reprovado pela sociedade.

Palavras- Chave: Direito Penal. Imputabilidade. Semi-imputável. Psicopatia.

ABSTRACT: In the Brazilian legal system, disagreements sometimes occur on certain issues in society, and the discussion on the imputability of the psychopath is no different from the others. In the doctrine there are two aspects of greater relevance on these matters, which differ between considering the psychopath a semi-attributable individual, leading to the conception that it is an agent who does not have his full capacity for discernment. The second strand, on the other hand, understands that even having a mental disorder, the psychopath would be classified as attributable for having full discernment of their acts. In the following article, books by specialists in the field of psychiatry were used for the development of the research, as well as articles on the subject, through bibliographic research aiming to understand the way in which an individual, who has traits considered

psychopaths or those clinically of this mental disorder, they must be punished for the crimes they may commit in society, since there is no express provision in our penal system about the penal sanction that must be imposed in these cases. It is concluded that, cases involving a psychopath as a defendant, they should be considered attributable individuals, being held responsible for their crimes, since this disorder, unlike other mental illnesses, does not interfere with their discernment, and it is possible that they can distinguish what is approved or rejected by society.

Keywords: Criminal Law. Imputability. Semi-imputable. Psychopathy.

1. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade existem pessoas de diferentes raças, cores, etnias, opções sexuais, religiões, entre outros. Considerando todos estes fatores, pode-se entender que todos de alguma maneira são diferentes uns dos outros, não sendo incomum que uma pessoa não possua total discernimento sobre seus atos em decorrência de algum transtorno ou doença mental, tendo sido em decorrência de algum acontecimento, como também por uma deficiência no desenvolvimento mental.

Mesmo se tratando de algo tecnicamente comum, este assunto ainda é um tabu para a sociedade, pois algumas pessoas não conseguem compreender que alguém que aparentemente é uma pessoa "normal" como as demais, pode ser acometido de uma doença invisível aos olhos. Entretanto, os transtornos ou doenças mentais são comuns na sociedade desde sempre, alguns sendo mais populares como a depressão e a ansiedade, mas deve-se entender que estes não são os únicos.

Muitas vezes esquece-se da sua importância e seriedade não somente para a pessoa acometida, como principalmente para a sociedade. A grande maioria da população sequer sabe do que se trata, ou até mesmo desconhece sobre o assunto, levando a percepções equivocadas e até mesmo mentiras sobre.

Afunilando a linha de raciocínio, será estudado um transtorno específico que se trata da psicopatia, que causa diferentes entendimentos sobre ser considerado doença mental ou um distúrbio mental. Isso ocorre, pois, alguns doutrinadores entendem que, como se trata de algo que impossibilita que o indivíduo sinta algum tipo de emoção que não esteja ligado somente com o seu próprio bem-estar e seu prazer físico, interpretam que a psicopatia seja considerada uma doença.

Para que, seja possível conseguirmos definir a melhor maneira de punir o psicopata que venha cometer algum delito, inicialmente, será tratado sobre a psicopatia, seu

conceito, características comuns e a sua periculosidade. Ademais, será feita breve explicação a respeito dos *seriais killers*.

Em seguida, será tratado sobre o sistema jurídico penal, bem como sobre imputabilidade e sobre a possibilidade de ressocialização do psicopata.

Neste trabalho, a metodologia utilizada será através de artigos, doutrinas e a legislação vigente.

2. A PSICOPATIA

A psicopatia é um distúrbio mental clinicamente conhecido como Transtorno de Personalidade Dissocial, sendo identificado nestes indivíduos uma série de comportamentos impulsivos, como falta de empatia, narcisismo. O psicopata costuma utilizar-se de diversas mentiras para que consigam o que desejam, ou até mesmo somente para manipular outras pessoas em algum momento para sua diversão.

Não são todos os psicopatas que cometem um ato de extrema violência como homicídio, estupros, torturas, assassinatos em séries, entre outros. Pode-se observar a conduta de um psicopata além disso, principalmente em casos que envolvam abusos psicológicos e chantagem emocional, por passarem uma imagem encantadora e sensível, e acabam levando que suas vítimas criem confiança e que assim possam chegar até aquilo que almejam. Na maioria dos casos, o indivíduo psicopata não está dentro da prisão, pois não são eles que realmente cometem o crime, mas sim instigam e utilizam-se de sua persuasão e inteligência para que outras pessoas cometam para ele aquilo que deseja.

A psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva explica que (2018, p.95), a psicopatia diferente de alguns outros transtornos e doenças mentais não é algo que será adquirido ao longo da vida, trata-se de uma condição que aquele que a possui irá nascer com a mesma e consequentemente morrer com ela, porém é, possível que seja feito um tratamento e acompanhamento por meio de medicamentos e terapia, sem garantias de proporcionar uma vida comum a pessoa que possui, e nenhuma chance de cura definitiva.

2.1 CARACTERÍSTICAS

A psicopatia não é algo de fácil detecção, entretanto, observa-se algumas características que podem ser utilizadas para o diagnóstico de tal transtorno mental.

Porém, mesmo observando e seguindo tais características, identificar o transtorno no indivíduo deve ser feito de maneira cautelosa e por profissionais especializados. Neste sentido, Edilson Mougnot Bonfim afirma:

Não existem classificações rígidas na doutrina a respeito da matéria, sabendo-se, também, que 'em Medicina Legal a exceção tem tanto valor quanto a regra'. Logo, a cautela na classificação é recomendável, podendo, inclusive, incidir tipos mistos ou classificações intermediárias que, nestes casos, configurariam exceções. (2004. p.77)

Tendo isso como base, não se pode simplesmente apontar alguém dizendo ser um psicopata, pois tal diagnóstico é de difícil conclusão até mesmo para profissionais especializados.

Segundo a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva (2018, p.72), a primeira vez em que houve a publicação de um estudo sobre a psicopatia foi no ano de 1941, por Hervey Cleckley. E por meio deste estudo foi onde o psicólogo Robert Hare se baseou e reuniu as informações para elaborar a chamada escala Hare, também conhecida como "psychopathy checklist", que é muito conhecida e utilizada nos dias de hoje.

De acordo com a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva (2018, p.73), a elaboração desta escala foi de grande importância para identificar os indivíduos acometidos por este transtorno, pois: "Com esse instrumento, o diagnóstico da psicopatia ganhou uma ferramenta altamente confiável que pode ser aplicada por qualquer profissional da área de saúde mental, desde que esteja bastante familiarizado e treinado para sua aplicabilidade."

A autora citada, em seu livro *Mentes Criminosas: o psicopata mora ao lado*, menciona o psicólogo Robert Hare, explicando sobre como funciona a percepção dos psicopatas em relação dos atos que comete, deixando claro que a parte racional desses indivíduos, mesmo sendo acometidos por um transtorno, não são afetadas. Neste sentido, esclarece que:

Segundo o psicólogo canadense Robert Hare, uma das maiores autoridades sobre o assunto, os psicopatas têm total ciência dos seus atos (a parte cognitiva ou racional é perfeita), ou seja, sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira. A deficiência deles (e é aí que mora o perigo) está no campo dos afetos e das emoções. Assim, para eles, tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atravesse o seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte de seu convívio íntimo. Esses comportamentos desprezíveis são resultados de uma escolha, diga-se de passagem, exercida de forma livre e sem qualquer culpa. (HARE, Robert apud SILVA, Ana Beatriz B. 2018. p. 45.)

Segue abaixo para demonstração, algumas características que estão inseridas na tabela de Hare (Furtado, 2013):

Boa Lábia:

O psicopata é bem articulado e ótimo marketeiro pessoal. Como um bom ator em cena, conquista a vítima bajulando e contando histórias mirabolantes de si. Com meia dúzia de palavras difíceis, se passa por sociólogo, médico, filósofo, escritor, artista ou advogado.

Ego Inflado:

Ele se acha o cara mais importante do mundo. Seguro de si, cheio de opinião, dominador. Adora ter poder sobre as pessoas e acredita que nenhum palpite vale tanto quanto suas ideias.

Lorota desenfreada:

Mente tanto que às vezes não se dá conta de que está mentindo. Tem até orgulho de sua capacidade de enganar. Para ele o mundo é feito de caças e predadores, e não faria sentido não se aproveitar da boa-fé dos mais fracos.

Sede por Adrenalina:

Não tolera monotonia, e dificilmente fica encostado num trabalho repetitivo ou num casamento. Precisa viver no fio da navalha, quebrando regras. Alguns se aventuram em rachas, outros nas drogas, e uma minoria, no crime.

Falta de Culpa:

Por onde passa, deixa bolsos vazios e corações partidos. Mas por que sentir mal se a dor é do outro e não dele? Para o psicopata, a culpa é apenas um mecanismo para controlar as pessoas.

Má conduta na infância:

Seus problemas aparecem cedo. Já começa a roubar, usar drogas, matar aulas e ter experiências sexuais antes dos 12 anos. Seu sadismo não poupa nem mesmo coleguinhas, irmãos ou animais.

Sentimentos Superficiais:

Emoção só existe em palavras. Se namorar será pelo prazer e pelo poder sobre o outro, não por amor. Se perder um amigo, não ficará triste, mas frustrado por ter uma fonte de favores a menos.

Reação Estourada:

Reage desproporcionalmente a insulto, frustração e ameaça. Mas o estouro vai tão rápido quanto vem, e logo volta a agir como se nada tivesse acontecido - é tão sem emoções que nem sequer rancor ele consegue guardar.

Impulsividade:

Embora racional, não perde tempo pesando prós e contras antes de agir. Se estiver com vontade de algo, vai lá e consegue tirando os obstáculos do caminho. Se passar a vontade, larga tudo. Seu plano é o dia de hoje.

Comportamento Antissocial:

Regras sociais não fazem sentido para quem é movido somente pelo próprio prazer, indiferente ao próximo. Os que viram criminosos em geral não têm preferências: gostam de experimentar todo tipo de crime.

Falta de Empatia:

Não consegue se colocar no lugar do outro. Para o psicopata as pessoas são apenas objetos para usar para o seu próprio prazer. Não ama: se chegar a casar-se e ter filhos, vai ter a família como posse, não como entes queridos.

Irresponsabilidade:

Compromisso não lhe diz nada - tende a ser um mau funcionário, amante infiel e pai relapso. Porém, como a família e amigos são uma fonte de status, para cada erro já tem uma promessa pronta: "Eu mudei. Isso não vai acontecer de novo.

Deve-se novamente ressaltar que o diagnóstico de tal transtorno não é algo simples e de fácil conclusão, devendo somente ser realizada por profissionais capacitados no

assunto, não sendo possível somente basear-se nas características para definir que o indivíduo seja um psicopata.

Tratando-se de um transtorno de difícil diagnóstico, pode-se compreender o motivo pelo qual não é algo comum tomar conhecimento sobre alguém que possua este transtorno, bem como não é um assunto comum de ser falado.

Para que o indivíduo seja relacionado a este transtorno Robert Hare dispõe que o indivíduo deve se enquadrar de uma maneira significativa na escala:

A psicopatia é um transtorno da personalidade definido por um conjunto específico de comportamentos e de traços de personalidade inferidos, a maioria deles vista pela sociedade como pejorativa. Portanto, não é fácil diagnosticar um psicopata. Como acontece com qualquer outro transtorno psiquiátrico, o diagnóstico baseia-se no acúmulo de indícios presentes no indivíduo a ponto de satisfazer os critérios mínimos exigidos. Nos casos baseados em meus próprios arquivos, os indivíduos são cuidadosamente diagnosticados de acordo com extensivas entrevistas e registro de informações.

Além de todos os motivos já mencionados, o diagnóstico se torna ainda mais complicado pela habilidade que o psicopata possui em enganar, manipular, ludibriar inclusive aqueles que são especialistas sobre o assunto, dificultando ainda mais a conclusão do diagnóstico.

Em consideração as características estabelecidas que podem ajudar a identificar um psicopata, mesmo não sendo considerada uma doença mental, Edilson M. Bonfim cita este transtorno no Código Internacional de Doenças:

Embora não seja uma doença mental no sentido clássico do termo, o Código Internacional de Doenças [...] da Organização Mundial de Saúde arrola tal diagnóstico sob a rubrica 'Transtorno de Personalidade Dissocial' (ou Antissocial), no subitem F60.2, fazendo-o de forma sindrômica, e não nosológica, onde se lê: '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 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. (2004. p.83-84)

Como não existe um exame onde é possível apontar este transtorno, o diagnóstico se torna lento e de difícil comprovação, mesmo que um profissional esteja a frente. Por serem características comuns, torna-se difícil encontrá-los em meio da sociedade.

Porém, como pode-se observar na escala de Hare, em alguns casos o indivíduo psicopata começa a apresentar algumas características na sua infância ou adolescência, chamados de Transtornos de Conduta. Sobre este entendimento, a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, explica:

Os psicopatas começam a exibir problemas comportamentais sérios desde muito cedo, tais como mentiras recorrentes, trapaças, roubo, vandalismo e violência. Eles apresentam também comportamentos cruéis contra os animais e outras crianças, que podem incluir seus próprios irmãos, bem como os coleguinhas da escola.

[...]

Importante destacar que ninguém vira psicopata da noite para o dia: eles nascem assim e permanecem assim 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.

[...]

Pesquisas têm constatado que a aparição precoce do comportamento antissocial (infância e adolescência) é um forte indício de problemas transgressores e criminalidade no adulto. Vale ressaltar que o psicopata sempre vai revelar ausência de *consciência genuína* frente às demais pessoas: são incapazes de amar e nutrir o sentimento de empatia. Eles jamais deixarão de apresentar comportamentos antissociais; o que pode mudar é a forma de exercer suas atividades ilegais durante a vida (roubos, golpes, desvios de verba, estupro, sequestro, assassinato etc.). Em outras palavras, a maioria dos psicopatas não é expert numa atividade criminal específica, mas sim “passeia” pelas mais diversas categorias de crimes, o que Hare denomina versatilidade criminal. (2018. p.94-96)

Por se tratar de um transtorno em que o indivíduo nasce acometido pela mesma, não é possível que ela seja adquirida ao longo da vida, mas é possível que aquele portador, somente venha apresentar alguma característica ao longo de sua vida, não sendo uma regra que todos apresentem características logo na infância.

Alguns comportamentos já identificados na infância podem ser observados ao longo da vida, como também podem ocorrer novos. Seguindo esta linha de raciocínio, o indivíduo acometido por esse transtorno pode vir a cometer algum crime ou até mesmo nunca sequer cometer nenhum, não sendo uma regra que todos os psicopatas sejam criminosos.

Entretanto, segundo Ana B. Barbosa Silva, entorno de 25% da população carcerária atualmente são psicopatas, além disso, em relação aos crimes considerados violentos, as taxas costumam ser 4 vezes maior. A taxa de reincidência em casos que envolvam indivíduos psicopatas é maior, por conta da dificuldade de ressocialização.¹⁰

Após essa análise sobre as características que podem ou não acometer o indivíduo considerado psicopata, o questionamento que surge é sobre a capacidade deste de conseguir se ressocializar com as demais pessoas da sociedade, e não havendo a possibilidade, qual seria a sanção penal adequada a ser aplicada nestes casos.

2.2 PERICULOSIDADE

Inserido no CID10 – F60.2, não se trata de uma regra que todos os indivíduos considerados psicopatas sejam violentos ou que venham a cometer algum tipo de delito, geralmente a grande maioria nunca nem sequer irá cometer algo. Para isso, a psiquiatra Ana Beatriz B. Silva explica que, é utilizado o PCL-R (*psychopathy checklist*), uma escala criada por Robert Hare (2018, p.73), especialista em personalidade psicopática e conduta criminal que desenvolveu este teste para que fosse observado principalmente o grau de violência da população carcerária, com a finalidade de avaliar as chances de que ocorresse uma reincidência no mesmo delito, entretanto, também foi observado que este teste possuía capacidade em identificar o grau de violência dos psicopatas.

De acordo com Ana Beatriz B. Silva (2018. p.180), os psicopatas são divididos em graus, sendo eles os leves, moderados e graves. São considerados leves aqueles que cometem crimes como o de estelionato, enganando as pessoas pra obter uma vantagem, mas não empregam a violência. Os moderados por sua vez, são aqueles que planejam o crime, que pode até envolver algum tipo de violência ou até mesmo o homicídio, mas na maioria das vezes não são eles que de fato cometem o crime, neste caso ele é o mandante. Já os graves, são aqueles que planejam e executam o crime, onde de fato ocorre o emprego

¹⁰ BARBOSA, Ana B. B. Inteligência Ltda. Podcast. Youtube. 2022. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aKYWsnmxBYM>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

de todos os tipos de violência, cometem um homicídio sem o mínimo remorso. É deste grau grave que estão vinculados os *serial killers*.¹¹

A psicopatia, acarreta ao indivíduo um desvio em sua personalidade, causando um comportamento antissocial ou até mesmo a falta da sensibilidade em sentir as emoções que qualquer outro indivíduo comum sente.

Podemos usar como principal exemplo dessas percepções equivocadas os famosos Serial Killers, que na maioria das vezes são intitulados como psicopatas, mas isso não se trata de uma regra, dificilmente um indivíduo com traços psicopatas se tornará um assassino em série. É possível que existem diferentes graus de perversidade naqueles que possuem este transtorno, não sendo uma regra que todos cometam algum delito ou até mesmo diversos assassinatos.

Não é incomum que alguém conheça alguma história de um indivíduo considerado um Serial Killer por ter cometido diversos assassinatos e automaticamente associar com a psicopatia, passando uma ideia de que todos os psicopatas serão necessariamente assassinos, e por não ser algo tão comum de acontecer em nossa sociedade como por exemplo o roubo, temos a falsa sensação de que esse transtorno é algo raro, e que dificilmente irá acometer alguém próximo.

2.3 SERIAL KILLERS

Serial killer, é uma expressão que em 1970 foi utilizada pela primeira vez pelo agente do *Federal Bureau of Investigation* (FBI) Robert Ressler, de acordo com Ilana Casoy (2017, p. 22). Utilizada para definir aquele criminoso que comete reintegrados homicídios durante determinado período. Não existe de fato uma regra como a quantidade de assassinatos que deve ser cometido, ou um padrão a ser seguido para que o criminoso seja considerado um *serial killer*, o que se observa são os assassinatos cometidos por um determinado tempo.

Em alguns casos é possível identificar um padrão entre as vítimas ou nos assassinatos, como, por exemplo, todas as vítimas serem mulheres, loiras ou morenas, prostitutas ou não. Na maioria das vezes buscam em suas vítimas características que possam estar ligada com algo do seu passado que lhe causou um trauma. Mas não se trata de uma regra, uma vez que, por ser um psicopata, o *serial killer* possui uma inteligência superior, podendo mudar sua estratégia somente para confundir as autoridades e não ser descoberto.

11 SILVA, Ana B. B. Psicopatas e os Graus de Perversidade. Youtube. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BKQfnpS1zPo>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

De acordo com a autora Ilana Casoy em seu livro *Louco ou Cruel, os serial killers* são divididos em quatro tipos, são eles:

Visionário: É um indivíduo completamente insano, psicótico. Ouve vozes dentro de sua cabeça e lhes obedece. Pode também sofrer de alucinações ou ter visões.

Missionário: Socialmente não demonstra ser um psicótico, mas em seu interior tem a necessidade de “livrar” o mundo do que julga imoral ou indigno. Escolhe certo tipo de grupo para matar, como prostitutas, homossexuais, mulheres ou crianças.

Emotivo: Mata por pura diversão. Dos quatro tipos estabelecidos, é o que realmente tem prazer em matar e utiliza requintes sádicos e cruéis, obtendo prazer no próprio processo de planejamento do crime.

Sádico: É o assassino sexual. Mata por desejo. Seu prazer será diretamente proporcional ao sofrimento da vítima sob tortura. A ação de torturar, mutilar e matar lhe traz prazer sexual. Canibais e necrófilos fazem parte deste grupo. (2017. p.23)

Pode-se observar, como nos graus de psicopatia, os *serial killers* também possuem níveis diferentes em sua perversidades. Mesmo se tratando de uma expressão que teve sua origem nos Estados Unidos, enganam-se aqueles que pensam que no Brasil não existam criminosos que possam ser nomeados como *serial killers*, mesmo não se tratando de algo tão recorrente, já existem criminosos considerados serial killers.

Atualmente, no Brasil temos 8 criminosos conhecidos e considerados como *serial killers*, são eles: José Augusto do Amaral (O Preto do Amaral); Febrônio Índio do Brasil (O Filho da Luz); Benedito Moreira de Carvalho (Monstro de Guaianases); Francisco Costa Rocha (Chico Picadinho); José Paz Bezerra (Monstro do Morumbi); Marcelo Costa de Andrade (Vampiro de Niterói); Pedrinho Rodrigues Filho (Pedrinho Matador); e Lázaro Barbosa. Todos com suas diferentes formas de assassinatos e diferentes vítimas, porém igualmente perigosos.

Observa-se a lacuna que existe no modo de punição destes indivíduos, por exemplo, no caso do Pedrinho Rodrigues Filho (Pedrinho Matador). Estimasse que Pedrinho tenha assassinado em média 100 pessoas, seja por vingança ou por outros motivos desconhecidos. Ocorre que, mesmo com este número exacerbado de assassinatos, incluindo o de seu próprio pai, Pedrinho atualmente encontra-se em liberdade.

Logo, podemos identificar a falha que ocorre nestes casos, onde um invidio que comete diversos assassinatos e não possui nenhum remorso, é devolvido a nossa sociedade, sem antes tomarem medidas específicas que possam identificar se este voltará a cometer outros delitos.

3. O SISTEMA JURÍDICO PENAL E A IMPUTABILIDADE

De acordo com o Código Penal brasileiro vigente, existem requisitos a serem observados para que o indivíduo seja considerado inimputável ou semi-imputável perante o ordenamento jurídico, inserido no art. 26 do Código Penal.

Observa-se que, todos aqueles que possuem algum tipo de deficiência ou doença mental que impossibilite que ele tenha pleno discernimento do que é considerado pela sociedade como de boa índole ou não, deverão ser julgados de uma maneira que não sejam de alguma forma prejudicados. Não significa que, aqueles agentes que por ventura venham a cometer algum delito e que possuem algum desses requisitos saíram impunes e que a justiça não será feita, muito pelo contrário, não se falaria em justiça em sentenciar um doente mental que em um momento de surto, por exemplo, cometeu algum delito, pois nestes casos o agente não tem pleno discernimento sobre suas ações ou omissões em decorrência da doença.

Já nos casos que envolvam psicopatas, observamos uma pendência, pois não existe no ordenamento uma sanção específica para casos que envolvam estes indivíduos que são acometidos por este transtorno ou a maneira que se deve prosseguir, deixando livre a interpretação para cada caso concreto.

Entretanto, quando se observa o art.26, caput do Código Penal de uma maneira minuciosa, pode-se concluir que os agentes considerados psicopatas não estão isentos de pena, por principalmente a psicopatia não ser considerada uma doença mental e sim um transtorno psicológico e por serem capazes mentalmente, possuindo discernimento sobre seus atos. Logo, entende-se que seguindo os requisitos impostos pelo ordenamento jurídico, o psicopata não seria considerado um agente inimputável.

Observando o parágrafo único, percebe-se que ocorre a possibilidade da redução de pena, buscando englobar mais situações em que uma condição alheia a vontade do agente pode ser capaz de leva-lo a cometer algum delito sem sua real culpa. Para que estes artigos em questão sejam atribuídos ao agente, ele deverá ser submetido a perícia médica judicial, que identificará se ele é de fato portador de algum transtorno ou doença mental, sendo a pena comum originária, substituída por uma medida de segurança que o juiz entender adequada ao caso concreto. É possível identificar tais condutas a serem seguidas no art.98 do Código Penal Brasileiro.

Após se observar os dispositivos do Código Penal, pode ser identificado que em nenhum momento ocorre uma menção expressa ao Transtorno de Personalidade Dissocial (Psicopatia), não sendo possível em um primeiro momento estipular onde os mesmos se encaixaram, sendo necessário que ocorra uma interpretação de cada caso concreto.

De acordo com Robert Hare, conforme citado por Silva (2018, p. 45), “os psicopatas têm total ciência dos seus atos (a parte cognitiva ou racional é perfeita), ou seja, sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira.”

Logo, entende-se que mesmo se tratando de um Transtorno de Personalidade, a psicopatia não seria abrangida nem mesmo pela redução de pena inserida no art.26, parágrafo único do Código Penal, pois não impossibilita ou atrapalha no discernimento do agente, sendo de sua total responsabilidade todos os atos cometidos por ele, salvo se for identificado por meio de perícia judicial que o mesmo agente é acometido por outros tipos de doenças ou transtornos mentais em soma com a psicopatia, não havendo a substituição da pena ou até mesmo a inimizabilidade por conta da psicopatia, mas sim pelas demais.

4. RESSOCIALIZAÇÃO

A pena restritiva de liberdade visa a punição e a ressocialização do preso, buscando “melhorar” este cidadão para que ele tenha condições de ser novamente inserido na sociedade, e que não volte a cometer crimes. Em tese, essa é a conduta utilizada pelas penitenciárias quando ocorre a restrição da liberdade do condenado. Tendo consciência dessa conduta e levando em conta o que já foi mencionado de que 60% da população carcerária é composta por psicopatas, pode-se observar uma grande problemática.

De acordo com Edilson Mougenot Bonfim (2004, p.92), não é possível que ocorra a ressocialização do indivíduo psicopata, uma vez que, não existe cura para este transtorno, não sendo possível que ocorra melhora em sua situação, como também não se observa nessas pessoas o desejo de melhora em relação a suas atitudes. Neste sentido, Edilson Mougenot Bonfim explica:

Não existe tratamento eficaz para tais tipos criminosos, uma vez que suas personalidades assim estão formadas. Por não assimilarem os valores de nossa sociedade, por desconhecerem pressupostos básicos de uma convivência humana e respeitosa, tais psicopatas são chamados de ‘personalidades antissociais’. Quando presos, cada vez que conseguem enganar os psiquiatras que os avaliam e, assim, lograr obter a liberdade, tornam imediatamente a matar, tal como faziam ou, ainda, de forma mais elaborada e cruel. (2004. p.92)

Além disso, Michele Oliveira de Abreu em relação a irrecuperabilidade explica:

A necessidade de excitação continuada é muitas vezes a justificativa para que repetidas infrações sejam praticadas. Viver emoções contínuas é circunstância de subsistência do psicopata. Estejam onde estiver, serão capazes de repetir suas ações, criminosas ou não. Isso não implica afirmar que, necessariamente, sempre cometerão a mesma modalidade de delito. Em geral, os psicopatas praticam diversos delitos para alcançar sua finalidade ou o seu simples bem-estar.

O que nos preocupa é o tratamento penal conferido a tais indivíduos. Considerando que os mesmos têm alto poder de manipulação e apresentam-se destemidos antes qualquer ameaça, tornam-se os principais inimigos do Sistema Penitenciário.

Dentro do Sistema, são capazes de sustentar conduta exemplar, a fim de receber os benefícios legais. Dentro os presidiários, despem-se da figura de bom interno e podem praticar os mais cruéis crimes ou apenas impedir a recuperação dos demais. Os psicopatas são irrecuperáveis. Assim como a aplicação de medida de segurança é de grande desvalia.

Reconhecendo a irrecuperabilidade, bem como a potencialidade de praticar condutas antissociais dentro do Sistema, sugere-se a imposição de pena especial aos psicopatas. Os psicopatas necessitam cumprir sua pena em regime ou caráter especial. Como é constitucionalmente proibida a pena em caráter perpétuo, o ideal seria que tais indivíduos cumprissem sua pena isoladamente, porque assim, ao menos, evitariam mal maior. (2013. p.159-160)

Após todo o exposto, é possível entender o problema que existe em não existir um tratamento diferente do sistema penal em razão dos psicopatas, utilizando métodos que não serão eficazes, somente gerando gastos para o Estado, pois além de não ser eficiente para essas pessoas, podem acabar prejudicando a real eficácia para os demais. Trata-se, de uma situação onde, aquele psicopata inserido em um grupo de presos considerados "normais" irá influenciar os demais, e caso exista neste meio algum outro psicopata de grau leve, poderá ocasionalmente gerar a sua evolução. Logo, observa-se que não é somente o psicopata que será afetado pela forma errada de punição, mas sim todo um sistema.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa, possui o intuito de instigar que o leitor busque e entenda a real necessidade em que seja estipulado por nosso ordenamento jurídico, a forma pelo qual aqueles indivíduos considerados psicopatas devem ser analisados e punidos pelos delitos que possam vir cometer.

Considerando tudo que foi apresentado, observa-se que estes indivíduos acometidos por este transtorno possuem plena consciência e discernimento sobre os atos que cometem, não sendo possível que sejam considerados pelo direito inimputáveis ou semi imputáveis, uma vez que os transtornos que os acometem, não influenciam em suas decisões e ações.

Dessa maneira, existe uma brecha para diversos tipos de interpretações sobre um mesmo caso, alguns podem vir a entender que o psicopata comete delitos por influência de seu transtorno, levando-os a crerem que não se pode punir alguém que não está com plena consciência e discernimento sobre aquilo que comete. Bem como, outros vão entender que por possuírem seu discernimento preservado não faria sentido que ele não fosse culpado, pois tinha conhecimento que aquilo que estava cometendo irá gerar consequências.

Para que não ocorra diversos entendimentos e julgamentos que se diferem e uma confusão no entendimento, é necessário que se analise e desenvolva, com base em estudos e em conjunto com especialista, uma sanção específica e proporcional, para que não seja de alguma maneira cometida nenhuma injustiça, tanto para aquele indivíduo que é acometido pelo transtorno, como principalmente para aqueles que são as vítimas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Michele O. **Da Imputabilidade do Psicopata**. Disponível em:

<<https://micheleabreu.jusbrasil.com.br/artigos/121944082/da-imputabilidade-do-psicopata#:~:text=No%20tocante%20%C3%A0%20semi%2Dimputabilidade,uma%20perturba%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%20mental.&text=O%20psicopata%20se quer%20%C3%A9%20portador,de%20perturba%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%20mental>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BOÁZ, Grazielle de S. **Criminoso Psicopata: Pena X Medida de Segurança**. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **O julgamento de um serial killer: o caso do maníaco do parque**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – v. 1: parte geral – arts. 1º ao 120**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CASOY, Ilana. **Arquivos serial killers: Louco ou cruel? E Made in Brazil**. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2017.

CHAVES, José P.; MARQUES, Leonor M. **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: 13 mar. 2021.

FARIA, Claudia. **Como identificar um psicopata**. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/como-reconhecer-um-psicopata/>>. Acesso em 20 jul. 2021. Disponível em: <<https://amenteemaravilhosa.com.br/teste-de-psicopatia-de-robert-hare/>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Formojus. Fórum: **Psicopatia e legislação brasileira**. Youtube. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=akoETNABnx0>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

FURTADO, Izabely. **Teste de psicopata (escala de Robert Hare) – seja sincero**, 2013. Disponível em: <<http://etl-etl.blogspot.com/2013/01/teste-de-psicopata-escala-de-robert.html/>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

HARE, Robert D. **Sem consciência: O mundo assustador dos psicopatas que vivem entre nós**. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788565852609/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MedicinaNet. **Consulta CID 10**. Disponível em: <<https://www.medicinanet.com.br/cid10.htm>>. Acesso em 20 jul.2021.

MOURA, Juliana. A. G.; FEGURI, Fernanda. E. S. F. **Imputabilidade penal dos psicopatas à luz do código penal Brasileiro**. Faculdade de Apucarana. Apucarana, 2021.

SILVA, Ana B. B. **Psicopatas e os Graus de Perversidade**. Youtube. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BKQfnpS1zPo>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 3. Ed. São Paulo: Principium, 2018.

SILVA, Gabriella Ferreira. **Funcionamento do Sistema Penal Brasileiro em Crimes Cometidos por Psicopatas**. Disponível em: <
<https://jus.com.br/artigos/68743/funcionamento-do-sistema-penal-brasileiro-em-crimes-cometidos-por-psicopatas#:~:text=No%20Brasil%20houveram%20v%C3%A1rios%20casos,assassinato%2C%20estupro%2C%20e%20roubo>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

VASCONCELOS, Aline T.; BONINI, Luci. M. M. **Sistema Jurídico-Penal Brasileiro: A Responsabilidade Do Psicopata**. Disponível em:
<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/sistema-juridico-penal-brasileiro-a-responsabilidade-do-psicopata/>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

A EXIGÊNCIA DO PASSAPORTE SANITÁRIO DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 COMO FATOR DE VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ANA CAROLINE SILVA DE MEDEIROS MARTINS:
Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

MAÍRA BOGO BRUNO¹²

(orientadora)

RESUMO: Esta pesquisa aborda o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, tais como a liberdade e a igualdade, bem como do princípio da autonomia médico-paciente. Tendo como base o objetivo de verificar se a exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19, como condição para o exercício de direitos fundamentais, viola a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Utiliza-se a metodologia da pesquisa jurídica, com método de abordagem dedutivo e com técnica de coleta de dados exploratória bibliográfica e de análise de dados qualitativa. A partir dos dados coletados sobre os princípios e direitos fundamentais verificou-se que a exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19 pode acarretar diversos efeitos indesejados como a segregação desumana entre as pessoas; limitação abusiva de direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade; restrições ilegais da autonomia na relação médico-paciente; segregação social entre vacinados e não vacinados; e, outros tipos de abusos tanto da sociedade como do Estado, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Princípios Fundamentais; Circulação em Espaços Públicos; Segregação Social; Relação Médico-Paciente.

ABSTRACT: This research addresses the principle of human dignity and fundamental rights, such as freedom and equality, as well as the principle of doctor-patient autonomy. Based on the objective of verifying whether the requirement of a health passport for vaccination against COVID-19, as a condition for the exercise of fundamental rights, violates the dignity of the human person, a fundamental principle provided for in the Federal Constitution of 1988. methodology of legal research, with a deductive approach method and with an exploratory bibliographic data collection technique and qualitative data analysis. From the data collected on fundamental principles and rights, it was found that the requirement for a health passport for vaccination against COVID-19 can lead to several undesired effects such as inhumane segregation between people; abusive limitation

¹² Mestre em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

of fundamental rights such as freedom and equality; illegal restrictions on autonomy in the doctor-patient relationship; social segregation between vaccinated and unvaccinated; and other types of abuse by both society and the State, which violates the principle of human dignity.

Keyword: Fundamental principles; Circulation in Public Spaces; Social Segregation; Doctor-Patient Relationship.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19 como fator de violação à dignidade da pessoa humana, ao passo que restringe o exercício de vários princípios e direitos fundamentais, enfocando os direitos de liberdade e igualdade e o princípio da autonomia.

É relevante referir que o reconhecimento da dignidade humana foi uma conquista árdua, consolidada após séculos de exploração da miséria e da fragilidade e de intermináveis conflitos bélicos, em especial as 2 grandes Guerras Mundiais (GM), buscando minar os abusos de um grupo que se acha superior sobre os demais, justificando, assim, as mais terríveis ações, com o fim da II GM, foi proclamada pelas Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos que reconheceu que todos os seres humanos, indistintamente, são membros da mesma família humana e detentores de direitos iguais e inalienáveis, sendo este reconhecimento “o fundamentando da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (ONU, 1948, não paginado).

No dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a pior emergência sanitária dos últimos tempos. Uma variação genética fez com que um novo tipo de Coronavírus (Sars-Cov-2) surgisse e fosse capaz de se transmitir para e entre humanos, causando uma doença potencialmente fatal, conhecida como COVID-19 (UNA-SUS, 2020).

Para combater o alastramento do contágio pela COVID-19, foram tomadas diversas medidas sanitárias pelos governos estaduais e municipais como decretação de quarentena, suspensão de eventos sociais, restrição do transporte intermunicipal e interestadual, suspensão das aulas na educação básica e superior, funcionamento apenas de serviços essenciais, isolamento social etc. (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Além destas medidas governos estaduais e municipais, após o início da vacinação contra a COVID-19, passaram a exigir passaporte de imunização comprovando o esquema vacinal completo para a circulação em certos espaços coletivos, públicos e privados. (YAHOO!, 2021).

Diante disso, o principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa é: a exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19 viola o princípio da dignidade da pessoa humana?

Esta pesquisa se justifica pelo fato de que tanto a sociedade internacional quanto a brasileira, vivenciaram momentos incertos e dramáticos no curso da pandemia da COVID-19, assim, diversas medidas de contenção foram adotadas, especialmente por governadores e prefeitos, condutas estas com verdadeiro caráter autoritário, afrontando diretamente vários direitos individuais indisponíveis, tais como o direito à liberdade, a igualdade e até mesmo ao próprio direito à saúde.

A imposição indiscriminada do passaporte de vacinação, por exemplo, levou pacientes com contraindicação médica a se vacinarem, sob risco de ter seu acesso e direito à cidadania ignorados, desrespeitando não só a sua vontade, como também a contraindicação formal de seu médico de confiança.

Esses foram alguns dos abusos cometidos em nome do bem maior, permitindo, à revelia de diversos dispositivos legais nacionais e de Tratados e Acordos Internacionais dos quais o Brasil é signatário, a limitação do exercício de direitos fundamentais e a inobservância de princípios constitucionais.

Destarte, diante da diversidade de limitações para conter o surto conduzido pela COVID-19, esta pesquisa se limitará ao passaporte sanitário ou passaporte de imunização, já que conduz à segregação de cidadãos, dentro de um mesmo território, o que é evidentemente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo geral do trabalho é verificar se a exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19, como condição para o exercício de direitos fundamentais, viola a dignidade da pessoa humana.

Os objetivos específicos são: *(i)* averiguar a dignidade humana frente a exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19; *(ii)* verificar se houve limitação do direito à liberdade de locomoção prevista no (art. 5º XV e LXVIII, da CF) pela exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19; *(iii)* esclarecer se houve a violação do Direito à Igualdade previsto no (art. 5º, Caput, da Constituição Federal) pela segregação social entre vacinados e não vacinados; *(iv)* demonstrar a mitigação do princípio da Autonomia Médico-paciente pela desconsideração das decisões médicas decorrente da exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19.

O presente trabalho adota a metodologia da pesquisa jurídica, com método dedutivo e técnica de coleta de dados exploratória bibliográfica e documental, utilizando-se de

doutrinas, documentos, leis e jurisprudências para, partindo do estudo sobre a proteção dos direitos humanos fundamentais e das controvérsias acerca da vacina, levantar subsídios quanto a violação destes direitos, pela exigência do passaporte sanitário de vacina contra a COVID-19.

Na primeira seção, discorre-se acerca da violação a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, estabelecido no art. 1º, III, da CF, denominado princípio da dignidade da pessoa humana, e o condicionamento do seu exercício à vontade do Estado, em afronta direta às garantias e direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Na segunda seção, discute-se em relação ao direito constitucional à liberdade individual, onde foi possível verificar, no curso da pandemia da COVID-19, a imposição de medidas draconianas sem previsão legal, como a exigida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas teses firmadas nas ADIs n. 6586 e 6587, para a compulsoriedade das vacinas.

Na terceira seção, aborda-se sobre a violação do direito à Igualdade pela segregação social entre vacinados e não vacinados, decorrente da exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19. Esta imposição segrega os indivíduos, passando a ideia de haver castas dentro da sociedade brasileira – a dos vacinados e a dos não vacinados –, o que indubitavelmente é incompatível com o Estado Democrático de Direito, colidindo com os artigos 3º, inciso IV e artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Cidadã.

Na quarta seção, trata-se quanto à mitigação do princípio da Autonomia Médico-paciente pela desconsideração das decisões médicas. Onde não se pode olvidar que a preservação da vida e a autonomia da pessoa lúcida são soberanas. E que qualquer tentativa de eludir isso é “materialmente inconstitucional”.

O resultado a ser apresentado na presente pesquisa decorre do estudo dos dispositivos na legislação vigente, em especial, os artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal de 1988, bem como, entendimentos e pensamentos de diversos autores consagrados pela doutrina nacional e internacional, resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) e jurisprudências do STF.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esta seção aborda o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser entendido como um valor moral, que faz do homem um ser que merece ser respeitado tanto pelo Estado, quanto pela sociedade; e que o protege de todo ato ou modo degradante, assim como, da discriminação, assegurando condições de sobrevivência.

A dignidade da pessoa humana é considerada o princípio balizador de todos os ordenamentos jurídicos atuais, o “princípio dos princípios” (ASSIS e KRACIESCKI, 2021). Neste sentido Daniel Sarmento explica que:

No que concerne à positivação jurídica, a dignidade da pessoa humana está consagrada com destaque na Constituição de 1988, no art. 1º, inciso III, que a invoca como “fundamento da República”, sendo também citada em outros preceitos mais específicos (arts. 170; 226, § 6º; 227; 230). O Brasil, ademais, ratificou e incorporou ao ordenamento jurídico quase todos os tratados internacionais de direitos humanos que contêm referências à dignidade. (SARMENTO, 2016, p. 56).

A dignidade da pessoa humana constitui então, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988) e essa introdução no texto constitucional é importante para que haja uma legítima proteção.

De acordo com Nicola Abbagnano, filósofo italiano, por princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se a exigência enunciada por Kant consoante a fórmula do imperativo categórico que as coisas têm preço, são substituíveis e relativas; já o homem como um ser racional, possui valor absoluto, intrínseco e inalienável, que é a dignidade. (ABBAGNANO, 2012).

No entanto, este princípio não é uma criação da esfera constitucional, pois ele é um dado anterior a toda experiência, tal como a própria pessoa humana. Mas, diante da sua magnitude, a Constituição transformou-o em um valor supremo da ordem jurídica, sendo anunciado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. (SILVA, 1998, p.91).

Estando a dignidade da pessoa humana na qualidade de princípio fundamental, o legislador trouxe no Título II, art. 5º ao art. 17, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), um vasto quadro de direitos e garantias fundamentais; tais como os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos e dos partidos políticos. Sobre isso, Alexandre de Moraes pondera:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos

direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade (MORAES, 2017, p. 52).

Neste ponto, para adentrar a dignidade da pessoa humana como princípio e fundamento do ordenamento jurídico, faz-se necessário trazer à colação o entendimento do jurista Ingo Wolfgang Sarlet, que a conceitua como:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 1988, p. 60).

Sobre a intrínseca relação entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, Alexandre de Moraes pondera que:

os chamados direitos humanos fundamentais que consistem no conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2021, p. 20).

Embora esteja claro que a dignidade humana se relaciona com todos os direitos fundamentais, para fins dessa pesquisa, será tratado apenas sobre o direito à liberdade e à igualdade, que estão previstos no art. 5º, *caput* e incisos, da CF/88.

Entende-se que a liberdade e a igualdade são alguns dos alicerces da dignidade da pessoa humana. O próprio texto Constitucional, estabeleceu no Título II, artigo 5º, alíneas mencionadas, que:

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. (BRASIL, 1988, não paginado).

Ao passo que se não houver o respeito de todos os direitos previstos, não há de se falar em dignidade. Neste contexto, o juiz de Direito, Antônio Silveira R. dos Santos (2001), muito bem explica, que a dignidade só é possível com liberdade, porque somente o homem livre é digno, pois assim terá sua humanidade reconhecida. Mas, para que possa haver uma humanização total e abrangente, todos os homens, todos os povos e todas as organizações sociais humanas devem reconhecer a primazia da dignidade humana de seus membros pelos atributos espirituais (os seus valores), e não pelos atributos materiais externos, como riqueza material.

Entende-se como liberdade a determinação e/ou vontade (o livre-arbítrio), ante um ato não ordenado nem proibido por lei, de fazer ou não fazer algo. A autonomia privada está, portanto, diretamente e inseparavelmente ligada à liberdade individual, completando o sentido de dignidade. (SANTOS, 2001).

Para concluir esta seção, faz-se importante trazer a lição do renomado jurista Fernando Capez (2009), em seu sábio pensamento a respeito da dignidade humana, que declara que tudo e qualquer construção representativa que venha afrontar a dignidade da pessoa humana é inconstitucional, pois isto fere o fundamento da existência do Estado.

Considerando assim, que a liberdade, a igualdade e a autonomia privada estão intrinsecamente ligadas à dignidade humana, qualquer ameaça ou violação, acaba por ferir o princípio basilar do direito, à própria dignidade humana, como será demonstrado nas próximas seções.

3 LIMITAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE PELA RESTRIÇÃO DA CIRCULAÇÃO EM ESPAÇOS COLETIVOS

O Direito à liberdade está previsto genericamente no art. 5º, *caput*, da CF/88. Ao longo de seus, referido artigo, traz diversas formas de liberdade constitucionalmente protegidas, tais como: liberdade da pessoa física: art. 5º, XV, LXVII, LIV, LXI; liberdade de pensamento, opinião - art. 5º, IV, IX; de crença - art. 5º, VI, VII, VIII; e, de informação, art. 5º, XIV, XXXIII, LXXII; liberdade de ação profissional: art. 5º, XIII; e, liberdade de conteúdo econômico e social, reunião - art. 5º, XVI; E, associação - art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX. (SILVA, 2003). Aqui, será especialmente abordado sobre liberdade de locomoção, que se enquadra na liberdade de pessoa física, que está prevista no inciso XV, do art. 5, da CF/88.

A liberdade de locomoção não é só mais uma das liberdades civis dos indivíduos, mas sim um direito fundamental, e como tal, não pode ser limitado de forma arbitrária pelo Estado. Este direito encontra-se respaldado no art. 5º, XV, 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 dele sair com seus bens". (BRASIL, 1988, não paginado)

No mais, os direitos e garantias individuais são considerados cláusula pétrea (CF/1988, art. 60, § 4º, IV), devendo-se, pois, respeitar o devido processo legal para que haja esta privação e não mera deliberação executiva e/ou judicial. (SANTOS, 2001).

Em consonância com a CF/88, pode-se entender que tal liberdade não pode vir a ser tolhida por atos do Estado tomados de ilegalidade ou de abuso de poder, como o caso da exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19 para circulação em espaços coletivos.

Ora, quanto aos limites da liberdade de locomoção só se pode estabelecer a obrigação de permanência em localidade determinada, sendo possível o estabelecimento de vedação de entrada em outros, somente por ordem do Presidente da República com prévia oitiva dos Conselhos da República, de Defesa e com autorização prévia do Congresso Nacional, conforme prevê o artigo 139, da Constituição Federal; outra forma de impedimento ao exercício deste direito é quando decretado Estado de Sítio, Art. 137, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988, não paginado)

Também é válido aclarar que o país, no atual cenário, não se encontra em situação de guerra declarada ou nenhuma outra ameaça à soberania, e mesmo diante da emergência de saúde pública, conforme declarado pela Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde, não se está na presença de estado de sítio, única circunstância em que a Constituição da República permite a limitação ou suspensão de garantias fundamentais como a de liberdade de locomoção.

Ora, os Direitos Humanos são integrados pelos direitos básicos, sendo direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e que estão expressamente dispostos na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH). É relevante mencionar que tais direitos carecem ser protegidos pela lei, "para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão". (ONU, 1948, não paginado)

A DUDH dispõe que todo ser humano é capaz de ter direitos, sem que haja diferenciações de qualquer natureza, e garante a liberdade de locomoção, no Art 13, parágrafo 1, da seguinte forma: "Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado." (ONU, 1948, não paginado).

Observando o atual cenário da exigência do passaporte sanitário contra à COVID-19, diante do direito à liberdade, diretamente ligado à dignidade humana, é importante trazer informações de que, a vacinação contra a COVID-19, foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, mediante as Ações Diretas de Constitucionalidade no 6.586/DF e 6.587/DF (BRASIL, 2021).

Naquela ocasião em que, em interpretação conforme à Constituição, a Suprema Corte esclareceu que somente poderiam ser utilizadas medidas indiretas para estímulo da vacinação quando presentes outras 5 (cinco) condições, o qual muito importa para fins deste artigo a condição número (iii); que diz respeito à dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas. (BRASIL, 2021).

Tendo em vista que, a exigência do passaporte vacinal contra a COVID-19, para o ingresso em determinados espaços de circulação pública fere a diretriz do respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais das pessoas, desobedecendo a condição (iii) do documento acima citado.

A medida propicia a restrição do direito à liberdade de locomoção, art. 5º, XV, da CF, e cláusula pétrea art. 60, §4º, da CF/88, restringindo os direitos de crianças, adolescentes e maiores de idade à educação, aos cidadãos receberem atendimento de saúde e dos servidores públicos e privados de exercerem suas funções, uma vez que para seu exercício é imposto a exigência do documento, em ofensa aos limites dispostos pela Constituição.

Os passaportes de vacinação contra a COVID-19 deveriam lidar de maneira responsável com as incertezas em relação à duração da proteção oferecida pelas vacinas e até mesmo as diferentes infecções, e por este motivo nunca deveriam ser vistos como provas de ausência de contagiosidade. (UNESCO e COMEST, 2021, p. 3).

Por esta razão, pelas incertezas quanto a duração e ainda aos efeitos adversos não amplamente conhecidos, não mencionados nesta oportunidade, que, por si, deve-se conduzir a liberdade do indivíduo de se inocular ou não, sem violar a sua liberdade constitucional de ir, vir e permanecer.

Nessas circunstâncias, resta claro que a recomendação de exigência do passaporte vacinal imposta de maneira apressada e constrangedora, não incentiva à vacinação, e sim há uma obrigatoriedade indiretamente forçada, ferindo assim, a dignidade da pessoa humana, pois restringe arbitrariamente a liberdade de locomoção.

4 VIOLAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE ENTRE VACINADOS E NÃO VACINADOS

O princípio constitucional da igualdade está previsto na Constituição Federal de 1988, onde dispõe em seu artigo 5º, caput, em face da lei: "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." (BRASIL, 1988, não paginado)

A materialização do direito à igualdade deve se dar “através dos mandamentos constitucionais de não discriminação, de tolerância, de respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo” (MARMELSTEIN, 2019, p. 76). A CF/88 promove e protege a igualdade para eliminar “qualquer tratamento diferenciado a um grupo ou categoria de pessoas, visando prejudicá-las. Dentro desse contexto, conclui-se que todos os benefícios jurídicos concedidos a qualquer pessoa não podem ser negados para outras sem uma justificativa plausível” (MARMELSTEIN, 2019, p. 76).

Entende-se que este direito constitucional fundamental é respaldado no sentido de que todos os seres humanos são iguais, e por isso, merecem ser tratados com as mesmas garantias, direitos e deveres.

Intrinsecamente, esse princípio veda quaisquer tipos de diferenciações arbitrárias, absurdas e injustificáveis no tratamento dos valores previstos da Constituição Federal, pressupondo, inclusive, que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual, protegendo, assim, a equidade na outorga dos direitos e cobrança dos deveres sociais, pois dispensar “tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.” (NERY JÚNIOR, 1999, p.42).

Impende destacar, que o direito à igualdade, traduz-se em norma de eficácia plena, cuja exigência independe de qualquer norma regulamentadora, assegurando a todos, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas, igual tratamento perante a lei, mas, também e principalmente, igualdade material ou substancial. (NERY JÚNIOR, 1999).

Assim, da análise do princípio da igualdade, faz-se necessário trazer à colação, o pronunciamento da UNESCO, diante do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19, no qual deixa claro que este não deve ser elaborado e que não haja a implementação, tampouco sua utilização como privilégio, assim como não infrinja a liberdade de escolha, mas que sejam usados como uma forma de criar um ambiente mais seguro para todos em termos epidemiológicos. (UNESCO e COMEST, 2021, pp. 2 e 3)

Também é alertado no mesmo documento, quanto ao tratamento discriminatório e a desigualdade social entre vacinados e não vacinados que o certificado pode consequentemente ensejar. A Declaração adverte que a medida não deve resultar em divisões sociais, sendo de grande importância fornecer meios alternativos que garantam a liberdade individual e o acesso a todos, considerando os diferentes panoramas de uma sociedade, a exemplo da idade e da condição social.

Os certificados COVID-19 podem criar formas injustas de discriminação e exclusão, as quais devem ser evitadas. O tratamento

desigual de pessoas com base em ter ou não ter um certificado COVID-19 pode causar estigmatização e divisões sociais. Quando tais atestados são necessários para se obter acesso a atividades ou locais específicos, especialmente em espaços públicos, isso não deve resultar na exclusão daqueles que não podem se vacinar, por exemplo, devido a gravidez, condição médica, falta de vacinas ou recusa à vacina. Nesses casos, um resultado confiável de teste negativo recente também deve permitir o acesso, e os testes devem ser disponibilizados e facilmente acessíveis a qualquer pessoa, gratuitamente ou por um preço baixo. Além disso, a introdução de certificados COVID-19 não deve resultar em divisões sociais, por exemplo, entre pessoas vacinadas e não vacinadas, entre pessoas que precisam do certificado para realizar seu trabalho e aquelas não precisam dele, e entre pessoas que têm acesso aos certificados e aquelas que não o têm, como migrantes e refugiados sem documentos, a menos que eles sejam absolutamente necessários para uma quarentena eficaz. Para efetivar isso na prática, é necessária regulamentação.” (UNESCO e COMEST, 2021, p. 2)

Contudo, da simples leitura, enxerga-se que a exigência do passaporte sanitário de vacinação na realidade prática, faz com que haja uma espécie de casta, a partir do momento em que dá tratamento diferente àqueles que optaram por vontade própria ou por qualquer motivo alheio à sua vontade, por exercer o direito de não se submeter à imunização contra o SARS-CoV-2, pela via das vacinas atualmente oferecidas no território nacional. Havendo assim uma espécie de discriminação entre pessoas vacinadas e não vacinadas, o que colide com as normas positivadas na CF/88 da seguinte forma:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...] 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: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...]. (BRASIL, 1988, não paginado)

Considerando, com base nos termos citados, tal exigência acarreta arbitrariedade e abuso de poder, já que cria fator de desigualdade e segregação social ao colocar em um círculo, cidadão contra cidadão, em uma gama construída por desconfiança e separatismo, o que é vedado pela Constituição da República, Lei Fundamental, que defende o direito de igualdade, ferindo assim, a dignidade da pessoa humana.

5 MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA MÉDICO-PACIENTE PELA DESCONSIDERAÇÃO DAS DECISÕES MÉDICAS

Além dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, a exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19, afronta o princípio da autonomia privada, que está diretamente ligada ao princípio da liberdade e diz respeito à ideia de que o “Estado deve tratar as pessoas sob o seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhes dizem respeito” (MARMELSTEIN, 2019, p. 106). Além do mais, esta proteção traz a “perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 267).

Assim, o termo autonomia denomina-se como a capacidade de se autodeterminar ou autogovernar, conforme suas próprias decisões. Consequentemente, para que um indivíduo seja autônomo, capaz de realizar escolhas, é necessário que este indivíduo seja capaz de agir intencionalmente e que tenha liberdade para tal.

A autonomia é o direito à autodeterminação do ser humano em decidir questões que dizem respeito a sua vida, assim como sua saúde físico-psíquica e sua submissão à inoculação de uma vacina cuja eficácia é incerta.

No texto do Código de Ética Médica (CEM), Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, os princípios fundamentais que norteiam a profissão médica do país é cristalina ao garantir a autonomia profissional, eximindo de exercer atos que contrariem sua consciência, ou seja, prática, conhecimento e sabedoria. O documento, deixa expressamente claro que médico é dotado de autonomia para exercer sua profissão e não deve renunciar a sua liberdade profissional. (CFM, [2019]).

Nesse mesmo sentido, o próprio Conselho Federal de Medicina (CFM), assegurou “ao paciente maior de idade, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo” (CFM, [2019], não paginado), o que dirá em relação à exigência de se submeter ao tratamento experimental, se submetendo à inoculação de imunomodulador com tecnologia inovadora, inadvertidamente apresentado como “vacina”, sem ao menos ter concluído todas as fases

para autorização de comercialização exigidas pela própria ANVISA e cujos efeitos a longo prazo não podem sequer serem cogitados.

Neste contexto, é preciso destacar que a ANVISA pontuou expressamente na Resolução RDC nº 475, de 10 de março de 2021, que as vacinas contra COVID-19 sem registro definitivo foram autorizadas temporariamente em caráter experimental – termo utilizado pela própria ANVISA no art. 3º dessa norma, in verbis:

Os medicamentos e vacinas contra COVID-19 autorizadas temporariamente para uso emergencial para a prevenção da COVID-19 serão destinadas ao uso em caráter experimental, preferencialmente, em programas de saúde pública do Ministério da Saúde. (BRASIL, 2021)

Além disso, a própria ANVISA, na Instrução Normativa nº 45, de 21 de agosto de 2019, regulamentou as Boas Práticas de Fabricação complementares a Medicamentos Experimentais, apresentando o seguinte conceito de Medicamento Experimental, no art. 3º, XI:

medicamento experimental: produto farmacêutico em teste, objeto do Dossiê de Desenvolvimento Clínico de Medicamento (DDCM), a ser utilizado no ensaio clínico, com a finalidade de se obter informações para o seu registro ou pós-registro; ou Forma farmacêutica de uma substância ativa ou placebo testada ou utilizada como referência em um ensaio clínico, incluindo um produto com registro quando utilizado ou montado (formulado ou embalado) de uma forma diferente da registrada, ou quando utilizado para uma indicação não registrada, ou quando usado para obter mais informações sobre a forma registrada (BRASIL, 2019).

Embora um estudo recente, com base em dados populacionais, sugira que as vacinas utilizadas no Reino Unido parecem ser altamente eficazes na redução da transmissão, somente agora estão se consolidando as evidências sobre o quanto diferentes vacinas ajudam a prevenir a propagação da doença. Além disso, a eficácia da vacina é variável: a OMS aceita um valor de eficácia superior a 50%, com um limite inferior de 30%. A imunidade produzida pelas vacinas é alcançada apenas algumas semanas após a vacinação, e sabe-se que infecções pós- vacinação que requerem hospitalização ocorrem em indivíduos vacinados, embora em uma porcentagem muito pequena. Além disso, vacinas normalmente consideradas de alta eficácia podem se tornar obsoletas com o surgimento de novas variantes do vírus. (UNESCO e COMEST, 2021, p.3).

Assim, em virtude da autonomia privada as pessoas deveriam poder escolher se se submetem ou não à vacinação contra a COVID-19, bem como, em decorrência da autonomia profissional o parecer do médico se seu paciente deve ou não tomar a vacina deveria ser respeitado. O próprio CFM garante a autonomia do médico, do paciente e a valorização da relação médico paciente, “sendo essa a mais próxima possível, com o objetivo de oferecer ao doente o melhor tratamento médico disponível no momento” (CFM, 2021, pág. 3, grifo nosso).

Em que pese a Lei 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, prevendo, entre outras medidas, a possibilidade de vacinação (Lei 13.979/2020, art. 3º, III, d), não se pode olvidar que a preservação da vida e a autonomia da pessoa lúcida são soberanas. E que qualquer tentativa de eludir isso é “materialmente inconstitucional” (CAPEZ, 2009, p. 07, grifo nosso).

No entanto, ao ser chamado para a interpretação prática da referida alínea, a decisão do ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 754 no dia 14/02/2022 covardemente explica que:

No sentido de que (i) “a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a **restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei**, ou dela decorrentes”, esclarecendo, ainda, que (ii) “tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”, (BRASIL, 2022, grifo nosso)

Embora tenha o Supremo Tribunal Federal (STF) permitido a coerção indireta da vacina, a realidade presenciada é que as pessoas estão sendo coagidas a cederem a sua integridade moral, física e psicológica para atender a imposições estatais ou privadas, sob pena de sofrer graves restrições e seus direitos serem tolhidos.

Destarte, o Código de Nuremberg afirma categoricamente, e na melhor medida kantiana, que “requer que o pesquisador proteja os melhores interesses do seu paciente, mas também proclama que **os sujeitos possam ativamente protegerem a si mesmos**”, (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, 1947, não paginado, grifo nosso) o que foi vivenciado na prática foi uma total inversão de valores com voltas à barbárie de antigamente.

Não bastasse, na ocasião que os preceitos para limitação dos direitos e liberdades individuais foram avaliados, entendeu-se que " (...) o Estado pode ordenar experimentos fatais em seres humanos, mas os médicos permanecem responsáveis por não realizá-los", (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, 1947, não paginado, grifo nosso). Ou seja, embora legal, essa intimidação é flagrantemente imoral, imolando tudo o que se conquistou a respeito dos Direitos, Garantias e Liberdades Individuais até hoje.

Ora, se o Estado ameaça os indivíduos sob sua tutela de terem seus direitos fundamentais de liberdade e autonomia cerceados mediante a recusa de fazer parte de um experimento, ainda que testado, seguro e com efeitos colaterais leves, está configurada lesão de sua dignidade, princípio este tão valorizado pelo nosso ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade humana é um princípio que surgiu na consistência de qualidade essencial de cada ser humano, constituindo o coração e a gênese que assegura condições materiais mínimas de sobrevivência.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 aperfeiçoou o princípio da dignidade humana à condição de centro de todo ordenamento jurídico, consagrando-o como fundamento basilar da República, previsto no artigo 1º, inciso III. Consequente, o princípio da dignidade da pessoa humana nasceu para garantir a vida digna para proteger o ser humano, mantendo e garantindo o viver com dignidade regado de respeito mútuo entre os cidadãos.

No entanto, o legislador constituinte ainda se empenhou em trazer no texto constitucional, um extenso rol de direitos para garantir assim a sua proteção e efetividade, estando a maioria previstos no Título II, artigo 5º. Sua incorporação nos direitos fundamentais, estabeleceu direitos e garantias, fazendo com que o ser humano seja protegido, repudiando situações que agridam sua pessoa. Da interpretação do artigo 5º, entende-se que todos os direitos fundamentais são clarificações provenientes da dignidade da pessoa humana, sendo assim fundamental para a ordem jurídica. À vista da sua sagrada importância para a Constituição, qualquer desrespeito ou a menor ofensa, viola sua essência.

Assim, no contexto atual de passaporte sanitário, podem ser mencionados diversos efeitos indesejados como resultado, a segregação desumana entre as pessoas; restrições ilegais; restrições aos direitos fundamentais e sociais; e, outros tipos de abusos e preconceitos.

O passaporte sanitário em diferentes situações, condiciona o exercício de garantias fundamentais e direitos humanos à submissão contra a vontade do indivíduo a tratamento de saúde com risco à saúde e vida do paciente, e isto configura violação do sistema de proteção contra o Estado na vida privada e íntima.

Em relação à liberdade pode-se facilmente destacar que a criação de hipóteses não previstas em Lei para privar alguém de liberdade de ir, vir e permanecer fere o princípio da legalidade e devido processo legislativo posto que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

É indiscutível que a mera exigência de um comprovante do passaporte sanitário, para a locomoção dos indivíduos dentro de seu próprio território já que conduz à segregação de cidadãos, sendo, evidentemente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro vigente.

A imposição do passaporte vacinal fere, ainda, o princípio da igualdade, pois a imposição segrega os indivíduos, passando a ideia de haver castas dentro da sociedade brasileira – a dos vacinados e a dos não vacinados -, o que indubitavelmente é incompatível com o estado democrático de direito colidindo com os artigos 3º, inciso IV e artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Cidadã.

A dignidade humana em sua dimensão de autodeterminação do indivíduo se configura pela garantia que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo de prevalecer sua decisão mesmo que contrária ao desejo da maioria ou mesmo de agentes públicos titulares de cargos que agem em nome do Estado. Portanto, quando se cria uma condição excepcional não prevista na constituição para substituir a vontade do indivíduo pela do Estado estamos diante de uma violação ao direito à liberdade e à autonomia.

Diante disso é possível concluir que a exigência do passaporte sanitário de vacinação contra a COVID-19, está em confronto com a Constituição Federal, ainda, não observa os requisitos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não acompanha as recomendações impostas e muito bem esclarecidas pela UNESCO e pela Organização Mundial da Saúde, não respeita as resoluções do Conselho Regional de Medicina e tampouco apresenta elementos científicos para justificar a imposição dele. Nesta vertente, a exigência é arbitrária e ilegal, além de afrontar direitos fundamentais consagrados na Constituição Pátria, violando assim, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Veja as medidas que cada estado está adotando para combater a covid-19**: De suspensão de aulas a fechamento de comércio, veja o que é regra. Agência Brasil Notícias: Brasília, 28 mar. 2020. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/veja-medidas-que-cada-estado-esta-adoptando-para-combater-covid-19>. Acesso em: 07 set. 2022.

ABBAGANANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. da 1. ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ASSIS DIAS, J. F. de; KRACIESKI, G. J. **Evolução filosófica do conceito de dignidade humana**. Aufklärung: revista de filosofia, [S. l.], v. 8, n. 1, p. p.135–152, 2021. DOI: 10.18012/arf.v8i1.53583. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/arf/article/view/53583/33467>. Acesso em: 7 out. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. **Luís Roberto Barroso, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto online. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Texto on-line. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em: 02 out. 2022.

_____. LEI Nº 13.979, de 6 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. Texto online. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm, acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** (ADPF) Nº 754
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034102>, acesso em: 07 out. 2022.

BITTAR, Eduardo C. B. **Dignidade, in Dicionário de Direito de Família** (Caetano Lagrasta Neto e José Fernando Simão). São Paulo: Gen/Atlas. 2015, p. 278.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de Ética Médica (CEM)**: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Texto online, disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>, acesso em: 07 out. 2022.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 set 2022.

SANTANA, André. **Vacinação obrigatória e o Código de Nuremberg**. Texto online. Disponível em: <https://andreluizdarochasantana.jusbrasil.com.br/artigos/935205123/vacinacao-obrigatoria-e-o-codigo-de-nuremberg>, acesso em: 07 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. E-PUB. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Roberta Soares da. **Dignidade humana**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/507/edicao-1/dignidade-humana>. Acesso em: 07 set. 2022.

UNESCO. **Declaração sobre ética de certificados e passaportes vacinais de COVID-19**. Paris, 2021. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378043>. Acesso em: 18 set 2022.

YAHOO!. **Passaporte sanitário**: Veja onde já existe e quais capitais articulam. Yahoo!Notícias. [S. l.], 08 out. 2021. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/passaporte-sanit%C3%A1rio-veja-onde-j%C3%A1-133206225.html>. Acesso em: 18 set 2022.

A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE APOSENTADORIA PROMOVIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019 E O DÉFICIT DA PREVIDÊNCIA DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

ROMÁRIO FEITOSA DE SOUZA:
Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

MAÍRA BOGO BRUNO¹³

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo trata sobre a desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria dos servidores públicos pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, com o objetivo de demonstrar que esta medida não contribui efetivamente para a redução do déficit previdenciário dos regimes próprios de previdência social, sendo que, em determinados casos, pode acarretar um efeito contrário daquele pretendido pela reforma da previdência. Para tanto, foi utilizada a metodologia de pesquisa jurídica com método dedutivo e com técnica exploratória, bibliográfica e documental. No decorrer do estudo verificou-se uma evolução da organização dos regimes próprios de previdência social, em decorrência das reformas previdenciárias implementadas, visando principalmente o equilíbrio financeiro e atuarial desses regimes previdenciários, todavia, a última reforma previdenciária pode colocar em risco esse equilíbrio, em razão da desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria. O resultado obtido foi a constatação de que a Emenda Constitucional n.º 103/2019, ao desconstitucionalizar os requisitos de aposentadoria, seguiu na contramão daquilo que foi adotado pelas reformas previdenciárias anteriores, além de possibilitar a edição de leis sem a observância dos parâmetros mínimos para efetivação do princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial, causando o aumento do déficit previdenciário do regime próprio de previdência social.

Palavras-chave: Requisitos de Aposentadoria; Receita, Despesa, Estudo Atuarial; Impacto da Reforma da Previdência.

ABSTRACT: This article deals with the deconstitutionalization of the retirement requirements of public servants by Constitutional Amendment 103/2019, with the objective of demonstrating that this measure does not effectively contribute to the reduction of the pension deficit of the own social security systems, and, in certain cases, it may have an effect contrary to that intended by the pension reform. For that, the methodology of legal

¹³ Mestra Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: maira@unest.edu.br

research with deductive method and with exploratory, bibliographical and documentary technique was used. During the study, there was an evolution in the organization of the social security systems themselves, as a result of the implemented pension reforms, mainly aiming at the financial and actuarial balance of these social security systems, however, the last social security reform may jeopardize this balance, in reason for the deconstitutionalization of retirement requirements. The result obtained was the finding that Constitutional Amendment 103/2019, by deconstitutionalizing the retirement requirements, went against what was adopted by previous social security reforms, in addition to allowing the enactment of laws without observing the minimum parameters for the effectiveness of the pension. constitutional principle of financial and actuarial balance, causing an increase in the social security deficit of the social security system itself.

Keyword: Retirement Requirements; Revenue, Expense, Actuarial Study; Impact of Pension Reform.

1 INTRODUÇÃO

A última grande reforma da previdência no Brasil, promovida pela Emenda Constitucional n.º 103/2019 (EC 103/2019), entre outras medidas, desconstitucionalizou os requisitos para aposentadoria pelo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A referida emenda, em seu artigo 1º, alterou a redação do artigo 40 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), especialmente o inciso III do § 1º, conforme se vê adiante.

A redação anterior à reforma previdenciária de 2019 era a seguinte:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

[...]

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (BRASIL, 1998, não paginado).

A nova redação conferida pelo artigo 1º da Emenda Constitucional n.º 103/2019 é:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações

[...]

“Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§ 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado:

[...]

III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, **no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo.**”

[...]

§ 3º As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo. (BRASIL, 2019a, não paginado). (grifo nosso)

De acordo com o artigo 2º, inciso II, da Orientação Normativa SPS n.º 02/2009, Regime Próprio de Previdência Social é o regime previdenciário de determinado ente federativo, que assegura aos servidores titulares de cargo efetivo e seus dependentes os benefícios de aposentadoria e pensão por morte. Tem previsão no artigo 40 da Constituição Federal e regulamentação pela Lei Federal n.º 9.717 de, 27 de novembro de 1998.

Sobre isso, o questionamento que se pretende responder no decorrer dessa pesquisa é: a desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria, promovida pela Emenda Constitucional n.º 103/2019 no inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, contribui para a redução do déficit previdenciário dos Regimes Próprios de Previdência Social?

Tem como objetivo geral demonstrar que a desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria pode acarretar um efeito contrário daquele pretendido pela Reforma da Previdência, fazendo com que regimes próprios de previdência social aumentem ainda mais o seu déficit previdenciário.

Para tanto, os objetivos específicos serão no sentido de: a) destacar a importância do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial para a manutenção dos regimes próprios de previdência social e o risco de sua violação decorrente da desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria; b) apresentar situações que podem ocorrer no âmbito dos entes federativos quando da edição de lei complementar da reforma da previdência, se não observados os preceitos que garantem o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social; e c) demonstrar que a edição de lei sem a observância de requisitos preestabelecidos pela norma constitucional pode levar ao aumento do déficit do regime próprio de previdência social.

Como meio para alcançar os objetivos propostos, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, que se dará por meio da pesquisa exploratória, bibliográfica e documental da legislação previdenciária brasileira, assim como, da doutrina, jurisprudência, orientações e instruções normativas, notas técnicas e estudos atuariais relacionados à Previdência Social, especialmente no que diz respeito aos regimes próprios de previdência social. Na análise dos dados serão aplicadas as técnicas qualitativa e quantitativa.

Esta pesquisa foi motivada pela necessidade de demonstrar os impactos da desconstitucionalização para o déficit previdenciário dos regimes próprios de previdência social e poderá ser utilizado como instrumento para auxiliar os entes federativos subnacionais na definição das regras de elegibilidade de benefícios, bem como, na fixação de requisitos que possibilitem harmonia entre um benefício justo para os segurados e, ao

mesmo tempo, garanta o equilíbrio financeiro e atuarial do respectivo regime próprio de previdência social.

No que se refere à estruturação desta pesquisa, a primeira seção é composta pela introdução; a segunda seção aborda de forma breve o aspecto histórico dos RPPS no Brasil, desde a Constituição Federal de 1988 até o modelo organizacional atual; a terceira seção trata sobre as reformas previdenciárias e a busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS; a quarta seção discorre especificamente sobre a Emenda Constitucional n.º 103/2019, a desconstitucionalização dos requisitos de aposentaria e seus efeitos; e, por fim, a quinta seção conclui acerca das ideias e objetivos traçados no decorrer da pesquisa.

Dessa forma, a presente pesquisa contribuirá como um importante elemento de auxílio na busca pela segurança do sistema previdenciário nacional, do bem-estar social e de uma melhor qualidade de vida daqueles que tanto trabalharam e contribuíram para o desenvolvimento do nosso país.

2 HISTÓRICO DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A existência dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) assim como se conhece hoje, organizados por regras que estabelecem a obrigatoriedade das contribuições previdenciárias e a observância do equilíbrio entre as receitas e despesas, teve início apenas a partir da Emenda Constitucional n.º 20/1998.

Até então, a concessão de aposentadorias aos servidores públicos se dava com uma extensão da relação de trabalho estatutária, ou até mesmo como forma de prêmio pelos serviços prestados ao Estado. A contribuição do servidor, quando prevista, era com a finalidade de financiar os benefícios de pensões, assistência médica e auxílios aos seus dependentes (GUIMARÃES, 2011). Desta forma, a aposentadoria era paga diretamente pelo Tesouro e não dependia de contribuição previdenciária, seja do servidor ou do empregador (Estado), sendo necessário apenas a existência do vínculo funcional (DOS SANTOS; VIEIRA, 2007).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) não trouxe mudanças significativas em relação ao cenário anterior, pois se limitou a garantir aos servidores públicos o direito à aposentadoria, assim como ocorria nas Constituições anteriores. Somente com o advento da reforma previdenciária de 1998, surgiram os princípios básicos da exigência do caráter contributivo e do equilíbrio financeiro e atuarial que norteiam os RPPS (NOGUEIRA, 2012).

Isso se evidencia da análise da redação original do *caput* do artigo 40 da Constituição Federal de 1988, na redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 20/1998. A redação original do referido dispositivo constitucional apresentava apenas o

termo “o servidor será aposentado”. A redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/1998 foi a seguinte:

Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.” (BRASIL, [1998], não paginado) (grifo nosso)

Importante ressaltar que a Emenda Constitucional n.º 3/1993 acrescentou o § 6º ao artigo 40 da CF/88 estabelecendo que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais seriam custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei. Com isso, a Lei Federal n.º 8.688/1993 alterou a redação do § 2º do artigo 231 da Lei Federal n.º 8.112/1990 no sentido de incluir tal obrigatoriedade. Todavia, a referida obrigatoriedade se limitou aos servidores da União, não podendo ser estendida aos servidores dos entes federativos subnacionais, uma vez que a Lei Federal n.º 8.112/1990 dispõe exclusivamente sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Dias antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 20/1998, foi publicada a Lei Federal n.º 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Seu artigo 1º trouxe a previsão da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS, bem como, da contribuição previdenciária do respectivo ente federativo, dos servidores ativos, dos inativos e dos pensionistas (inciso II).

Entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Emenda Constitucional n.º 20/1998 foram criados aproximadamente 1.242 regimes próprios de previdência social no Brasil. Entretanto, em razão da ausência de norma que estabelecesse regras específicas para a criação e manutenção desses regimes, foram instituídos de maneira precária, o que inviabilizaria a sua permanência no médio e longo prazo caso alguma medida não fosse tomada (NOGUEIRA, 2012).

No que tange aos problemas relacionados à criação dos RPPS nesse período, destacam-se os seguintes: a) ausência de estudo atuarial prévio; b) cobertura de servidores não titulares de cargo efetivo (contratados, comissionados e temporários) e seus dependentes; c) ausência ou definição de alíquotas de contribuição insuficientes à cobertura das despesas; d) concessão de inúmeros benefícios assistenciais e auxílios; e) concessão de empréstimos com os recursos previdenciários; f) utilização indevida dos recursos e/ou aplicação em outras áreas da administração pública (NOGUEIRA, 2012).

Diante de todo esse cenário adverso, a saída encontrada pelo governo foi a realização de reformas e edição de leis para regulamentar a criação e a manutenção desses regimes previdenciários. Dentre elas, destacam-se a Lei Federal n.º 9.717/1998, a Emenda Constitucional n.º 20/1998, a Emenda Constitucional n.º 41/2003 e a Lei Federal n.º 10.887/2004, além da Emenda Constitucional n.º 103/2019.

Ao estabelecerem regras de organização e funcionamento que proporcionaram significativos avanços na sua gestão dos RPPS, as Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e n.º 41/2003, e as Leis n.º 9.717/1998 e n.º 10.887/2004, redefiniram o marco institucional para os regimes próprios de previdência social como se conhece hoje (NOGUEIRA, 2012).

Concluídas as breves considerações acerca do histórico dos regimes próprios de previdência social no Brasil, passa-se ao estudo das reformas previdenciárias na busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS.

3 AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS E A BUSCA PELO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DOS RPPS

Conforme mencionado na seção anterior, até o advento da Emenda Constitucional n.º 20/1998 (EC 20/1998) os RPPS não estavam devidamente organizados, consequentemente resultando em uma situação de déficit financeiro/previdenciário que inviabilizava a sua permanência a longo prazo.

O déficit previdenciário pode ser definido como o desequilíbrio entre as receitas e despesas de um determinado sistema ou regime previdenciário, que se configura a partir do momento que as despesas superam as receitas dentro de um determinado período. “[...] nada mais é do que o saldo operacional, ou seja, a soma das receitas das contribuições ao INSS sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho deduzidas dos benefícios previdenciários do RGPS.” (CARVALHO; CARVALHO; AIRES, 2019, não paginado).

Visando solucionar esse problema, em 1998 foram publicadas as primeiras normas que deram origem ao novo quadro de organização aplicado aos regimes próprios de previdência social, sendo a Lei Federal n.º 9.717/98 e a Emenda Constitucional n.º 20/98.

Sobre o tema, Eduardo Ferreira Albuquerque e Sara Maria Rufino de Sousa (2021, p. 72) fazem a seguinte ponderação:

[...] a reforma promovida pela EC nº 20/98 inseriu no texto constitucional importantes mecanismos que visaram assegurar a sustentabilidade dos RPPS diante do cenário que se verificava naquele momento: grande expansão no número de RPPS instituídos, apenas para não sofrer a forte cobrança dos encargos previdenciários pelo INSS, sendo essa expansão também decorrente, conforme assevera Nogueira (2012), da ausência de lei federal estabelecendo normas gerais para a administração da previdência pública.

A partir de então, iniciou-se a era da busca pela manutenção do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS, consagrado no artigo 40 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Desde então, foram criadas diversas normas (leis, decretos, portarias, orientações e instruções normativas) estabelecendo regras a serem observadas pelos entes federativos e suas respectivas unidades gestoras de RPPS a fim de alcançar tal objetivo. Também, sobrevieram novas reformas previdenciárias, a exemplo das Emendas Constitucionais n.º 41/2003 e 103/2019, de maior impacto e relevância.

Com o propósito de evidenciar as transformações realizadas por essas reformas previdenciárias, a partir deste ponto serão abordadas, de forma resumida, as principais alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais n.º 20/1998, 41/2003 e 103/2019.

As principais mudanças promovidas pela Emenda Constitucional n.º 20/98 foram as seguintes: a) somente os servidores titulares de cargo efetivo passaram ser vinculados aos RPPS; b) inserção do caráter contributivo e da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS; c) limitação do valor dos benefícios de aposentadoria e pensão à remuneração do servidor no cargo efetivo; d) aposentadoria especial de professor apenas nos casos de exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio; e) vedação da aplicação de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria pelos RPPS, exceto nas hipóteses de atividades exercidas sob condições especiais prejudiciais à saúde ou a integridade física; f) substituição do “tempo de serviço” pelo “tempo de contribuição”; g) vedação da utilização de tempo de contribuição fictício; h) vedação aos RPPS de concederem benefícios distintos daqueles previstos para o RGPS. (BRASIL, [1998])

Além disso, definiu no próprio texto constitucional os critérios para concessão das aposentadorias, conforme se vê no trecho reproduzido a seguir, da nova redação dada ao art. 40 da CF/88:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (BRASIL, [1998], não paginado)

Em relação à Emenda Constitucional n.º 41/2003 (EC 41/2003), as principais mudanças foram: a) instituição da cobrança de contribuição previdenciária sobre a parcela dos proventos de aposentadoria e pensão que superassem o teto de benefício do RGPS; b) evidenciação da obrigatoriedade da cobrança da contribuição previdenciária dos entes federativos (patronal) não inferior à contribuição dos servidores da União; c) estabelecimento de nova forma de cálculo e reajustamento dos benefícios; d) redução de 30% sobre o valor das pensões que superassem o teto do RGPS; e) instituição do abono de permanência em valor igual ao da contribuição previdenciária do servidor; f) vedação da existência de mais de um RPPS e mais de uma unidade gestora em cada ente federativo. (BRASIL, [2003])

No que se refere aos requisitos de aposentadoria, a EC 41/2003 seguiu a mesma linha adotada pela EC 20/98, no sentido de manter no próprio texto constitucional (art. 40 da CF/88) os critérios para concessão dos benefícios.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (BRASIL, [2003], não paginado)

A respeito da mudança na forma de cálculo das aposentadorias, o novo modo foi regulamentado pela Lei Federal n.º 10.887, de 18 de junho de 2004, sendo aplicável aos proventos de aposentadoria dos servidores efetivos de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. Na forma anterior o benefício era fixado com base na remuneração do servidor no cargo

efetivo, correspondente à totalidade da remuneração (proventos integrais). A nova forma de cálculo passou a considerar a média aritmética dos salários de contribuição, conforme se vê adiante.

Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

[...] (BRASIL, [2019], não paginado)

No que se refere à forma de reajuste, a EC 41/2003 passou a assegurar o reajustamento apenas para preservação do valor real do benefício, conforme critérios estabelecidos em lei (art. 40, § 8º, da CF/88). O novo critério foi regulamentado pelo art. 15 da Lei n.º 10.887/2004, de modo que os reajustes passaram a ocorrer na mesma data e pelos mesmos índices aplicáveis ao reajuste dos benefícios do RGPS. Diante disso, o instituto da paridade, que até então era aplicado a todos os benefícios, ficou garantido apenas nas regras de transição, aplicáveis aos servidores que ingressaram no serviço público até 31/12/2003.

Por seu turno, as principais mudanças promovidas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019 (EC 103/2019) em relação aos RPPS foram as seguintes: a) possibilidade de os entes federativos restringirem o alcance da norma que trata do abono de permanência, estabelecendo critérios próprios para seu pagamento; b) vedação da instituição de novos regimes próprios de previdência social; c) limitação do rol de benefícios dos RPPS às aposentadorias e pensão por morte; d) transferência da responsabilidade pelo pagamento dos benefícios temporários (auxílio-doença, auxílio-reclusão, salário-maternidade e salário-família) ao Tesouro dos entes federativos; e) vedação aos Estados, Distrito Federal e Municípios de estabelecerem alíquota inferior à contribuição dos servidores da União,

exceto na hipótese de ausência de déficit atuarial a ser equacionado; f) vedação do parcelamento de débitos dos entes federativos com seus RPPS em prazo superior a sessenta meses; g) restrições à acumulação de benefícios previdenciários; h) possibilidade de instituição de contribuição extraordinária, entre outras. (BRASIL, 2019a)

Além das mudanças citadas acima, há ainda aquela que diz respeito à desconstitucionalização dos requisitos para aposentadoria no âmbito dos RPPS do Estados, Distrito Federal e Municípios, que será abordada de forma específica na seção seguinte.

4 A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE APOSENTADORIA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/2019 E SEUS EFEITOS

Apesar da adoção de todas as medidas citadas na seção anterior, a situação da existência do déficit previdenciário persiste como uma sombra que ameaça a continuidade dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), muito em decorrência da má gestão inicialmente empregada.

Atualmente a maioria dos regimes próprios de previdência social possuem déficit atuarial, que está diretamente ligado à forma como esses regimes previdenciários foram criados e inicialmente geridos. A necessidade de amortização desse déficit, para efetivação do princípio equilíbrio financeiro e atuarial, é um grande desafio para os governantes federais, estaduais e municipais. (NOGUEIRA, 2012).

O agravamento do cenário levou à última grande reforma previdenciária, promovida pela Emenda Constitucional n.º 103/2019 (EC 103/2019), publicada em 13 de novembro de 2019, em meio a polêmicas causadas pelo debate sobre a (in)existência do déficit no sistema previdenciário brasileiro.

Uma corrente defendia que não existe déficit previdenciário, mas sim um superávit, se considerado todo o sistema de seguridade social brasileiro, pois soma de todas as contribuições repassadas à Previdência Social (receita) supera o valor das receitas supera o valor gasto com o pagamento dos benefícios previdenciários (despesas). Já outra corrente defendia a existência do déficit e a consequente necessidade de sua amortização através da implementação da reforma (JUNIOR, 2021).

Entre as várias alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019 em relação aos regimes próprios de previdência social, uma das que mais repercutirá impacto é aquela que trata da desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria.

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações

[...]

“Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§ 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado:

[...]

III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, **no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo.”**

[...]

§ 3º As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo. (BRASIL, 2019a, não paginado). (grifo nosso)

Sobre o assunto, os apontamentos da Secretaria de Previdência consignadas na Nota Técnica SEI n.º 12212/2019/ME são os seguintes:

24. A reforma desconstitucionalizou regras de elegibilidade da aposentadoria voluntária comum dos servidores públicos civis nos regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De acordo com o dispositivo transcrito a seguir, com exceção da idade mínima, cuja fixação exige emenda às respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, os demais requisitos de aposentadoria deverão ser estabelecidos mediante lei complementar do respectivo ente federativo (grifos nossos):

[...]

25. Portanto, foram desconstitucionalizados os requisitos de tempo de contribuição, tempo de efetivo exercício no serviço público e de

tempo no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria para todos os entes da Federação. A ausência desses parâmetros na Carta Magna implica a **eficácia limitada, não autoaplicável**, dessa norma constitucional de concessão do benefício de aposentadoria voluntária comum dos servidores públicos civis. (BRASIL, 2019b, não paginado).

A desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria transfere a cada ente federativo que possui RPPS a responsabilidade pela edição de lei complementar para regulamentá-los (requisitos e forma de cálculo e reajustamento dos benefícios), gerando uma situação de pluralidade de normas previdenciárias com requisitos diferenciados aplicáveis aos servidores públicos dos diversos entes federativos. Dessa forma, cria-se um panorama de insegurança jurídica, bem como, coloca ainda mais em risco o princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS, consagrado pelo artigo 40 da Constituição Federal de 1988. Nesta lógica, a seguinte constatação de Ana Cristina Moraes Warpechowski e Michele Gomes Ciocari (2020, p. 81):

Diante desse quadro, existem inúmeras dúvidas por parte dos gestores, legisladores estaduais e municipais que poderão aprofundar as desigualdades entre os requisitos de elegibilidade e regras de cálculo, até como uma forma de atrair candidatos em concursos públicos, em uma espécie de “guerra previdenciária” favorável aos entes menos deficitários. Com efeito, esses fatores poderão acentuar a insegurança e a falta de credibilidade nas regras estabelecidas, bem como levar a um aumento do número de servidores com depressão ou ansiedade.

Um dos motivos apresentados como causa do desequilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social no cenário anterior às reformas previdenciárias de 1998 e 2003 era a desarmonia e a diversidade das regras previdenciárias (NOGUEIRA, 2012). Nesse ponto, as mudanças trazidas pelas Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e 41/2003 foi no sentido de harmonizar as regras para concessão de benefícios, de modo que, em cada uma delas, a própria norma constitucional definiu os critérios para elegibilidade de aposentadoria, que eram aplicadas a todos os RPPS em âmbito nacional.

A Emenda Constitucional n.º 103/2019, ao desconstitucionalizar os requisitos de aposentadoria, traz de volta o cenário que vigorava antes do início das normas que são consideradas um marco na organização dos regimes próprios de previdência social, cenário esse que, como já demonstrado, não se revelou o mais adequado para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS.

Portanto, verifica-se que ao desconstitucionalizar os requisitos de aposentadoria, bem como, a forma de cálculo e reajustamento dos benefícios, criou-se um estado de insegurança jurídica em âmbito nacional. Além disso, em determinados casos, poderá ocorrer o efeito inverso àquele pretendido pela reforma da previdência, ou seja, o aumento do déficit previdenciário na hipótese de edição de norma local sem a observância dos parâmetros mínimos para a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.

Exemplo prático disso se constata no Município de Jataí, Estado de Goiás, que promoveu a reforma da previdência por meio da Lei Complementar n.º 30, de 16 de dezembro de 2021, possibilitando aos servidores municipais que ingressaram no serviço público em cargo efetivo até a data início de sua vigência (21/12/2021) o direito de se aposentarem com proventos integrais e reajuste pela paridade, caso cumpram os requisitos para aposentadoria voluntária por idade e tempo de contribuição. Essa possibilidade está prevista nas regras de transição da pontuação e do pedágio, regulamentadas respectivamente pelo art. 4º, § 6º, inciso I e § 7º, inciso I e pelo art. 7º, § 2º, inciso I e § 3º, inciso I da referida Lei Complementar.

Art. 4º. O servidor público Municipal que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Lei Complementar, poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

[...]

§ 6º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderão:

I - à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 8º, **para o servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data da publicação desta Lei Complementar** e que não tenha feito a opção de que trata o § 16, do art.40, da Constituição Federal, desde que tenha, no mínimo 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou, para os titulares do cargo de professor de que trata o § 4º, 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;

[...]

§ 7º **Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo** não serão inferiores ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e **serão reajustados**:

I - **de acordo com o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 6º; ou

[...]

Art. 7º. O segurado que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Lei Complementar poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

[...]

§ 2º **O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderá:**

I - **em relação ao servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data da publicação dessa Lei Complementar** e que não tenha feito a opção de que trata o § 16, do art. 40, da Constituição federal, **à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**, observado o disposto no § 8º, do Art. 4º; e

[...]

§ 3º **O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo** não será inferior ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e **será reajustado**:

I - **de acordo com o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 2º; (JATAÍ, 2021, não paginado) (grifo nosso)

Até então as regras para concessão das aposentadorias no âmbito do JATAÍ-PREVI eram regulamentadas pela Lei Municipal n.º 2.761, de 05 de janeiro de 2007, que garantia integralidade dos proventos e o reajuste pela paridade apenas aos servidores que ingressaram no serviço público em cargo efetivo até 31/12/2003 (arts. 88, 90 e 91). Conforme mencionado na Seção 3 do presente Artigo, a EC 41/2003 em conjunto com a

Lei Federal n.º 10.887/2004 definiram nova forma de cálculo (aplicação da média aritmética das remunerações de contribuição) e reajustamento dos benefícios (mesmo critério aplicável aos benefícios do RGPS), aplicáveis a todos os RPPS em âmbito nacional.

Tabela comparativa dos cenários anterior e pós-reforma da previdência no município de Jataí.

Tabela 01 – Comparação dos cenários anterior e pós-reforma¹⁴

	CENÁRIO ANTERIOR	NOVO CENÁRIO (PÓS-REFORMA)
Proventos integrais	Servidores admitidos até 31/12/2003 (arts. 88 e 91 da Lei 2.761/2007)	Servidores admitidos até 20/12/2021 (art. 4º, § 6º, I e art. 7º, § 2º, I da LCM 30/2021)
Reajuste pela paridade	Servidores admitidos até 31/12/2003 (art. 90 da Lei 2.761/2007 c/c art. 7º da EC 41/2003)	Servidores admitidos até 20/12/2021 (art. 4º, § 7º, I e art. 7º, § 3º, I da LCM 30/2021)
Proventos calculados pela média das remunerações de contribuição	Servidores admitidos a partir de 01/01/2004 (art. 35 da Lei 2.761/2007)	Servidores admitidos a partir de 21/12/2021 (arts. 3º e 8º da LCM 30/2021)
Reajuste sem paridade	Servidores admitidos a partir de 01/01/2004 (art. 37 da Lei 2.761/2007)	Servidores admitidos a partir de 21/12/2021 (art. 8º, § 5º da LCM 30/2021)

Fonte: Autor do Artigo (2022)

A título de comparação, a Emenda Constitucional n.º 103/2019, ao estabelecer novas regras de aposentadoria aos servidores da União, manteve a integralidade e a paridade somente aos servidores que ingressaram no serviço público via concurso até 31/12/2003, conforme art. 4º, § 6º, inciso I e § 7º, inciso I e art. 20, § 2º, inciso I e § 3º, inciso I. Já o Município de Jataí/GO garantiu a possibilidade de aposentadoria com proventos integrais e reajuste pela paridade a todos os servidores municipais admitidos até

¹⁴ As informações da Tabela 01 foram obtidas da análise comparativa entre as regras de aposentadorias previstas na Lei Municipal n.º 2.761/2007 e Lei Complementar Municipal n.º 30/2021, disponíveis nos endereços eletrônicos <https://www.jatai.go.leg.br/ta/368/text?> e <https://www.jatai.go.leg.br/ta/8682/text?>, respectivamente. Acesso em: 24 set. 2022.

20/12/2021 (data imediatamente anterior à vigência da Lei Complementar n.º 30/2021), conforme tabela acima.

Ora, se no cenário anterior, em que os proventos integrais e o reajuste pela paridade eram aplicáveis apenas aos servidores admitidos até 31/12/2003, os regimes de previdência já se encontravam em situação deficitária preocupante, imagine o que poderá ocorrer quando se estende tais benefícios a toda a massa de servidores admitidos até o momento da respectiva reforma previdenciária. A tendência é o aumento significativo do déficit atuarial do regime próprio de previdência.

Isso se evidencia quando da análise das Reavaliações Atuariais¹⁵ do Fundo Municipal de Previdência Social dos Servidores de Jataí (JATAÍ-PREVI) nos anos de 2021 (anterior à reforma) e 2022 (posterior à reforma), conforme tabela abaixo.

Tabela 02 – Demonstração do aumento do déficit atuarial¹⁶

Estudo Atuarial	Data Focal	Déficit Atuarial
Reavaliação Atuarial 2021	31/12/2020	R\$ 534.008.494,75
Reavaliação Atuarial 2022	31/12/2021	R\$ 616.958.116,46

Fonte: Autor do Artigo (2022)

Diante disso, a tendência é que o déficit atuarial do JATAÍ-PREVI aumente ainda mais nos próximos anos, quando os benefícios de aposentadoria voluntária por idade e tempo de contribuição baseados na Lei Complementar n.º 30/2021 começarem a ser concedidos (com integralidade) e reajustados (pela paridade), configurando ganho real sobre os proventos, fato esse que deverá ser considerado nas reavaliações atuariais, conforme dispõe o art. 38 da Portaria MTP n.º 1.467, de 02 junho de 2022.

O exemplo prático demonstrado evidencia que a desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria não se revela como medida efetiva para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS. A transferência da responsabilidade de definição dos requisitos de aposentadoria e forma de cálculo e reajustamento dos benefícios aos entes federativos subnacionais possibilita o surgimento de leis previdenciárias que

¹⁵ As Reavaliações Atuariais utilizadas como fonte para os valores do déficit atuarial nos anos de 2021 e 2022 são documentos públicos e podem ser consultados junto ao Fundo Municipal de Previdência Social dos Servidores de Jataí (JATAÍ-PREVI), situado à Rua Osvaldo Cruz, n.º 1621, Setor Samuel Grahan, Jataí - GO, CEP 75804-070.

¹⁶ As informações da Tabela 02 foram extraídas dos relatórios das reavaliações atuariais de 2021 e 2022 do JATAÍ-PREVI.

beneficiam em demasia os servidores, em detrimento da saúde financeira do respectivo regime próprio de previdência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que a desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria pela Emenda Constitucional n.º 103/2019 não contribui para a redução do déficit dos regimes próprios de previdência social, pois, à medida que se transfere a responsabilidade e a liberdade para que os entes federativos subnacionais regulamente a matéria, abre-se a possibilidade de edição de leis sem a observância dos cuidados mínimos para efetivação do princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social, consagrado no art. 40 da Carta Magna e no art. 1º da Lei Federal n.º 9.717/1997.

Isso ficou demonstrado de forma prática no exemplo apresentado do Município de Jataí, Estado de Goiás, onde houve aumento do déficit atuarial após da reforma da previdência municipal, que estendeu a integralidade dos proventos e o reajuste com paridade a todos os servidores admitidos até a data da publicação da Lei Complementar Municipal n.º 30/2021, quando a regra anterior limitava tal direito somente aos servidores admitidos até 31/12/2003. Ou seja, o legislador municipal deixou de observar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS quando da edição da referida Lei Complementar.

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, as reformas previdenciárias promovidas a partir da Constituição de 1988 foram no sentido de buscar o equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS, todavia, sempre mantendo a uniformidade das regras de benefícios, fugindo do modelo anteriormente adotado que não se revelou eficaz, o da pluralidade de normas previdenciárias. A desconstitucionalização dos requisitos de aposentadoria dos servidores públicos vai na contramão daquilo que vem sendo aplicado nas três últimas décadas, fazendo ligar o alerta daquilo que poderá ocorrer nos próximos anos em relação ao déficit previdenciário dos regimes próprios de previdência social.

Por fim, diante dessa nova realidade, é imprescindível que os entes federativos tenham prudência e sensatez quando da edição de lei local para reforma previdenciária no âmbito dos seus respectivos regimes de previdência, a fim de garantir a efetividade do princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS em harmonia com o direito à previdência social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Ferreira; DE SOUSA, Sara Maria Rufino. A reforma da previdência nos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) dos municípios paraibanos - o que mudou um ano após a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 103/19. **Regimes Próprios: aspectos relevantes**, v. 15. Lucia Helena Vieira (coord.). São Bernardo do Campo: APEPREM, 2021.

Disponível em: <https://www.abipem.org.br/wp-content/uploads/2021/09/LIVRO-REGIMES-PROPRIOS-15.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.887.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Secretaria de Previdência. Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social. Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal. Coordenação de Estudos e Diretrizes de Normatização. **Nota Técnica SEI nº 12212/2019/ME**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 22 nov. 2019b. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/11/SEI_ME-5155534-Nota-Tecnica-12212.pdf. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Secretaria de Previdência Social. **Orientação Normativa nº 02, de 31 de março de 2009**. Brasília, DF: Secretaria de Previdência Social, [2014]. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2016/06/ORIENTACAONORMATIVASPSn02de31mar2009atualizada11jul2014-1-1.pdf>. Acesso em: 5 set. 2022.

CARVALHO, André Cutrim; CARVALHO, David Ferreira; AIRES, Alana Paula de Araujo. **O déficit do sistema previdenciário brasileiro. análise econômica para o período de 1995-2018**. Espaço Abierto, vol. 28, núm. 3, pp. 129-172. Maracaibo, Venezuela: Universidad del Zulia, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/122/12264369008/html/#fn1>. Acesso em: 02 jun. 2022.

DOS SANTOS, Fabiano Silva; VIEIRA, Lucia Helena. A organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social. **Regimes Próprios: aspectos relevantes**, v. 01. Fabiano Silva dos Santos (org.). [s.l.]: APEPREM, 2007. Disponível em: <https://www.abipem.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Regimes-Pr%C3%B3prios-Aspectos-Relevantes-Volume-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

GUIMARÃES, Otoni Gonçalves. Os regimes de previdência social dos servidores públicos do Brasil: o equilíbrio financeiro e atuarial definido pelo artigo 40 da Constituição Federal numa perspectiva de sustentabilidade. **Regimes Próprios: aspectos relevantes**, v. 5. Valnei Rodrigues; Lucia Helena Vieira (org.). São Bernardo do Campo: APEPREM, 2011. Disponível em: <https://www.abipem.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Regimes-Pr%C3%B3prios-Aspectos-Relevantes-Volume-5.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

JATAÍ. **Lei Complementar nº 30, de 16 de dezembro de 2021**. Estabelece o tempo de contribuição e demais requisitos para concessão dos benefícios previdenciários devidos pelo Regime Próprio de Previdência do Município de Jataí, nos termos da EC 103, de 13/11/2019. Jataí, GO: Câmara Municipal, [2021]. Disponível em: <https://www.jatai.go.leg.br/ta/8682/text?>. Acesso em: 24 set. 2022.

JATAÍ. **Lei nº 2.761, de 05 de janeiro de 2007**. Dispõe sobre a reestruturação do Regime Próprio de Previdência Social do Município de Jataí/GO. Jataí, GO: Câmara Municipal, [2022]. Disponível em: <https://www.jatai.go.leg.br/ta/368/text?>. Acesso em: 24 set. 2022.

JUNIOR, Waldemar Ramos. **Déficit da previdência existe? Idade para Aposentadoria**. 2021. não paginado. Disponível em: <https://saberalei.com.br/deficit-da-previdencia-existe/>. Acesso em: 20 set. 2022.

NOGUEIRA, Naron Gutierrez. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado**. Coleção Previdência Social, v. 34. Brasília, DF: Ministério da Previdência Social, 2012. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/1_120808-172335-916.pdf. Acesso em: 11 set. 2022.

WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; CIOCCARI, Michele Gomes. Depressão e ansiedade como causas de aposentadorias precoces no serviço público. **Regimes Próprios: aspectos relevantes**, v. 13. Lucia Helena Vieira (org.). São Bernardo do Campo: APEPREM, 2019. Disponível em: https://www.abipem.org.br/wp-content/uploads/2021/02/000000_APEPREM_LIVRO_REGIMES_PROPRIOS_ED_14.pdf. Acesso em: 22 set. 2022.

A VULNERABILIDADE DO IDOSO NAS CONTRATAÇÕES DE CRÉDITO PESSOAL CONSIGNADO

ETHEL FRANCISCO RIBEIRO: Juíza Federal na Seção Judiciária de Pernambuco. Mestranda em Historicidade dos Direitos Fundamentais na Faculdade Damas de Pernambuco. Especialista em Direitos Fundamentais e Tutela Coletiva pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte

RESUMO: O artigo busca analisar a vulnerabilidade do idoso consumidor nas relações contratuais de crédito pessoal consignado. Para tanto faz uma análise da situação demográfica do idoso no Brasil, identifica o tratamento jurídico atual sobre o tema e as crescentes modificações legislativas. Envida-se, assim, refletir se as normas vigentes têm sido suficientes e efetivas para a proteção do consumidor idoso.

1 - INTRODUÇÃO

A contratação de empréstimos consignados por pessoas idosas tem sido palco de diversas notícias em razão das grandes modificações legislativas sentidas nos últimos anos, bem como pela divulgação de fraudes reiteradas nesse tipo de contratação.

A lei nº 14.431/2022 permitiu um grande avanço na renda dos idosos, podendo a consignação atingir até 45% do valor dos benefícios previdenciários de aposentadoria e pensão por morte. A mesma legislação permitiu a consignação em benefícios assistenciais, contudo, com um limite um pouco mais reduzido de 40%.

As instituições financeiras voltam suas estratégias, cada vez mais, nesse público consumidor, já que com o aumento da expectativa de vida dos brasileiros, os idosos se tornaram uma grande fatia do mercado de consumo, além de permitirem maior segurança no adimplemento das obrigações contratuais, em razão dos descontos diretamente em seus benefícios previdenciários.

Os entes estatais, por outro lado, vêm permitindo um maior endividamento por meio dos empréstimos consignados, os quais vêm sendo utilizado como forma de suprir a renda insuficiente dos beneficiários.

Ocorre que esse público tem características próprias, com maior vulnerabilidade, sendo necessário avaliar se as atividades comerciais voltadas à sua captação são adequadas e se a legislação e os órgãos administrativos têm conseguido proteger, de forma eficaz, o grupo vulnerável.

Para tanto precisamos primeiro entender a magnitude desse público (idoso) no mercado de consumo, suas características diferenciadas e a proteção jurídica concedida pelo direito do consumidor.

2 – O IMPACTO DO ENVELHECIMENTO NA POPULAÇÃO BRASILEIRA

O aumento da expectativa de vida é uma das maiores conquistas da sociedade e decorre, primordialmente, da melhoria das condições socioeconômicas da população e de avanços científicos na área da saúde.

A pirâmide etária brasileira vem se alargando nas maiores faixas de idade e a projeção do IBGE é que em 2060 o percentual populacional dos idosos atingirá um quarto ($\frac{1}{4}$) da população (25,5%) e será superior à quantidade de crianças. Teremos em 2060, portanto, mais idosos do que crianças.

A expectativa, portanto, é de um grande percentual populacional de idosos em um futuro próximo, sendo premente o aprimoramento de políticas públicas voltadas ao referido público.

Essa alteração da pirâmide populacional ocasionará a manutenção de pessoas, agora idosas, dentro do mercado de consumo e, mais que isso, eles se tornarão, proporcionalmente, um dos maiores grupos consumidores, grupo esse com características próprias, já que os idosos são a faixa populacional com menor média de anos de estudo¹⁷ e, apesar de muitos possuírem rendimento fixo (aposentadoria/pensão), o valor recebido é baixo.

Os idosos, portanto, merecem atenção, tratamento legal e social específico, por se tratar de um grupo reconhecidamente vulnerável.

O envelhecimento é um fenômeno mundial e o Brasil encontra-se em processo menos avançado do que países europeus e asiáticos, o que não ocasiona menor preocupação, mas proporciona a realização de adaptações necessárias de forma bem estudada.

¹⁷ Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf> Acesso em 14.08.2021

O tema do envelhecimento já foi alvo de duas assembleias gerais específicas pela ONU. A primeira ocorreu em 1982 e a segunda, em 2002. Nessa última houve a edição de um plano de ação internacional sobre o envelhecimento.

O plano de ação reconhece a diminuição da capacidade da pessoa, com o advento da idade, e que referida situação pode ser agravada com a adoção de estereótipos negativos que depreciem a capacidade do idoso. O plano também indica a necessidade de implantação de políticas sociais que permitam aos idosos tornarem efetivas todas as suas possibilidades.

Aliado a esses dados de cunho mais objetivo é importante destacarmos também vulnerabilidades de cunho mais subjetivo e variável a depender da situação de saúde e familiar do idoso.

Sabe-se que o envelhecimento vem, na maioria das vezes, seguido de mudanças cognitivas, com declínio da compreensão e das habilidades. Esse declínio da capacidade cognitiva nos idosos decorre de um processo fisiológico normal dentro do envelhecimento, conforme se observa da análise de Juliana Costa Machado et al (2011, p.110):

O comprometimento cognitivo afeta a capacidade funcional do indivíduo no seu dia a dia, implicando perda de independência e autonomia, a qual varia de acordo com o grau de gravidade, com consequente perda da qualidade de vida do idoso. A noção de autonomia, no que tange à interdependência desta com uma memória íntegra, reside na capacidade individual de cuidar de si mesmo, executar tarefas que lhe permitam a adaptação psicossocial e ser responsável pelos próprios atos.

Esse declínio cognitivo prejudica, de sobremaneira, a forma com que o idoso interage socialmente e compreende o mundo à sua volta, necessitando, muitas vezes, de assistência de terceiros.

Estudos epidemiológicos indicam que a prevalência de demências em idosos pode variar de 1 a 2% entre aqueles com 60 a 65 anos, 20% entre os indivíduos com 80 a 90 anos, e pode chegar aos 40% entre aqueles mais velhos (acima de 90 anos). (RABELO, 2009)

Estima-se a prevalência geral do declínio cognitivo, na população idosa, em torno de 15 a 20%. (RADANOVIC, 2015)

Pesquisadores, ao analisarem estudos em diversos países sobre os fatores que podem influenciar no aparecimento do declínio cognitivo, perceberam que:

aqueles idosos com maior escolaridade, com maior suporte social, com um histórico de saúde positivo, com maior engajamento social, com um estilo de vida positivo, com melhor saúde percebida, com menos queixas subjetivas de memória, com melhor saúde mental, e com menos sintomas depressivos, apresentam menor declínio cognitivo. (RABELO 2009, P.65).

Dessa forma, observa-se que além da repercussão esperada em razão da idade, os fatores sociais podem desencadear ou antecipar o aparecimento do declínio cognitivo, agravando ainda mais a situação de vulnerabilidade já vivenciada por aquele idoso.

Essa alteração inata ao ser humano (quando idoso) não deve, entretanto, obstar a sua vivência em sociedade e o usufruto de seus direitos.

É importante analisar se essa evolução etária na proporção populacional está sendo acompanhada por mudanças no sistema de defesa do consumidor.

3. A HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO

As relações de consumo possuem, de forma patente, desequilíbrio de força entre as partes, em especial na sociedade atual de consumo de massa. Dessa forma, não há como se pensar em proteção ao consumidor sem partir do pressuposto de desequilíbrio e inferioridade do consumidor em face do fornecedor.

A vulnerabilidade, portanto, dentro do sistema protetivo do código de defesa do consumidor, é uma presunção legal absoluta. Essa presunção tem efeito em diversas esferas relacionadas ao consumo. Ela impõe sempre um tratamento diferenciado da relação do consumidor em face do fornecedor.

Não há como, especialmente na fase atual do consumo, com imensas transformações por quais passaram as relações jurídicas e empresariais, pensar-se em proteção e defesa do consumidor sem colocá-lo nesta posição de inferioridade perante os fornecedores (PINTO, 2016).

O conceito de Vulnerabilidade para Paulo Valério Dal Pai MORAES (2009,125), sob enfoque jurídico, é:

...o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que

venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais potentes da mesma relação.

O reconhecimento da vulnerabilidade em um microsistema jurídico busca justamente municiar a parte mais vulnerável de mecanismos que visam reequilibrar a relação jurídica entre as partes, para que, assim, possam ser realizadas dentro de um critério de igualdade material.

A vulnerabilidade deriva do princípio da igualdade e busca, através do tratamento isonômico, produzir igualdade material onde originariamente existe desigualdade (REIS, 2015).

Para que a igualdade material ocorra é necessário que o sistema reconheça, primeiramente, a vulnerabilidade. A partir disso, passe a criar normas específicas aos mais vulneráveis e saiba distinguir, inclusive, subgrupos ainda mais fragilizados. Essa é a situação do idoso na relação de consumo.

A legislação consumerista já reconhece, desde a sua publicação, uma maior vulnerabilidade do idoso e já prevê proteções diante de condutas abusivas:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

O estatuto do idoso (lei nº 10.741/2003), publicado após o CDC, veio para ratificar a fragilidade do idoso e a necessidade de sua maior proteção, prevendo expressamente a proteção integral do idoso:

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.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à

cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O idoso, no âmbito da relação de consumo, é duplamente vulnerável, por ser idoso e por ser consumidor. Essa constatação gerou o enquadramento do grupo ao que se denominou de hipervulnerável, que, nas palavras de Claudia Lima MARQUES (2016, p. 364-365), seria a:

situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês, nomes e marcas de salgadinhos ou da publicidade para criança) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo como Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos).

Essa vulnerabilidade exacerbada deve seguir de uma legislação mais protetiva para que haja um equilíbrio entre o consumidor idoso e o fornecedor, buscando compensar as diferenças, mas sem excluir ou vitimizar (MARQUES, 2016, p. 112-113).

A legislação, as medidas administrativas e as atitudes de todos que atuam no mercado de consumo devem sempre reconhecer a fragilidade do idoso consumidor e atuar para que haja uma relação de consumo equilibrada, com normas e condutas que deem efetiva proteção a esse grupo mais vulnerável.

4 – O CRÉDITO PESSOAL AO CONSUMIDOR IDOSO

O crédito pessoal, também denominado de empréstimo pessoal, é espécie de contrato de crédito em que a instituição financeira entrega determinado valor em dinheiro ao tomador (consumidor) para devolução posterior, com acréscimo de juros e outros encargos, dentro de período determinado (TADDEI, 2021).

O empréstimo consignado é uma modalidade de crédito pessoal em que o pagamento é realizado por meio de descontos diretamente da folha de pagamento ou do benefício previdenciário do contratante.

Há vantagem para ambos os lados, contratante e contratado, já que há uma maior segurança ao contratado (instituição financeira), que terá o valor do contrato descontado diretamente do benefício do contratante, e para este último também é vantajoso, já que as taxas de juros praticadas nessa espécie de contrato são menores do que as do mercado geral de crédito pessoal.

Considerando os benefícios para ambas as partes é natural que a oferta desse tipo de produto seja ampliada, bem como uma maior procura de clientes.

As instituições financeiras então buscam clientes naturais do produto e que possuam perfil de maior segurança ao cumprimento contratual. Os idosos passaram, então, a ser o público alvo preferencial das instituições financeiras que atuam no ramo de empréstimo pessoal. Como em sua grande maioria recebem benefícios previdenciários, o foco maior das instituições financeiras é a realização do empréstimo pessoal por meio de consignação nos benefícios.

O perfil do idoso é atrativo também em razão do conhecimento geral de que as pessoas na terceira idade possuem maiores despesas e normalmente uma renda inferior à que tinham quando na ativa, sendo assim mais propícios à adesão dos empréstimos.

Além disso, apesar de os valores individuais dos beneficiários do INSS serem reduzidos, o público-alvo é bastante numeroso, havendo assim um grande lucro para as instituições financeiras quando se avaliam os números em grande escala.

As ofertas dessa espécie de produto, em geral, não demonstram todas as nuances necessárias para uma decisão efetivamente consentida e resultam em um grande endividamento do idoso.

O Banco Central divulgou em 2019 os dados do endividamento dos aposentados e a dívida chegava a R\$ 132,1 bilhões, recorde de endividamento. (MOURA, 2019) Em janeiro de 2021 o volume total contratado em empréstimos consignados superava R\$ 440 bilhões de reais (VINHAS, 2021)

O relatório de cidadania financeira, produzido pelo Banco Central em 2018, indica que o maior consumidor do crédito consignado é o beneficiário do INSS e indica ainda maior faixa etária contratante:

Um dado que chama atenção no crédito consignado é sua penetração entre os idosos: 61% dos tomadores têm mais de 55 anos, sendo responsáveis por 57% da carteira nessa modalidade. Esse indicador contradiz a teoria econômica da suavização do consumo, segundo a qual os indivíduos tendem a estabilizar o padrão de consumo na velhice, tendo, em geral, menor necessidade de crédito.

Dados do INSS indicam que o número de contratações vem aumentando, de forma acelerada, entre 2019 a 2021, chegando a um aumento de quase 25% (G1, 2022).

Em que pese estarmos tratando de anos em que se vivenciou a pandemia de coronavírus, o que ocasionou naturalmente uma corrida maior a esse tipo de contratação, em razão de eventuais perdas de renda extrafamiliar, o número não deixa de ser alarmante em razão de seu efeito no tempo daqueles que contrataram e no efeito futuro acaso o referido ritmo de contratação seja mantido.

É claro que havendo efetivo interesse do idoso, de forma espontânea, e devidamente conhecidas todas as condições e repercussões do contrato, a obtenção do empréstimo consignado pode ser um bom produto ao idoso, contudo, as circunstâncias em que elas vêm ocorrendo podem tornar a contratação ilegal ou prejudicial ao grupo hipervulnerável.

E por que devemos nos preocupar especificamente com os empréstimos consignados e não com o crédito pessoal em geral? As características dessa forma de contratação demonstram o maior impacto nos contratados. Somente no empréstimo consignado há a expropriação legítima do valor da parcela da dívida antes mesmo do recebimento do benefício pelo idoso, diversamente de um empréstimo comum.

Nos demais empréstimos, se em um determinado mês ou em um determinado período da vida o contratante não tiver como pagar ele tem a possibilidade de postergar, assumindo o ônus dos juros e penalidade, mas no caso dos empréstimos consignados não há essa opção.

A lei nº 10.820/2003 determina, de forma expressa, que a contratação é irrevogável e irretroatável. Assim, ao efetivar a referida contratação, o consumidor deverá honrar sem direito a ajustes ocasionais e pelo prazo que foi contratado.

Fica evidente que o efeito nefasto sobre a renda do beneficiário é imenso, pois é contínuo e até o fim do contrato. Para poder se financiar o idoso então opta por novos empréstimos, tão logo as margens são disponibilizadas, o que torna algo que seria provisório quase que permanente, virando refém dos empréstimos como parte de sua renda familiar.

Para uma avaliação mais aprofundada do tema precisamos transitar pelas normas vigentes e a atuação dos órgãos e entes públicos ou privados.

A lei federal nº 10.820/2003 foi editada para regular as consignações em folha de pagamento de prestações de diversas operações financeiras, dentre elas os empréstimos pessoais. A lei regula a contratação em geral e abrange o público de aposentados e pensionistas do INSS e do serviço público, nos termos dos artigos abaixo:

Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio

de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irrevocabél, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.

Art. 6o Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar os descontos referidos no art. 1o nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Em sua redação inicial (em 2003), o limite máximo de consignação era de 30% da remuneração. Em 2015, com a edição da lei nº 13.172, o referido limite aumentou para 35%, sendo que os 5% adicionais seriam para a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

Com o advento da pandemia, foi editada a medida provisória nº 1.006/2020, depois convertida na lei nº 14.131/2021, aumentando temporariamente o limite de consignação para 40%, até 31/12/2021.

Em 18/03/2022 foi editada a medida provisória (MPV) nº 1.106/2022 fixando que o limite percentual de 40%, majorado temporariamente, passe a ser aplicado de forma definitiva.

A medida provisória foi alterada e convertida na lei 14.431/2022 que permitiu a consignação até 45% do benefício previdenciário e até 40% dos assistenciais e de transferência de renda.

Observa-se, assim, que o objetivo inicial da lei, de regular e limitar o comprometimento da renda dos contratantes de empréstimos consignados, vem cada vez mais sendo alterado, tornando-se mais permissivo e avançando sobre a renda em um importe significativo que pode violar, sobremaneira, o mínimo existencial do idoso (condições mínimas para uma vida digna).

Além disso, passou a autorizar titulares de benefícios assistenciais a se utilizarem de sua renda mínima para pagamento de empréstimos.

Entre a proteção dos contratantes-consignados e o maior retorno aos ofertantes de crédito, a legislação vem amplamente favorecendo as instituições financeiras.

5 – PROTEÇÃO LEGAL E EFETIVIDADE

O CDC, como norma legal principiológica e de proteção geral, traça os princípios, normas gerais e específicas para a proteção do consumidor nas diversas condutas violadoras. Contudo, evidentemente não consegue abarcar todas as situações vivenciadas na sociedade de consumo.

Por outro lado, os princípios e as normas gerais já existentes no CDC e no estatuto do idoso têm densidade jurídica suficiente para o enquadramento do que seria violador ou não dos direitos do consumidor idoso. Entretanto, talvez por uma cultura jurídica mais voltada à normatização, as violações passaram a acontecer reiteradamente sem que o CDC fosse suficientemente utilizado para evitar e punir os abusos.

O INSS, ao editar normas internas regulando o procedimento de consignação (a norma base é a instrução normativa 28/2008, reiteradamente atualizada), passou a prever regulações protetivas específicas contra os abusos cometidos pelas instituições financeiras.

Nela há previsão de que os benefícios de aposentadoria e pensão por morte, após a concessão, ficam bloqueados até a autorização expressa do desbloqueio. Prevê ainda a proibição de marketing ativo para convencer beneficiário do INSS a celebrar contrato de empréstimo pessoal ou cartão de crédito antes do decurso de 180 (cento e oitenta dias) da data de despacho do benefício.

A instrução normativa ainda reconhece que a realização do assédio comercial (se realizado dentro do prazo de vedação - 180 dias) sujeita as instituições financeiras e equiparadas à punição com suspensão de novas consignações/retenções/RMC18 por prazos crescentes e, na hipótese de reiteração ou descumprimento das determinações do INSS, rescisão do convênio e proibição de realização de um novo convênio pelo prazo de cinco anos.

As penalidades são economicamente severas, mas ainda assim não foram suficientes para inibir, de forma eficaz, o abuso comercial das instituições financeiras.

A Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) e a Associação Brasileira de Bancos (ABBC), buscando uma autorregulação da matéria entre seus componentes, instituiu o sistema de autorregulação de operações de empréstimo pessoal e cartão de crédito com pagamento mediante consignação, que entrou em vigor no dia 2 de janeiro 2020. As

18 Reserva de Margem Consignável.

normas dele decorrentes preveem boas práticas voltadas a contratações sem abuso das vulnerabilidades dos consumidores e punições a diversas condutas violadoras nele previstas.¹⁹

Alguns estados, vendo as crescentes violações e a insuficiência protetiva, passaram a editar leis que melhor protegessem esse grupo vulnerável. É o caso do Estado do Paraná, que editou a lei nº 20.276/2020, proibindo, em seu território, a realização de qualquer atividade de telemarketing ativo, oferta comercial, proposta, publicidade ou qualquer tipo de atividade tendente a convencer aposentados e pensionistas a celebrar contratos de empréstimo de qualquer natureza, bem como proibiu a contratação através de ligação telefônica.

O mercado financeiro reagiu e o tema chegou ao STF através da ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (ADI 6727), levantando que a matéria legislada seria competência privativa da União.

O STF, seguindo o voto da relatora Ministra Carmem Lúcia, entendeu pela constitucionalidade da lei estadual, por se tratar de competência legislativa concorrente em matéria de defesa do consumidor, e destacou a importância da proteção dos grupos vulneráveis:

Deve ser acentuado também que o consumidor aposentado ou pensionista, em geral ou, pelo menos, em grande parte, põe-se em situação de inquestionável vulnerabilidade econômica e social, dependendo dos proventos para a sua subsistência e da família e para a manutenção dos cuidados com a saúde. Expressivo número de aposentados e pensionistas é de pessoas idosas, é dizer, com idade superior a sessenta anos, nos termos do art. 1º da Lei n. 10.741/2003, devendo, portanto, receber tratamento prioritário e proteção integral pela sociedade.

Tenha-se presente que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (art. 230 da Constituição da República).

Os princípios da proteção integral e da prioridade também estão previstos naquele Estatuto . No inc. II do § 1º do art. 2º da Lei n.

¹⁹ Disponível em <https://cms.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Documento%20Correlato%20-%20Texto%20Vigente.pdf>. Acesso em 28.08.2021

10.741/2003, impõe-se a garantia de prioridade e preferência na formulação e na execução de políticas públicas voltadas ao idoso.

O que se dispõe na Lei paranaense aqui questionada é a adoção de política pública para a proteção econômica do idoso contra o assédio publicitário, não raro gerador de endividamento por onerosidade excessiva e de exposição a fraudes.

Destacou ainda a ministra a prevalência da dignidade humana e da defesa do consumidor quando em confronto com a livre iniciativa:

A livre iniciativa não obsta a regulação das atividades econômicas pelo Estado, que pode mostrar-se indispensável para resguardar os valores prestigiados pela Constituição, como, por exemplo a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

Observa-se, portanto, avanço nos últimos anos, em termos de legislação; entretanto, ainda assim, o ímpeto de aumentar os clientes dos créditos consignados (em especial os idosos) não parece arrefecer. Ao lado disso, enorme número de empréstimos consignados decorrentes de fraude²⁰, os quais não são devidamente evitados pelas instituições financeiras, violando ainda mais o direito dos idosos, que sequer realizaram os empréstimos, mas sofrem de imediato os descontos indevidos.

Levantamento do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) 21 mostrou que, em 2020, as ocorrências envolvendo o crédito consignado ficaram em primeiro lugar, com aumento de 179% nos registros em relação a 2019. A pesquisa utilizou os dados do portal Consumidor.gov.br e do Banco Central.

Reportagem da *Época Negócios*²² demonstra que somente no quesito sobre "cobrança de produto não contratado", o aumento foi de 441%. No ranking do Banco Central, houve aumento de 56% nos registros de "oferta ou informação de forma inadequada". "Os consumidores dizem: 'Eu não fiz contrato nenhum e alguém teve acesso ao meu benefício'".

20 Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/781193-associacoes-de-aposentados-relatam-fraudes-contras-idosos-na-concessao-de-emprestimo-consignado/> Acesso em 28.08.2021

21 Disponível em <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/idec-cobra-solucoes-contras-fraudes-do-credito-consignado-durante-pandemia> Acesso em 28.08.2021

22 Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2021/04/reclamacoes-sobre-consignado-do-inss-dobram-apos-aumento-da-margem.html> Acesso em 28.08.2021

Dentro de todo esse contexto de abuso na oferta de empréstimos consignados e fraudes generalizadas, bem como da clara fragilização do sistema de proteção aos idosos consumidores nesse tipo de contratação, foi editada a lei nº 14.181/2021 (publicada em 02/07/2021).

A lei vem aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. A legislação foi muito bem-vinda por suprir um vácuo legislativo acerca do tratamento do superendividado pessoa física de boa-fé e, além disso, trouxe também previsões legislativas específicas para proteção do idoso no consumo do crédito.

A lei nº 14.181/2021 incluiu o art. 54-C no CDC, com a previsão de vedação de condutas abusivas nela especificadas:

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: (...)

IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;

Impôs ainda aos fornecedores e intermediários de crédito a realização de condutas voltadas à concretização do direito à informação, não somente das cláusulas contratuais, como também da repercussão da contratação e do seu inadimplemento:

Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá, entre outras condutas:

I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

A lei é um avanço, especialmente no assédio ao idoso consumidor de crédito pessoal e na obrigação de uma informação mais detalhada das suas cláusulas para esse grupo mais vulnerável, contudo referidas obrigações já poderiam ser deduzidas das normas vigentes no CDC e no estatuto do idoso. Entretanto, como não vinham sendo efetivamente cumpridas e o sistema protetivo não conseguia inibir de forma eficaz, a norma veio para afastar qualquer dúvida da abusividade das condutas.

Claro que toda normatização que venha a reforçar direitos fundamentais de um grupo hipervulnerável nunca será em demasia, porém a realidade vem mostrando que as violações não decorrem de omissão legislativa e sim de uma ausência de fiscalização e punição, bem como da necessidade de maior conscientização do grupo vulnerável de seus direitos.

Levantamento do INSS retrata a quantidade ínfima de reclamações dos contratantes de consignados. Em 2019, o percentual foi de apenas 0,14%, sendo 56.379 reclamações para um montante de 37.926.521 contratos consignados ativos²³.

Essa ausência de reclamação junto ao INSS por parte dos beneficiários demonstra a falta de conhecimento dos usuários dos seus direitos e meios de solução, cabendo ao INSS e órgãos de defesa do consumidor a implantação de campanhas de conscientização dessa população alvo, para que tomem conhecimento das condutas abusivas que podem estar sofrendo, bem como dos mecanismos e canais para solução.

Uma contratação de empréstimo consignado por um consumidor idoso envolve muitas variáveis que podem demonstrar abusividade. A gama de mecanismos que os fornecedores possuem para seduzir, de forma abusiva, os consumidores, em especial os mais vulneráveis, deve ser sempre analisada em uma relação de consumo, não se podendo aceitar a "ideia simplista e falaciosa de que todos são livres para optar por aquilo que desejam ou necessitam" (MORAES, 2009, p. 174-175).

É necessário também que o sistema de justiça (incluindo advogados, ministério público e poder judiciário) esteja efetivamente preparado para as especificidades do grupo hipervulnerável e possa concretizar os princípios basilares do direito do consumidor aliado à prioridade absoluta da pessoa idosa, prevista do estatuto do idoso.

Os atores do sistema de justiça, nos processos relacionados a empréstimos consignados, devem sempre se guiar, como um pressuposto inafastável, pela hipervulnerabilidade do idoso na relação de consumo. A vulnerabilidade, como princípio fundante do microsistema do direito do consumidor deve sempre estar presente em qualquer julgamento, independente da alegação das partes envolvidas.

A atuação mais protetiva de todos que participam, de qualquer forma, na cadeia que envolve as contratações de empréstimos consignados, não prejudica aquele consumidor idoso que, talvez, não precisasse da maior assistência das instituições, mas com certeza alterará de forma significativa o ato de consumo daqueles mais vulneráveis.

²³ Informações constantes de contestação do DATAPREV no processo 0801077-29.2021.4.05.8300 (SJPE).

6 - CONCLUSÃO

Os idosos na relação de consumo são hipervulneráveis e essa característica deve ser reconhecida em todas as etapas da relação de consumo, inclusive quando da formulação de normas e políticas públicas que os afetem.

As alterações legislativas recentes vêm atuando de forma dúbia e conflitante na proteção do idoso vulnerável. Por um lado, foi editada a lei 14.181/2021 que trata do superendividamento e do assédio comercial, por outro, a lei 14.431/2022, que ampliou o limite de consignação nos benefícios previdenciários e passou a permitir a consignação em benefícios assistenciais e de transferência de renda.

As duas normas afetam diretamente as relações de consumo dos contratos de empréstimo consignado, contudo, enquanto a primeira cria instrumentos de proteção aos abusos sofridos pelos consumidores, em especial os idosos, a segunda facilita o abuso e o endividamento do idoso, podendo comprometer parte significativa da renda do idoso beneficiário do INSS.

É relevante destacar que a população brasileira não teve educação financeira no ensino regular e somente em 2020, por meio de determinação Conselho Nacional de Educação, tornou-se obrigatória sua inclusão no currículo escolar fundamental e médio.

Assim, em um país com boa parte da população com dificuldades financeiras e renda baixa, especialmente a população idosa, qualquer alteração que permita endividamento de quase metade da renda deveria ser embasada em alto grau de escolaridade da população e políticas públicas de educação financeira, sob pena de se criar um contingente imenso de idosos vivendo com apenas 65% do salário mínimo, claramente insuficiente para uma vida digna.

A proteção do idoso deve ocorrer de forma integrada, não podendo um sistema protetivo permitir conflitos diretos na proteção do público protegido. Além disso, não deve se contentar somente com a previsão normativa, devendo lhe dar efetividade através da fiscalização e punição adequada aos violadores da lei, e, principalmente, conscientização dos direitos pelo grupo vulnerável.

A garantia do mínimo existencial, em especial na idade avançada, deve ser um norte na legislação e no julgamento dos processos relacionados ao endividamento das pessoas idosas.

Tendo como norte esse viés de vulnerabilidade do idoso, e das diversas restrições que envolvem o envelhecimento, deve a legislação buscar um equilíbrio entre eventuais limitações que ele possua e o exercício de todos os seus direitos, sem reduzir suas potencialidades, mas lhe dando poder de decisão efetivamente consentida.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONCELLO, K. R. D. Crédito consignado ao idoso e 'diálogo das fontes': consequência da coordenação das normas do Direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 88, p. 83-102, 2013.

BRASIL. Banco Central. **Relatório de Cidadania Financeira**. 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/Nor/relcidfin/docs/Relatorio_Cidadania_Financeira.pdf. Acesso em 2 nov. 2020.

FEBRABAN. **Autorregulação para o Crédito Consignado**. Disponível em: <https://portal.autorregulacaobancaria.com.br/paginas/23/pt-br/> Acesso em: 02/05/2022

FICHMAN, Helenice Charchat; CARAMELLI, Paulo; SAMESHIMA, Koichi, NITRINI Ricardo. Declínio da capacidade cognitiva durante o envelhecimento. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, v. 27, p. 79-82, 2005.

GLOBO (G1). **Empréstimo consignado: margem volta a subir para 40% para beneficiários do INSS**. 17 mar 2022. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/03/17/emprestimo-consignado-margem-volta-a-subir-para-40percent-para-beneficiarios-do-inss.ghtml>. Acesso em 05 de jun. de 2022.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MACHADO, Juliana Costa et al. Declínio cognitivo de idosos e sua associação com fatores epidemiológicos em Viçosa, Minas Gerais. **Revista brasileira de geriatria e gerontologia**, v. 14, p. 109-121, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

MORAES, Edgar Nunes de; MORAES, Flávia Lanna de; LIMA, Simone de Paula Pessoa. Características biológicas e psicológicas do envelhecimento. **Revista Médica de Minas Gerais**, v. 20, p. 67-73, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Código civil de 2002. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor deformada pela ótica subjetiva do intérprete. **Revista de Direito Comercial, empresarial, concorrencial e do consumidor**, v. 13, p. 84-111, out.-nov. 2016.

RABELO, Doris Firmino. Comprometimento Cognitivo Leve em Idosos: avaliação, fatores associados e possibilidades de intervenção. **Revista Kairós-Gerontologia**, v. 12, n. 2, 2009. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/view/4414/2986>. Acesso em 14 ago. 2021.

RADANOVIC, Márcia; STELLA, Florindo; FORLENZA, Orestes V. Comprometimento cognitivo leve. **Revista de Medicina**, v. 94, n. 3, p. 162-168, 2015. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/108747/107168>. Acesso em 08 ago. 2021.

REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 956, p. 89-114, jun. 2015.

TADDEI, Anna; QUEIROZ, Sheyla Cristina Ferreira dos Santos. **Os contratos de empréstimo pessoal e o direito do consumidor**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=781bb09f7e59ced9>. Acesso em 28/08/2021.

VINHAS, Ana. **Volume do crédito consignado bate recorde e supera R\$ 440 bi**. Portal R7, São Paulo, 15 jan. 2021. Disponível em <https://noticias.r7.com/economia/volume-do-credito-consignado-bate-recorde-e-supera-r-440-bi-29062022>. Acesso em: 15 mai 2022.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: HUMILHAÇÕES VERBAIS

GABRIEL MARTINS BLAYA:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

MAIRA BOGO BRUNO²⁴

(orientadora)

RESUMO: A violência obstétrica decorre da submissão das pacientes a procedimentos inadequados ou humilhações verbais, que acarretam danos físicos e psicológicos, atentado contra a dignidade da mulher, pois ocorre num momento de extrema vulnerabilidade que é o pré-parto, parto ou pós-parto imediato. Muitas vezes, os agentes que praticam estas condutas não são punidos, porque não são denunciados, diante do desconhecimento das vítimas quanto à violência sofrida. Diante disso, o objetivo deste trabalho é verificar se a violência obstétrica, através de humilhações verbais, é passível de responsabilização civil. Para tanto, utiliza-se a metodologia da pesquisa jurídica, com técnica exploratório bibliográfica e documental, com método dedutivo, que permitiu verificar que a violência obstétrica vem ganhando notoriedade, graças a mídia e redes sociais, os agentes que a praticam não são punidos adequadamente, esta conduta gera danos físicos e psicológicos, muitas mulheres desconhecem este tipo de violência e a ausência de lei contribui para a impunidade. Assim, a violência obstétrica se enquadra nos artigos 186 e 187, bem como, no artigo 927, do Código Civil, ensejando a necessidade de reparação civil por parte do agente à vítima.

Palavras-chave: Dignidade das mulheres; ausência de legislação; danos físicos e psicológicos; reparação civil.

ABSTRACT: Obstetric violence results from the submission of patients to inappropriate procedures or verbal humiliation, which cause physical and psychological damage, an attack on the dignity of women, as it occurs in a moment of extreme vulnerability, which is the pre-delivery, childbirth or immediate postpartum period. Often, the agents who practice these behaviors are not punished, because they are not denounced, given the victims' ignorance about the violence suffered. Therefore, the objective of this work is to verify if obstetric violence, through verbal humiliation, is liable to civil liability. To this end, the methodology of legal research is used, with an exploratory bibliographic and documentary technique, with a deductive method, which allowed us to verify that obstetric violence has been gaining notoriety, thanks to the media and social networks, the agents

²⁴ Mestre em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

who practice it are not properly punished. , this conduct generates physical and psychological damage, many women are unaware of this type of violence and the absence of law contributes to impunity. Thus, obstetric violence falls under articles 186 and 187, as well as article 927, of the Civil Code, giving rise to the need for civil reparation by the agent to the victim.

Keyword: Dignity of women; absence of legislation; physical and psychological damage; civil repair.

1 INTRODUÇÃO

A violência obstétrica é um problema cotidiano que está relacionado a violência de gênero sofrida pela mulher, mediante as agressões físicas e verbais, durante a gravidez, pré-parto, parto ou pós-parto imediato, que venham ser cometidos pelos médicos, sua equipe e até mesmo por pessoas de sua própria família ou outras pacientes e acompanhantes.

Esta pesquisa apresenta o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que visa regulamentar a violência obstétrica; a do estado do Tocantins sobre o assunto; casos concretos que repercutiram na mídia e redes sociais; bem como um estudo sobre a responsabilização civil decorrente deste tipo de violência.

O tema exige discussão da sociedade e do Estado, bem como, medidas concretas para prevenir e combater a violência obstétrica e proteger e amparar às mulheres em estado puerperal, punindo esta prática, tanto na esfera civil como na penal.

Tramita no Congresso Projeto de Lei Nº 2.082\2022, para tipificar a violência obstétrica como crime e estabelecer o procedimento para sua prevenção (BRASIL, 2022). No Tocantins, a Lei nº 3.385 de 27 de julho de 2018, dispõe sobre o implemento de medidas contra a violência obstétrica.

Segundo os artigos 186 e 187 do Código Civil comete ato ilícito aquele que causa danos, de ordem material ou moral, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ou que o comete por excesso dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. deve reparar àquele que os sofre. Já, no artigo 927, traz que aquele que comete ato ilícito fica obrigado a repará-lo.

Diante disso, o principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa é: a violência obstétrica praticada pelo médico, por meio de humilhações verbais, é passível de responsabilização civil?

O objetivo geral do trabalho é verificar se a violência obstétrica, através de humilhações verbais, é passível de responsabilização civil nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Os objetivos específicos são: (i) estudar os tipos de condutas que configuram violência obstétrica; (ii) verificar quem são os agentes que podem praticar essas condutas; (iii) demonstrar as consequências da violência obstétrica e os danos causados às vítimas; e, (iv) classificar a violência obstétrica por meio de humilhações verbais.

Para alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa utiliza metodologia de pesquisa jurídica com técnica de coleta de dados exploratória bibliográfica e documental e de análise de dados qualitativa, com objetivo de levantar dados na doutrina, legislação e jurisprudência, que subsidiem a resolução da problemática quanto a responsabilização civil da violência obstétrica por meio de humilhações verbais.

O método de abordagem será o dedutivo, tendo em vista que o estudo será realizado com base na doutrina, lei e jurisprudência, partindo das condutas e dos danos causados às vítimas de violência obstétrica para inferir a possibilidade de responsabilização civil do agente que a comete.

Esta pesquisa se justifica pelo fato de que a violência obstétrica é um problema recorrente nas práticas de atenção destinada à mulher durante o trabalho de parto e envolve questões sociais como gênero, orientação sexual, raça e classe, por isso, esta prática tem que ser discutida pela sociedade e o Estado, já que muitas vítimas, familiares ou pessoas próximas desconhecem as condutas que a ensejam, o que acarreta número pequeno de denúncia, fazendo com que o infrator permaneça impune.

2 PANORAMA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL

No decorrer do tempo as mulheres vêm sendo vítimas de diversas formas de violência. Violência é a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis. Nesse sentido, destaca-se a violência obstétrica como um tipo específico de violência contra a mulher. (ZANARDO, URIBE, NADAL, HABIGZANG, 2017).

A violência obstétrica é uma negação aos direitos humanos e sexuais sobre a mulher, se tratando de uma violência de gênero e institucional. É uma ação desnecessária, que não tenha o consentimento, que causam danos seja físico ou psicológicos prejudicando a experiência de forma traumática. (BARUFFI, 2022).

É um tipo de violência de gênero, por se tratar em específico da mulher e ainda muitas vezes a prática dela se dá por questões sociais, como raça ou classe social, no qual traz quase a perda total da capacidade das vítimas decidirem livremente sobre seu corpo. (SANTOS, 2022).

A violência obstétrica atrela à violência de gênero e as violações de direitos cometidas pelas instituições de saúde contra suas pacientes. Faz parte da violência institucional, cometida pelos servidores, e é caracterizada pela negligência e maus-tratos pelos profissionais, existindo casos que violam os direitos reprodutivos, desde a procura pelo serviço até encontrar atendimento e a aceleração do parto para liberar leitos, entre outros (GOMES, 2014).

Durante os anos de 1980 o movimento feminista, amparado pelos direitos humanos, lutava contra a violência obstétrica, diante dos abusos que as mulheres vinham sofrendo no parto e no pós-parto apresentando as intervenções feitas por profissionais da saúde que configura violência obstétrica, tais como de deixar de atender as emergências obstétricas. Impedir o contato social com a criança e fazer procedimentos desnecessários sem consentimento da mulher. Observando ainda que são deixadas de fora as humilhações verbais e a violência psicológica cometidas pelos profissionais da saúde. (VENTURI, 2010)

No ano de 2000, 191 países integrantes da Organização das Nações Unidas adotaram o documento Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, dentre os quais estão: promover a igualdade entre homens e mulheres, dando maior autonomia as mulheres, e melhorar a saúde materna. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2010).

No Brasil, as discussões ganharam força no século XXI com o estudo do THE LANCET, inspirando nas leis dos países Latino-americano o termo violência obstétrica, substituindo a violência no parto, ampliando o entendimento para que caso um profissional cometa um ato de contra a dignidade e integridade da paciente. (RODRIGUES,2022)

Embora não exista uma lei federal que conceitue o termo violência obstétrica, já tramita no Congresso Projeto de Lei Nº 2.082/2022, para tipificar a violência obstétrica como crime e estabelecer o procedimento para sua prevenção. No momento este projeto está aguardando despacho no Plenário Senado Federal. (BRASIL, 2022).

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça a violência obstétrica é um abuso que ocorre no parto direcionado a mulher, podendo ocorrer por ação ou omissão, de forma verbal ou física. (PONCIANO,2020)

Uma espécie de violência é o fato de privar a gestante de ter um acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, eis que já existe lei federal vigente resguardando esse direito seja em hospital privado ou público, está prescrito em Lei nº 11.108/2005, artigo 19. (BRASIL, 2005).

A violência obstétrica é um problema que vem ocorrendo há algumas décadas. A falta de informação das gestantes, o medo presente sobre o processo que irá realizar durante o parto é um fator presente que atrapalha muito o combate. Essa situação pode levá-las a se conformarem com a exploração de seus corpos por diferentes pessoas, aceitando diversas situações incômodas sem reclamar. Gestantes no mundo inteiro sofrem abusos, desrespeito, negligência e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde. As práticas podem trazer consequências para a mãe e para o bebê, por se tratar de um momento de grande vulnerabilidade para a mulher. (ZANARDO, URIBE, NADAL, HABIGZANG, 2017). E, muitas vezes, as pacientes quando sofrem a violência, não reconhecem, naquele momento, o ato como violento, visto que estão vivenciando fortes emoções e situação delicada, em virtude de estar em um momento pré-parto, de parto ou pós-parto. (BONETTI, FUGLI, 2021).

A respeito dos profissionais envolvidos em procedimentos obstétricos como médicos, enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem, estes nem sempre são responsabilizados adequadamente pelos danos causados. Podem responder pelo crime de lesão corporal previsto no artigo 129 do Código Penal ou pela violação do Código de Ética perante o Conselho de Ética da classe pertencente. (MENEZES, 2022).

Os casos recentes, narrados abaixo, mostram a grande importância de legislação federal que aborde o tema e façam com que as mulheres sejam protegidas, tenham seus direitos resguardados e tenham suporte para quando sofrerem a violência obstétrica:

O primeiro caso trata-se de violência sofrida por uma mulher negra que fora buscar ajuda em um hospital público onde morava, em Belford Roxo, no estado do Rio de Janeiro. Tendo fortes dores os profissionais que lá se encontravam deram medicamentos e liberaram para que voltasse para casa sem nenhuma análise feita. Já em casa Alyne voltou a sentir fortes dores e voltou a procurar ajuda no hospital, onde foram constatadas a necessidade de internação, por conta de não de terem ouvido os batimentos do feto. (CATOIA, SEVERI, FIRMINO, 2020).

Em seguida, houve a constatação da morte do feto, tentaram realizar um parto induzido, no qual não bem-sucedido, em seguida uma curetagem como consequência, foram 14 horas de realização. Caso de Alyne era grave e após observarem que não tinham capacidade de lidar com o caso, procuraram um hospital para lidar com o caso. Mas o hospital mais próximo era em Nova Iguaçu, mas se recusou de disponibilizar a ambulância. Com isso foram mais 8 horas de espera e nas últimas duas já apresentava em estado de coma. (CATOIA, SEVERI, FIRMINO, 2020).

Após sua transferência os médicos não receberam o prontuário completo de Alyne e culminou em sua morte. A autópsia dizia que a morte ocorrera por conta da hemorragia digestiva, entretanto o Hospital solicitou que a mãe de Alyne fosse tentar obter o

prontuário de sua filha no hospital. Ao ir à Casa de Saúde o médico lhe informou que o feto estava morto fazia dias e que este fato havia causado a morte de Alyne. (CATOIA, SEVERI, FIRMINO, 2020)

Este caso teve um papel fundamental para avançar no reconhecimento dos direitos reprodutivos não só no Brasil, como também na América Latina e em todo o mundo. Ele é especialmente importante para o reconhecimento dos direitos da mulher a uma maternidade segura e ao acesso sem discriminação a serviços básicos de saúde de qualidade. (CATOIA, SEVERI, FIRMINO, 2020).

O caso de Alyne da Silva Pimentel é emblemático, foi a primeira denúncia sobre mortalidade acolhido a ser analisado pelo Comitê CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women), sendo, também, o primeiro caso de condenação do país no sistema convencional quase judicial da ONU. Em 2011 foi a data de reconhecimento sobre a responsabilidade do Estado Brasileiro pelo resultado da morte da gestante citada, pela Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República. (GOV, 2018).

O segundo caso, ascendeu recentemente as discussões sobre violência obstétrica na mídia, uma vez que, a violência ocorreu com uma pessoa famosa, a blogueira Shantal. Esta relatou que sofreu violência obstétrica pelo médico Renato Kalil, pois houve diversas formas de abuso físico e verbal pelo médico no trabalho de parto e parto (G1, 2022).

Como o procedimento do parto estava sendo gravado pelo marido da blogueira, os abusos foram registrados. Em áudios que foram vazados nas redes sociais, Shantal relatava para as amigas a experiência horrível que sofrera durante o parto. Logo em seguida, começou a circular alguns vídeos do seu parto que mostravam o médico falando palavras ofensivas para ela. Shantal, após receber alta, viu o vídeo de gravação do parto, recordou de tudo o que passou e decidiu denunciar o médico pela violência que havia sofrido. (G1, 2022).

Extremamente constrangida ela criou forças assistindo após o turbilhão de sentimentos do parto e assistindo o parto assimilando o que havia acontecido. Levou em considerações que milhares de mulheres sofrem com a violência obstétrica e tem que ser combatido. Por isso, levou a delegacia o vídeo e narrou o ocorrido durante o parto quando foi xingada, teve a intimidade exposta, não foi respeitada diante da decisão de não informar o sexo do bebê entre outras coisas. (G1, 2022)

O terceiro caso que merece destaque, embora a vítima não seja famosa, gerou grande repercussão na mídia, foi o do anestesista Giovanni Quintella, que foi flagrado realizando condutas suspeitas em paciente, se aproveitando do momento de

vulnerabilidade, em que se encontrava desacordada, em virtude da sedação para o parto. (G1-RIO, 2022).

O caso foi descoberto porque as enfermeiras que auxiliavam o parto, já desconfiavam da quantidade de anestésico que ele vinha usando nas grávidas, em outros atendimentos, que não era a condizente com a prática médica, por isso, resolveram filmá-lo. Aparentemente, ele aplicou anestésico em maior quantidade do que a indicada para praticar abusos com a parturiente, levando-o a ser denunciado e autuado em flagrante. A vítima na filmagem se vê passando por grande constrangimento, sua vida está sendo exposta para o mundo em uma situação degradante, resultando em grandes danos psicológicos. (G1-RIO, 2022).

Os três casos são de violência obstétrica e causaram graves danos às vítimas, mas, conforme os objetivos deste trabalho, cabe ressaltar o caso da blogueira Shantal, em que ocorreu violência obstétrica física e verbal, pois além do uso de métodos proibidos, as imagens mostram que o médico xinga, se refere a vítima com pouco caso, não demonstrando nenhuma compaixão, promovendo, por meio destas humilhações verbais, violência psicológica, atitude que gera tanto mal que, mesmo, após o fato ocorrido a vítima continua revivendo a situação e sofrendo psicologicamente. (G1, 2022)

Diante do panorama aqui traçado, denota-se que a discussão sobre a violência obstétrica é, relativamente, recente no mundo e ainda mais no Brasil, por isso, é de extrema importância ampliar a discussão, pois viola os direitos humanos e a dignidade das mulheres. Na próxima seção serão abordadas as condutas que configuram a violência obstétrica e quem pode cometê-las, enfocando os profissionais da saúde, que são objeto deste trabalho.

3 CONDUTAS QUE CONFIGURAM VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A violência obstétrica pode ocorrer de diversas maneiras e podem ser caracterizadas como violência por negligência, violência física, violência verbal e violência psicológica. Esses tipos de violência sempre andam atreladas umas nas outras, raramente a violência vem a acontecer de uma destas maneiras isolada. (BARUFFI, 2022).

A violência por negligência acontece quando algum profissional nega o socorro, acaba por impor dificuldades durante o atendimento à gestante ou se nega informação à paciente. A violência física ocorre mediante intervenções desnecessárias ou indesejadas ou com uso de movimentos violentos e invasivos, mesmo que não o sejam, ainda na maioria dos casos, acontecem sem a devida comunicação e o consentimento da gestante, tais como: uso de ocitocina para acelerar o parto, prática de episiotomia, realização da manobra de Kristelle para provocar a expulsão do bebê do útero etc. (BONETTI, FUGLI, 2021).

Já a violência verbal; se apresenta através de palavras ofensivas ou humilhantes, inferiorizando a gestante, não importando a razão. A violência psicológica; que é uma agressão de cunho emocional, constringendo, menosprezando e culpabilizando a mulher, causando sentimentos de vulnerabilidade, medo e insegurança, atingindo diretamente a sua dignidade. (BONETTI, FUGLI, 2021)

Vê-se que procedimentos tão usuais e até então, ensinados como adequados, passaram a ser considerados violência, pois, violam a integridade física e psicológica da mulher, ocorrendo maus tratos e abusos. Nesse momento, há um estranhamento entre os profissionais de saúde, questionando, como pode o que estão fazendo ser considerada uma violência, se sempre foi considerado absolutamente normal este tipo de conduta. (COC/Fiocruz).

A violência obstétrica pode ser praticada por quem realiza os procedimentos obstétricos: médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem, obstetrias ou qualquer outro profissional que preste, em algum momento, esse tipo de assistência. (MENEZES, 2022). Contudo, não apenas os profissionais da saúde podem cometê-la, outras pessoas que antes, durante ou no pós-parto pratiquem algum tipo de violência física, verbal ou psicológica contra a mulher também incorre nesta prática. (ZAGO, 2017). Para fins desta pesquisa, o foco é tratar apenas da violência obstétrica cometida pelos profissionais da saúde.

No Brasil não há uma regulamentação federal sobre a violência obstétrica. No entanto, em âmbito federal tramita o Projeto de Lei nº 2.082/2022 que visa acrescentar o Art. 285-A ao Código Penal para tipificar a violência obstétrica como crime; bem como, alterar o Art. 3º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para incluir procedimentos para sua prevenção. Referido projeto conceitua violência obstétrica, no Art. 1º, como:

conduta direcionada à mulher durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário, praticada sem o seu consentimento ou em desrespeito pela sua autonomia ou, ainda, em desacordo a procedimentos estabelecidos no âmbito do Ministério da Saúde, constituindo assim uma clara limitação do poder de escolha e de decisão da mulher. (BRASIL, 2022, não paginado).

Nota-se que, referido projeto não deixa explícito sob quais formas violência obstétrica pode ser praticada, se física, verbal ou psicológica. Mas, como ele transcreve a violência obstétrica como conduta causadora de dor, dano ou sofrimento desnecessário, depreende-se que independe da forma como a conduta ocorre, o que importa é o seu resultado.

Para qualquer conduta que configure violência obstétrica, o Projeto de Lei nº 2.082/2022 prevê a pena de “detenção, de três meses a um ano. Parágrafo único. Caso a mulher vítima de violência seja menor de 18 anos ou maior de 40 anos Pena - detenção, de seis meses a dois anos”. (BRASIL, 2022).

Quanto aos procedimentos para prevenção da violência obstétrica, referido projeto enumera os seguintes: “deve ser colocado à disposição da parturiente e sua recusa deve ser registrada no respectivo prontuário do procedimento”; “Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, devem criar ações e procedimentos para combater a violência obstétrica”; e, “O Sistema Único de Saúde deve promover campanhas de prevenção à violência obstétrica”. (BRASIL, 2022).

O Projeto de Lei nº 2.082/2022 se atém à responsabilização em âmbito criminal, nada trazendo sobre a responsabilização civil.

No entanto, no estado do Tocantins está em vigor a Lei nº 3.385, de julho de 2018, alterada pela Lei n. 3.674/2020, que aborda sobre as condutas que, praticadas por profissionais da saúde, podem configurar violência obstétrica. No Art. 1º, referida lei explicita sua própria finalidade, já no Art. 2º, conceitua violência obstétrica, nos seguintes termos:

Art. 1º A presente Lei tem por objeto a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente no Estado do Tocantins, visando à proteção contra a violência obstétrica e à divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal.

Art. 2º Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pela equipe multiprofissional do hospital, da maternidade e da unidade de saúde ou por um familiar ou acompanhante que ofenda de forma verbal ou física as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período de estado puerperal. (TOCANTINS, 2018, não paginado).

Destaca-se que a Lei implementada no Tocantins aborda a questão tanto da violência física como da verbal e, ainda, diz que estas violências podem ser praticadas tanto por profissionais da saúde, como por familiares ou acompanhantes.

Sobre as formas de cometer violência obstétrica, a Lei nº 3.385, de julho de 2018, enumera, Art. 3º, I a XXI, uma séria de condutas possíveis.

Como o objeto deste trabalho enfoca na violência verbal, por meio de humilhações, a segue alguns exemplos deste tipo de violência, previsto na referida lei:

[...]

- I - tratar a gestante ou parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, vilipendiosa ou de qualquer outra forma que a faça sentir-se constrangida pelo tratamento recebido;
- II - recriminar a parturiente por qualquer comportamento, como gritar, chorar, ter medo, vergonha e/ou dúvidas, bem como por característica ou ato físico, como, por exemplo, obesidade, estrias, evacuação e outros;
- [...]
- IV tratar a mulher por comandos e nomes infantilizados e diminutivos, com a intenção de menosprezá-la ou ofendê-la;
- [...]
- XXI - tratar o pai do recém-nascido como visita e obstar seu livre acesso para acompanhar a parturiente e o recém-nascido a qualquer hora do dia (TOCANTINS, 2018, não paginado).

Além de conceituar violência obstétrica, apontar quem comete e quem é vítima, enumerar suas formas e condutas, referida lei, no Art. 5º, traz que aqueles que cometerem violência obstétrica sofrerão sanções, mediante apuração em processo administrativo disciplinar com direito à ampla defesa.

Por isso, é preciso que o Projeto de Lei entre em vigor o mais rápido possível, para tipificar a violência obstétrica como crime e estabelecer procedimentos para sua prevenção. Que a federação disponha sobre as condições para proteção, e recuperação da saúde, organizando e fazendo com que o funcionamento dos serviços seja prestado nas conformidades e protegendo quem venha a sofrer com a violência. Com dever, ainda, de promover campanhas de prevenção à violência obstétrica e que possa chegar a todas as pessoas a importância da reparação dos danos causados, que é o próximo tema que será abordado a seguir.

4 DANOS CAUSADOS AS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A violência obstétrica, conforme explicitado nas seções anteriores, pode se dar por negligência, violência física, violência verbal e violência psicológica, ou por mais de uma delas ao mesmo tempo, desde que cometida no pré-parto, no parto ou no pós-parto imediato, contra a mulher ou acompanhante, por profissionais da saúde, familiares ou acompanhantes, causando danos físicos e psicológicos, violando a dignidade das vítimas. Mas, como o objeto deste trabalho enfoca as humilhações verbais contra a mulher, nesta seção será abordado exclusivamente sobre os danos causados à paciente decorrente desta forma de conduta.

Os danos causados no período de gestação e durante o nascimento de um filho são eventos impactantes e de extrema importância, pois, promovem e causam emoções intensas durante os novos acontecimentos na vida dos familiares e principalmente da mãe com a nova vida. Ocorrem mudanças fisiológicas e hormonais em grande escala nesses períodos de mudança e adaptação do organismo. Assim, a mulher deve ser ouvida e receber atenção, esclarecimento, respeito e empatia, pois, quando essas atitudes não estão presentes, o desfecho desses eventos acaba tornando-se desfavorável, acarretando um adoecimento físico e psíquico. (MAIA,2018).

A violência obstétrica pode favorecer o aparecimento de vários transtornos psicossociais posteriores a essa violação. Sendo grandes os prejuízos psicológicos para as vítimas, podendo provocar alterações fisiológicas, comportamentais, afetivas, cognitivas e os transtornos de ansiedade, tais como: pânico, fobia, transtorno obsessivo compulsivo (TOC) e estresse pós-traumático, que iniciam-se após uma situação considerada desagradável, provocando medo, preocupação e/ou obsessões e compulsões. (MAIA,2018)

Mesmo depois do momento da violência obstétrica, as mulheres continuam a sofrer, se sentindo constrangida, com síndrome pós-traumática causando medo, e inutilidade, podendo resultar depressão, que no pós-parto, impacta na criança. Claro que nem toda violência pode causar danos psicológicos, mas, a obstétrica, especificamente, tem o poder de causar problemas maiores psicologicamente. (CATOIA, SEVERI, FIRMINO,2020).

A violência obstétrica reflete negativamente na vida das mulheres e de seus filhos. Assim, por exemplo, como já citado, no caso de manipulação excessiva no parto normal, com intervenções invasivas do corpo das mulheres podem resultar danos. Desse modo, o uso desenfreado de ocitocina para indução ou aceleração do parto, a manobra de Kristeller, o uso de fórceps, a episiotomia, entre outros procedimentos, usados de forma desnecessária, podem acarretar danos físicos e psicológicos à mulher. (DINIZ; SALGADO; ANDREZZO; CARVALHO, 2020).

A manifestação de humilhações verbais vem com comentários discriminatórios, ofensivos, de forma humilhantes por alguma característica ou ato físico, á proibindo de expressar suas dores, dúvidas, emoções e até decisões sobre seu corpo, por exemplo, podendo ser repreendendo o choro, proibindo gritos e a expressões da religião da mãe. Acabam, às vezes, por restringir acompanhantes da parturiente e isso resulta em uma exposição a situações de abandono, insegurança, medo e abandono, inferioridade ou insegurança ou sendo até em uma procrastinação de contato entre a mãe e o neonato. (SÃO PAULO, 2013).

A violência moral ou psicológica, em particular, manifesta-se através de um tratamento desumanizado, com o uso de linguagem inapropriada e rude, discriminação,

humilhação, exposição da mulher ao ridículo e críticas quanto questões pessoais e particulares da gestante. Muitas mulheres citam que ouviram frases humilhantes, como: *"Não chora não que ano que vem você está aqui de novo"* ou, *"Na hora de fazer não chorou. Não chamou a mãe, por que está chorando agora?"* ou ainda *"Se ficar gritando, vai fazer mal para o seu neném. Seu neném vai nascer surdo"*. (CATOIA, SEVERI, FIRMINO, 2020).

Mulheres que passam por este tipo de violência relatam casos de abuso, tanto físico como psicológico (humilhações e xingamentos), como: procedimentos médicos sem necessidade ou sem consentimento, sendo considerado, também, violação da privacidade, a recusa de atendimento em estado de emergência ou até mesmo na recusa por administrar analgésico, a falta de cuidado durante o parto, além de muitas se sentirem ameaçadas. Podendo ocorrer, até mesmo, a detenção das mulheres e de seus nascituros após o parto, pela falta de pagamento. As mulheres mais suscetíveis de sofrerem com a violência são as adolescentes, solteiras, baixa renda, minorias étnicas, imigrantes e as que possuem doença, as fazem se tornar mais vulneráveis. (MENEZES,2022).

Mulheres com deficiência física, psíquica ou intelectual, são mais vulneráveis à violência obstétrica, pois *"se encontram em situação de maior desamparo e que sofrem de forma mais intensa e cruel com práticas violentas e hostis ligadas à gestação: as mulheres com deficiência"*. (TERRA; MATOS, 2019, p. 4).

Mulheres negras também estão mais vulneráveis à violência obstétrica, pois vivenciam desigualdades estruturais que dificultam o acesso a direitos sociais e humanos, com destaque para os direitos sexuais e reprodutivos:

No que se refere à questão racial e de gênero, é importante lembrar que, na história das mulheres negras, existe um processo violento que insiste em permanecer na atualidade. Desde a travessia transatlântica, no interior dos tumbeiros e navios negreiros, as mulheres negras são alvos de violência por terem sido, sumariamente, separadas de seus filhos, obrigadas a terem partos análogos ao de animais, ocorrendo até nos dias atuais. (ASSIS, 2015, não paginado).

A exemplo da violência moral ou psicológica, uma técnica em enfermagem Rosemary Mulhman, sofreu violência obstétrica durante o parto, ouvindo o médico e sua equipe dizendo frases que a humilharam. Ainda teve seu acompanhante proibido de adentrar durante o procedimento, fato que já tem lei vigente que obriga a liberar um acompanhante. (MAGANIN,2019)

No caso, acima, denota-se que o direito da parturiente foi infringido, conforme, a Lei Federal nº 11.108/2005, pelo fato de ter sido proibida de ter seu acompanhante, junto, durante o procedimento. Pois, no Art. 19, da referida lei, há previsão que os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS), da rede pública ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, o parto e pós-parto imediato. (BRASIL, 2005). Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, art. 8º, § 6º, reforça os direitos da gestante em ter um acompanhante durante todo o período de pré-natal, trabalho de parto e pós-parto imediato. (BRASIL, 1990).

Desta forma, constata-se que a violência obstétrica moral é uma realidade tanto quanto a física. Com o nascimento do bebê, junto com as preocupações e responsabilidades adquiridas, bem como a falta de conhecimento dos atos que caracterizam a violência obstétrica, acabam por passar despercebidas pelas vítimas. Necessitando desta forma que se discuta, reconhecendo a violação dos direitos da mulher, entregando a punição aos infratores de acordo com a lei disposta. (CATOIA, SEVERI, FIRMINO, 2020).

É certo que o direito à saúde é garantido constitucionalmente e deveria atingir todas as pessoas, sem distinção. Isso, obviamente, inclui mulheres que deveriam ter o direito a uma assistência digna e respeitosa, durante todo o período do pré-natal, até o momento do parto, bem como deveriam ter o direito de estar livres de qualquer tipo de violência e de discriminação. Os abusos, os maus-tratos, as negligências e os desrespeitos, ocorridos durante o parto, equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres. As mulheres, nesses casos, estão em uma situação de muita vulnerabilidade e, assim, têm o direito à igualdade e à dignidade. São pacientes são livres para procurar e receber informações, além de não sofrerem discriminações e de usufruírem do mais alto padrão de saúde, seja esta física, mental, sexual e reprodutiva. (MENEZES, 2022).

Conforme exposto, a violência obstétrica por humilhações verbais causa danos de ordem moral e psicológica às vítimas. Esta violência verbal “representa uma afronta ao princípio constitucional da dignidade humana, bem como o desrespeito a diversas leis que resguardam o direito ao parto humanizado”. (BONETTI, FUGLI, 2021, não paginado).

Aqui ficou claro que a violência obstétrica causa danos intensos e cruéis às vítimas e, por isso, quem a comete não pode ficar impune, e, mais ainda, quem a sofreu deve ser reparado, como forma de minimizar a sensação de dor e frustração pela violência sofrida, em um momento tão especial e de extrema fragilidade. Por isso, no próximo capítulo será verificada a possibilidade de responsabilização civil do profissional da saúde que comete violência obstétrica.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Entende-se por responsabilidade civil a “aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde” (DINIZ, 2011, p.50). Assim, a responsabilidade civil visa, principalmente, obrigar aquele que causou danos a outrem repará-lo.

Quanto à responsabilização civil, o Art. 927 do Código Civil estabelece que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Enquanto o Art. 186 dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e o Art. 187, por sua vez, prega que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A classificação da responsabilidade civil é dada pela doutrina em razão da culpa, quando apresenta a natureza jurídica da norma violada. Responsabilidade civil subjetiva é aquela que apresenta a conduta de forma *lato sensu*, que envolve a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa (*stricto sensu*) é caracterizada quando o dano praticado pelo agente é ato de negligência ou imprudência. O dolo é à produção do resultado ilícito apresentando à vontade conscientemente. (PINTO, 2018). Já a responsabilidade objetiva é aquela fundamentada no risco da atividade desenvolvida por aquele que causou o dano, ou seja, prescinde da configuração de culpa ou dolo. (CABRAL, 2018).

No que diz respeito à responsabilidade objetiva, cumpre mencionar, o parágrafo único do referido Art. 927, do Código Civil, que determina que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2002, não paginado).

Assim, a responsabilidade civil objetiva é baseada na chamada teoria do risco, que afirma que toda e qualquer pessoa, pelo simples fato de realizar uma atividade, tem uma predisposição a causar dano a alguém. Contudo, esse fato realizável, somente se verifica quando há uma consequência a outro indivíduo provocada por essa ação em que o autor se beneficia ou tira vantagem daquele fato que enseja a destruição. A isso dá-se o nome de risco proveito. Disso, extrai-se as três características da responsabilidade objetiva: a subsistência de uma ação, comissiva ou omissiva, a ocorrência de um prejuízo moral ou patrimonial, e o nexo causal entre a destruição praticada e a ação que a este deu, sendo irrelevante a conduta de culpa ou dolo, bastando o nexo causal causal entre o agravo sofrido para que haja a obrigação de indenizar. (CABRAL,2018).

Relacionando com a responsabilização civil dos profissionais da saúde decorrente de violência obstétrica, do exposto acima, conclui-se que ela se relaciona à responsabilidade objetiva, porque no caso da responsabilização destes profissionais pela prática de atos violentos contra à mulher, antes, durante ou logo após o parto, se baseia na premissa de que aquele que exerce determinada atividade deve arcar com os eventuais danos dela decorrentes, independente de sobrevir culpa ou dolo, bastando que advenha danos à paciente.

Como não há, no direito brasileiro, uma legislação federal específica, seja de natureza civil ou penal, tratando do assunto violência obstétrica, o Poder Judiciário, em tais julgamentos, utilizava-se das normas gerais de responsabilidade civil dos profissionais de saúde, abordando, muitas vezes, tais casos, como sendo de erro médico, sendo deficiente no que se refere a decisões de questões sobre violência obstétrica.

Para que possa ter a reparação do dano, necessariamente tem que haver a comprovação da culpa sobre o erro, nexos causal do fato e do dano, para que possa ter a reparação do dano. Ocorre que, o erro médico e a responsabilidade civil que dele deriva trazem consequências para o Poder Judiciário, uma vez que há uma dificuldade muito grande da sua verificação no caso concreto. (LIMA, 2012). Isto porque, igualmente, se faz extremamente necessário para a configuração da responsabilidade por erro médico o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano causado. Por fim, é imprescindível a prova do dano para que alguém seja responsabilizado, e esse dano poderá ser simplesmente moral, ao invés de material, repercutindo apenas sobre a índole do ofendido. (MORAES, 2019)

Por exemplo as duas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, abaixo citadas:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL - VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.

Direito ao parto humanizado é direito fundamental. Direito da apelada à assistência digna e respeitosa durante o parto que não foi observado. As mulheres têm pleno direito à proteção no parto e de não serem vítimas de nenhuma forma de violência ou discriminação. Privação do direito à acompanhante durante todo o período de trabalho de parto. Ofensas verbais. Contato com filho negado após o nascimento deste. Abalo psicológico *in re ipsa*. Recomendação da OMS de prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Prova testemunhal consistente e uniforme acerca do tratamento desumano suportado pela parturiente. Cada parturiente deve ter respeitada a sua situação, não cabendo a generalização pretendida pelo hospital réu, que, inclusive, teria que estar preparado para enfrentar situações como a

ocorrida no caso dos autos. Paciente que ficou doze horas em trabalho de parto, para só então ser encaminhada a procedimento cesáreo. Apelada que teve ignorada a proporção e dimensão de suas dores. O parto não é um momento de "dor necessária". Dano moral mantido. Quantum bem fixado, em razão da dimensão do dano e das consequências advindas. Sentença mantida. Apelo improvido. (SÃO PAULO, 2017, não paginado).

Neste primeiro exemplo, o dever indenizatório no caso deu-se em face da a responsabilidade civil, em que a vítima teve seu direito fundamental negado de haver o parto humanizado, e com isso teve o dano moral mantido em razão do dano sofrido.

Segue o próximo exemplo:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATENDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR. ÓBITO FETAL. HUMANIZAÇÃO DO PARTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DANO MORAL CARACTERIZADO. MAJORAÇÃO. RECURSO DO RÉU CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DOS AUTORES CONHECIDO E PROVIDO. 1. O dano moral pode ser concebido como violação do direito à dignidade, na medida em que é consagrada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos da personalidade, tais como a honra, nome, privacidade, intimidade, liberdade. 2. Para que incida o dever de indenizar por dano moral, o ato tido como ilícito deve ser capaz de imputar um sofrimento físico ou espiritual, impingindo tristezas, preocupações, angústias ou humilhações, servindo-se a indenização como forma de recompensar a lesão sofrida. 3. A perda perinatal ocorre a qualquer momento da gestação até o primeiro mês de vida do bebê, desencadeando um processo definido como luto perinatal. Nesses casos, a mulher, ao procurar um estabelecimento hospitalar para a retirada do feto morto, deve ser acolhida, aconselhada, informada e devidamente assistida por profissionais competentes, além de ter à disposição tecnologia apropriada que garanta respeito à sua dignidade. 4. A humanização do parto tem o condão de privilegiar o bem-estar da mulher e do bebê, considerando os aspectos fisiológicos, psicológicos e o contexto sociocultural no qual está inserida e é aplicada a todos os casos, desde a assistência ao recém-nascido até o abortamento, incluindo a morte. 5. A falha na prestação de serviço

do hospital, caracterizada pela falta de prática assistencial durante uma perda perinatal, ocasionando angústia, desgosto, insegurança e aflição à parturiente, gera o dever de indenizar. 6. O quantum indenizatório deve estar em consonância com os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, atendendo simultaneamente aos requisitos de desestímulo à ocorrência de novas condutas danosas, capacidade econômica das partes e compensação ao autor quanto ao dano ocorrido, sem a caracterização do enriquecimento sem causa. Apelação do réu conhecida e desprovida. Apelação dos autores conhecida e provida. APELAÇÃO DO RÉU CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÃO DOS AUTORES CONHECIDA E PROVIDA. UNÂNIME. (SÃO PAULO, 2019, não paginado).

Neste segundo exemplo, a responsabilidade civil recaiu sobre o hospital particular, que foi o responsável pelos danos provocados, pela falha na prestação de serviço, sendo condenado a indenizar por danos morais.

Assim, a falta de uma lei específica, aliada à falta de conhecimento de muitos juízes contribuíam para o desamparo das mulheres que buscam a proteção de seus direitos fundamentais. Diante disso, essa realidade desencorajava a realização de novas denúncias, deixando, assim, o Judiciário de exercer a sua função social, o que gera uma situação de mais indignidade e violência para as mulheres. (LEITE, 2017).

Mas, este quadro desanimador está sendo revertido, como exemplo disso, segue outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. Parto ocorrido em corredor no nosocômio, após mais de 10 horas da admissão na maternidade, com a queda da recém-nascida, decorrente da expulsão fetal. Ausência de assistência prestada ao final do período de dilatação e período expulsivo. Inadequação dos procedimentos e não observância dos critérios estabelecidos pela ANVISA (RDC 36/2008). Dano moral configurado. Quantum indenizatório. Insurgência das requerentes voltada a aumento dessa verba. Fixação no valor equivalente a vinte salários mínimos que comporta majoração, para a importância de R\$ 50.000,00, a ser corrigida monetariamente desde a data deste julgamento, com afastamento da sucumbência recíproca então determinada. Honorários advocatícios fixados sobre o valor da causa. Impossibilidade. Acolhimento parcial da insurgência do requerido, para arbitramento dessa verba honorária em percentual a incidir sobre o valor da condenação. Sentença parcialmente reformada.

RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (SÃO PAULO, 2021, não paginado).

Neste primeiro exemplo, a responsabilidade civil do profissional da saúde decorreu do reconhecimento do Tribunal da prática de violência obstétrica diante da “Inadequação dos procedimentos e não observância dos critérios estabelecidos pela ANVISA”.

Relacionando a doutrina, a legislação e a jurisprudência acima apresentadas, quanto à responsabilização civil dos profissionais da saúde decorrente de violência obstétrica, conclui-se que ela se relaciona à responsabilidade objetiva, porque no caso da responsabilização destes profissionais pela prática de humilhações verbais contra a mulher, antes, durante ou logo após o parto, se baseia na premissa de que aquele que exerce determinada atividade deve arcar com os eventuais danos dela decorrentes, independente de sobrevir culpa ou dolo, bastando que advenha danos à paciente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante exposto, o trabalho possibilitou uma abordagem sobre as características da violência obstétrica, onde apresentou casos que ocorreram em hospitais públicos e privados, elencando a responsabilização civil do profissional da saúde.

Foi possível perceber o costume de caracterização da violência obstétrica como erro médico, o que trazia dificuldades às vítimas para produzirem provas a seu favor, pois, com essa tipificação, se fazia necessário demonstrar a culpa do agente público, além da produção de prova pericial por outro médico, que tende a proteger a sua categoria de classe profissional.

Ressaltando que, caso a violência obstétrica verbal, fosse tipificada por lei, adequadamente, conforme se almeja e, é necessário, os tribunais pátrios poderiam julgar referida agressão como violência de gênero, onde não teria a necessidade da prova de culpa, mas sim, do nexos casual e do fato e dano presumido, com dever de indenizar.

Além disso, percebeu-se que a negativa por parte dos julgadores em utilizar o termo violência obstétrica nas ementas de suas decisões, está caindo em desuso, o que acaba contribuindo para eliminar uma invisibilidade quanto ao tema no curso processual e possibilitar a reparação dos danos às vítimas de violência obstétrica que tiveram sua dignidade violada.

Verificou-se que este tipo de violência contra mulher é muito difícil de combater, pois, a vítima encontra-se com o psicológico abalado, sentindo-se fragilizada e com medo de denunciar a situação e ser exposta, além de ter que lidar com a opinião pública. Sendo,

por essas razões, que muitas vítimas deixam de denunciar a violência obstétrica, acabando por se manter a falsa ideia de aceitação nos procedimentos, com a ausência de penalização aos infratores.

Conclui-se que a violência obstétrica tem números expressivos de casos, especialmente, na fase gestacional, seja dentro das unidades de saúde pública ou privada. Demonstrando que o problema não está somente nas classes mais baixas, e sim é um problema estrutural na política pública. Sendo certo que mulheres com deficiência e negras estão mais vulneráveis a este tipo de violência.

A falta de informação veem sendo grande problema, para que não só as mulheres, mas toda a sociedade entenda o que está acontecendo e o que realmente é normal nos atendimentos das parturientes.

O estado do Tocantins avançou neste tema, pois já há uma lei estadual em vigência desde 27 de julho de 2018 para combater mais essa violência contra as mulheres, entretanto estabelece apenas sanções administrativas, o que dificulta sua efetividade.

Há necessidade de que nossos legisladores nas esferas federal, estadual e municipal, se debrucem sobre o tema violência obstétrica para que haja tipificações e sanções equilibradas com o objetivo de erradicar este tipo de violência, trazendo à humanização do atendimento às parturientes e promovendo a sua dignidade.

Nas revisões das literaturas e nas poucas leis existentes, verifica-se que a violência obstétrica ocorre desde ofensas verbais, passando pelas lesões causadas pelos procedimentos, e até mesmo quando se nega o atendimento ou uma simples informação ou o direito a um acompanhante.

É preciso o desenvolvimento de políticas públicas para que se faça com que as informações cheguem a todos os recantos do Brasil, tornando a mulheres conhecedoras dos seus direitos e os profissionais de saúde sabedores de suas responsabilidades e preparados a dar suporte as mulheres.

A violência obstétrica trata-se de um reflexo de problemas estruturais, uma violência de gênero que é reproduzida na área obstétrica. É uma questão multifatorial, que necessita ser combatida, considerando o conhecimento histórico do termo, para que possa criar e estar presente na legislação de forma ampla, amparando profundamente quem venha sofrer e punindo quem venha cometer.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jussara Francisca de. **Violência obstétrica enquanto violência de gênero e os impactos sobre as mulheres negras a partir de uma visão integrativa.** Universidade

Federal do Rio de Janeiro), 2015. Disponível em https://www.editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA30_ID1268_070_82017222543.pdf. Acesso em: 9 out. 2022.

BARUFFI, Ana Cristina. **Principais aspectos jurídicos da violência obstétrica no Brasil**. [S. l.], 13 jul. 2022. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/violencia-obstetrica/>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL, Planalto, Governo Federal. Lei Federal nº 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. [S. l.], 2005. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2022.

BONETTI, Irene Jacomini; FUGLI, Susie Yumiko. **A violência obstétrica em suas diferentes formas**. [S. l.], 22 jan. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/339310/a-violencia-obstetrica-em-suas-diferentes-formas>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL, Planalto. LEI Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 9 out. 2022.

COC\FIOCRUZ, RODRIGUES, Karine. **Tese faz análise histórica da violência obstétrica no Brasil**. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/tese-faz-analise-historica-da-violencia-obstetrica-no-brasil>. Acesso em: 9 out. 2022.

CABRAL, Marcelo Augusto. **A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro**. [S. l.], 30 nov. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70610/a-responsabilidade-civil-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 9 out. 2022.

CATOIA, Cinthia de Cassia; SEVERI, Fabiana Cristina; FIRMINO, Inara Flora Cipriano. In: **Caso “Alyne Pimentel”: Violência de Gênero e Interseccionalidades**. [S. l.], 9 mar. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/CNfnySYtXWYtbsc987D8n5S/#:~:text=O%20caso%20Alyne%20Pimentel%20v.%20Brasil%20foi%20o,humano%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20sexual%20e%20reprodutiva%20das%20mulheres>. Acesso em: 10 out. 2022.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, 2002. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a**

repará-lo. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 9 out. 2022.

DINIZ, Simone Grilo; SALGADO, Heloísa de Oliveira; ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; CARVALHO, Paula Galdino Cardin de; CARVALHO, Priscila Cavalcanti Albuquerque; AGUIAR, Cláudia de Azevedo; NIY, Denise Yoshie. **Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção.** Journal of Human Growth and Development). Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rbcdh/v25n3/pt_19.pdf. Acesso em: 9 out. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010

GOMES, A. M. (2014). **Da Violência institucional à rede materna e infantil: Desafios e possibilidades para efetivação dos direitos humanos e redução da mortalidade.** In Cadernos Humaniza SUS: Volume 4 - Humanização do parto e nascimento (pp. 133-154). Brasília, DF: UECE/Ministério da Saúde.
<https://www.scielo.br/j/psoc/a/J7CMV7LK79LJTnX9gFyWHNN/?lang=pt#articleSection3>. Acesso em: 9 out. 2022.

GOV.BR, Governo federal. Nota Pública: Caso Alyne Pimentel. In: GOV.BR, Governo federal. **Nota Pública: Caso Alyne Pimentel.** [S. l.], 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/2014/abril/nota-publica-caso-alyne-pimentel>. Acesso em: 10 out. 2022.

G1, **Shantal: quem é a influenciadora que denunciou violência obstétrica durante parto.** [S. l.], 10 jan. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/01/10/shantal-quem-e-a-influenciadora-que-denunciou-violencia-obstetrica-durante-parto.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2022.

G1 RIO, **Paciente de anestesista preso por estupro depõe no Rio; mulher acredita que também foi violentada:** Uma das mulheres que foram atendidas pelo anestesista antes do flagrante de estupro questiona comportamento do hospital e equipe ao filmarem o estupro antes de denunciar: 'Não foi procurada por ninguém', diz defesa. [S. l.], 14 jul. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/07/14/mulher-que-teve-parto-antes-de-estupro-de-anestesista-filmado-presta-depoimento.ghtml>. Acesso em: 9 out. 2022

LIMA, Fernando Gomes Correa. **Erro médico e reponsabilidade civil.** [S. l.], 2012. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

LEITE, Julia Campos. **A DESCONSTRUÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA ENQUANTO ERRO MÉDICO E SEU ENQUADRAMENTO COMO VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E DE GÊNERO**. [S. l.], 2017. Disponível em:

https://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499455813_ARQUIVO_ARTI_GOFAZENDOGENERO.pdf. Acesso em: 9 out. 2022.

Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018. **Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins** Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3385-2018_53238.PDF. Acesso em: 9 out. 2022.

MAIA, Janize Silva. **A MULHER DIANTE DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: CONSEQUÊNCIAS PSICOSSOCIAIS**. [S. l.], 28 nov. 2018. Disponível em:

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/consequencias-psicossociais>. Acesso em: 9 out. 2022

MAGAGNIN, Sofia. Violência obstétrica causa danos psicológicos as gestantes. 03 abr 2019; Disponível em : <https://www.portalcomunicare.com.br/violencia-obstetrica-causa-danos-psicologicos-as-gestantes/>. Acessado em: 09 de out 2022.

MORAES, Nereu Cesar de. Erro médico: aspectos jurídicos. In: **Erro médico: aspectos jurídicos**. [S. l.], 15 dez. 2010. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rbccv/a/6hYb8f8Swv5JyvbGNkMBVDM/>. Acesso em: 12 ago. 2022.

MENEZES, Dayne Gomes de Oliveira. **Violência obstétrica no Brasil: fundamentos jurídicos acerca do direito da proteção da gestante e parturiente**. [S. l.], 23 maio 2022.

Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58276/violncia-obsttrica-no-brasil-fundamentos-juridicos-acerca-do-direito-da-proteo-da-gestante-e-parturiente>. Acesso em: 9 out. 2022

BRASIL, Nações Unidas. **Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. 22 jun. 2010.

Acessado em: 10 set 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/index.php/pt-br/66851-os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio#:~:text=Os%20Objetivos%20de%20Desenvolvimento%20do%20Mil%C3%AAnio%2022%20junho,mundo%20mais%20seguro%2C%20mais%20pr%C3%B3spero%20e%20mais%20justo>.

Projeto de Lei nº 2082, de 2022. [S. I.], 24 ago. 2022. **para tipificar a violência obstétrica como crime e estabelecer procedimentos para sua prevenção** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154237>. Acesso em: 9 out. 2022.

PONCIANO, Camila. **A Violência obstétrica e erro médico nos trabalhos de parto**. [S. I.], 15 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82293/a-violencia-obstetrica-e-o-erro-medico-nos-trabalhos-de-parto>. Acesso em: 10 out. 2022.

PINTO, Gustavo Neves. **Responsabilidade civil subjetiva**. [S. I.], 11 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66861/responsabilidade-civil-subjetiva>. Acesso em: 9 out. 2022.

PLANALTO, Governo Federal. **A Lei Federal nº 11.108/2005**. [S. I.], 2005. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2022.

RODRIGUES, Karine. **Tese faz análise histórica da violência obstétrica no Brasil**. [S. I.], 25 maio 2022. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/tese-faz-analise-historica-da-violencia-obstetrica-no-brasil>. Acesso em: 10 out. 2022

SÃO PAULO, **Defensoria Pública**, 2013, pag.11. Disponível em: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/bitstream/riuea/1832/1/Viol%C3%Aancia%20moral%20obst%C3%A9trica%20no%20processo%20gestacional%2C%20de%20parto%20e%20abortamento%20e%20o%20amparo%20da%20mulher%20no%20ordenamento%20jur%C3%ADico%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

SÃO PAULO.2017, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/509315821>. Acesso em: 9 out. 2022.

SÃO PAULO.2019, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Disponível em: Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/792977044>. Acesso em: 9 out. 2022.

SÃO PAULO.2021, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Disponível em: Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1338433752>

SANTOS, Mariana Dantas Rodrigues dos. **Violência obstétrica: influência na pandemia**. [S. I.], 10 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59000/violencia-obstetrica-influencia-na-pandemia>. Acesso em: 9 out. 2022.

TOCANTINS, Brasil. **Lei Nº 3385 DE 27/07/2018** - Estadual - Tocantins - LegisWeb <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=365587>. Acesso em: 9 out. 2022.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Violência obstétrica contra a gestante com Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carla Harmatiuk Matos**. v. 24 n. 1 (2019) 2019-03-29. Pensar Revista de Ciência Jurídicas, Fortaleza. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/8744>.

VENTURI, Godinho. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços públicos e privado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo**, 2010. Acessado em: 03 Jul. 2022. Disponível em: https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf

ZAGO, Livia Maria Armentano. **Violência Obstétrica**. [S. l.], 23 nov. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269684/violencia-obstetrica>. Acesso em: 9 out. 2022.

ZANARDO; URIBE; NADAL; HABIGZANG. **Violência Obstétrica no Brasil: Uma Revisão Narrativa**. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/J7CMV7LK79LJTnX9gFyWHNN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 9 out. 2022.

UTILIZAÇÃO DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP) NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO DOS MUNICÍPIOS COM MENOS DE 20 MIL HABITANTES DO ESTADO DO TOCANTINS, NA REGIÃO DO VALE DO ARAGUAIA

ANNA FLÁVIA LINO CARDOSO:
Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)

ROMULO DE MORAES OLIVEIRA²⁵

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo a utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) no âmbito administrativo dos municípios com menos de 20 mil habitantes do estado do Tocantins, na região do vale do Araguaia. O presente estudo pretende realizar uma análise da dificuldade dos municípios com menos de 20 mil habitantes do estado do Tocantins, na região do vale do Araguaia na utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). O método de abordagem teórico será dedutivo, pois se partirá de teorias e concepções gerais utilizando o artigo 174 da Lei Federal 14.133, de 01 de abril de 2021, e posteriores alterações, bem como entendimentos sobre o assunto, para então chegar à conclusão da dificuldade dessa utilização.

Palavras-chave: Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); Licitações; Araguaia.

ABSTRACT: This article aims to study the use of the National Portal of Public Contracts (PNCP) in the administrative scope of municipalities with less than 20 thousand inhabitants in the state of Tocantins, in the Araguaia valley region. The present study intends to carry out an analysis of the difficulty of municipalities with less than 20 thousand inhabitants in the state of Tocantins, in the region of the Araguaia valley, in using the National Portal of Public Contracts (PNCP). The theoretical approach method will be deductive, as it will start from theories and general conceptions using article 174 of Federal Law 14.133, of April 1, 2021, and subsequent amendments, as well as understandings on the subject, to then reach the conclusion of the difficulty of that use.

Keywords: NATIONAL PUBLIC CONTRACTING PORTAL. bids. Araguaia.

1 INTRODUÇÃO

²⁵ Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT). Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)

O objetivo do presente trabalho é saber os motivos enfrentados pelos municípios com menos de 20.000 habitantes do vale do Araguaia na dificuldade da utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é um marco de inovação para as compras públicas, unificando os meios ao acesso, possibilitando a procura de forma unificada, trata-se de um sítio criado pelo governo para essa inovação.

Pode-se verificar que a proposta trazida pelo sítio, como destaca Jamil Manasfi, pretende disponibilizar e centralizar os documentos publicados nos sítios municipais. Objetivando a fácil localização para aqueles que fiscalizam as Licitações Públicas, não sendo mais necessário ir ao Portal da Transparência Municipal, Estadual ou o próprio Federal.

GUTIERREZ (2021, pág. 94), versa o da seguinte forma sobre o PNCP: “A Lei nº 14.133/21 cria o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). O Portal tem dois objetivos principais. Um deles é centralizar as informações de absolutamente todas as licitações do país.”

Isso, como mostraremos ao decorrer do presente trabalho, é a inovação no mundo das Licitações e Compras Públicas, já que a Lei 8.666/93 (antiga Lei de Licitações) não determinava a centralização das informações de todas as licitações realizadas no país.

O objetivo da elaboração deste trabalho se motivou na busca de compreender a dificuldade de implementação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) nos municípios com menos de 20 mil habitantes do estado do Tocantins, na região do vale do Araguaia.

A pesquisa pauta-se na necessidade de conhecer o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), visto sua regulamentação federal ainda não estar completa e efetivamente instituída em todos os estados da federação, dificultando ainda mais sua regulamentação em município com menos de 20.000 mil habitantes.

Portanto o tema sobre a funcionalidade do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) no âmbito administrado dos municípios com menos de 20 mil habitantes, do Estado do Tocantins, do Vale do Araguaia deve no mínimo se atentar quanto à capacitação dos servidores operantes na área, os aparelhos a serem utilizados, o meio de comunicação e as demais necessidades imprescindíveis para utilização do sítio.

2 PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E MUNICÍPIOS DO VALE DO ARAGUAIA

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é um marco inovador no Direito Administrativo. Trazido pela Lei Federal 14.133, de 01 de abril de 2021, ele fará parte da vida da administração pública, a qual necessitará capacitar, aperfeiçoar e investir no pessoal atuante na área, motivo esse que muitos chefes dos executivos dificultam a implementação e manuseio dos meios, afim de não afetar o orçamento já designado.

Joel de Menezes diz que:

A Lei n. 8.666/1993 exigia a publicação em diário oficial do extrato do contrato, como condição indispensável à eficácia das obrigações firmadas. A Lei n. 14.133/2021 despede-se em larga medida do diário oficial ao apostar todas as fichas no Portal Nacional de Contratações Públicas, criado pelo artigo 174 da mesma lei, onde será centralizada a divulgação dos atos exigidos pelo novo diploma legal. (MENEZES, 2021, pág. 177).

Nota-se que a publicação na Lei 8.666/93, era exigida em diário oficial, e apenas o extrato do contrato, que era meio indispensável à eficácia das obrigações firmadas na realização do certame.

Outro aspecto trazido pelo Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é a padronização dos mecanismos utilizados nas licitações e compras públicas.

Segundo MENEZES:

Lá, no Portal, constarão informações sobre planos de contratações anuais, catálogos eletrônicos de padronização, editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta, editais de licitação, atas de registros de preços, notas fiscais eletrônicas e, claro, contratos administrativos e termos aditivos. (MENEZES, 2021, pág. 177).

A padronização desses mecanismos implicará na agilidade da realização das compras, tendo em vista que o processo burocrático e técnico demanda de muito tempo de averiguação, correção e diagnóstico prático.

2.1 CONCEITO DO PNCP

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é um sistema criado pela Lei Federal 14.133, de 01 de abril de 2021, "art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:[...]"

Esse sítio tem competências nunca vistas relacionadas às Licitações e Contratos Públicos, sua criação busca, de forma efetiva, dar a devida publicidade para os atos exigidos pela Lei Federal 14.133, de 01 de abril de 2021.

Os incisos e parágrafos do art. 174 remetem-se a destinação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sendo que o inciso I e II trazem em seus respectivos textos o seguinte:

I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;

II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos. (BRASIL, 2021)

Nessa análise do corpo legal, verifica-se que a divulgação dos procedimentos adotados para a execução dos processos de contras públicas passam a ter obrigatoriedade de divulgação no sítio.

§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:

I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;

II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;

III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios. (BRASIL, 2021)

O parágrafo primeiro do art. 174 alude quem será o corpo responsável pela gerência do Portal em si, determinando assim as competências de cada ente federativo quanto a indicação do Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas.

No parágrafo segundo podemos ver o rol de informações que deverá estar publicado em relação às contratações realizadas pela administração pública, vejamos:

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:

- I - planos de contratação anuais;
- II - catálogos eletrônicos de padronização;
- III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;
- IV - atas de registro de preços;
- V - contratos e termos aditivos;
- VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso. (BRASIL, 2021)

Por sua vez, o §3º traz a funcionalidades que devem ser oferecidas pelo Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), então:

§ 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:

- I - sistema de registro cadastral unificado;
- II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;
- III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 desta Lei;
- IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;
- V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep); (BRASIL, 2021)

Como demonstrado pelo texto legal, do inciso I ao V o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) deverá oferecer essas funcionalidades em sua plataforma. Por sua vez o inciso VI do mesmo artigo, da sua alínea "a" a "d" diz respeito a uma funcionalidade muitíssima interessante o que seja um sistema de gestão compartilhada, vejamos:

- VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:
 - a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;

b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o inciso III do caput do art. 19 desta Lei;

c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento;

d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração. (BRASIL, 2021)

Esse sistema diz respeito, como pode-se constatar, às informações referentes à execução do instrumento contratual pactuado entre a administração pública e aquele que com ela deseja contratar, devendo esse ficar atento ao que se pede no texto legal.

Na fase inicial do sítio, não tivemos a apreciação de todas as funcionalidades que o §3º do art 174 menciona, Manasfi (2022, pág. 78), inclusive traz as informações que já estão disponíveis no sítio:

Em sua versão inicial, lançada no mês de agosto de 2021, o PNCP disponibiliza informações e documentos, no seu inteiro teor, de editais de licitação e respectivos anexos; avisos e atos autorizativos de contratação direta; atas de registro de preços; e contratos, seus termos aditivos, ou instrumentos hábeis substitutos. (MANASFI, 2022, pág 78)

Visto isso estamos presente a uma importante novidade no meio das compras públicas governamentais, o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) deve ser o portal oficial usado por quaisquer dos órgão do poderes e entes federativos que queiram ou tenham a necessidade de processo de contratações públicas.

Para muitos, o PNCP é somente uma ferramenta criada para dar cumprimento ao princípio da publicidade, sequer elevando-o ao princípio da transparência [...]. Porém, o PNCP pode e deve ser muito mais do que isso. É uma das principais iniciativas para superar a antiga visão legalista, procedimental e economicamente ineficiente, por uma nova visão gerencial, orientada para resultados, que promove os princípios da transparência (openness), integridade

(integrity) e responsividade (accountability) típicos de uma boa governança pública (FURTADO; VIEIRA, 2021, s. p.)

No art. 175, pode-se verificar que os entes federativos poderão, sem prejuízo ao art 174, instituir sítio eletrônico próprio para divulgações, afim de que seja dada divulgação complementar das contratações realizadas, isso desde que mantida a integração ao PNCP, e destaca-se ainda que os municípios deverão realizar divulgação complementar até 31 de dezembro de 2023, vejamos:

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

§ 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.

§ 2º Até 31 de dezembro de 2023, os Municípios deverão realizar divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local. (BRASIL, 2021)

O art. 176, da Lei 14.133/21 versa sobre os prazos relativos à publicação dentre outros deveres dos municípios, e lá podemos destacar o meio de divulgação que os municípios deverão dar publicidades aos atos praticados, vejamos:

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no **caput** do art. 8º desta Lei;

II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o **caput** deste artigo deverão:

I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica. (BRASIL, 2021)

O que encontramos no texto legal acima é muito interessante ao ponto de vista de que o prazo estabelecido para adequação para o que pede seus incisos demonstra pluralidade de exigências, as quais os poderes federativos deverão seguir rigorosamente quando utilizarem a referida Lei.

Como pode-se extrair dos referendados textos citados, a importância da implementação, regulamentação e utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) deve o quanto antes ser implementada nas municipalidades, porém visto as dificuldades encontradas, cria-se um desafio para o cotidiano administrativo, implicando em gastos que muitos chefes dos Poderes Executivos Municipais não estão dispostos a gastar.

2.2 AS VANTAGENS DO PROCESSO ELETRÔNICO

A crescente atualização das compras governamentais junto a constante mudança das tecnologias utilizadas, forçam o Poder Público a atualizar e capacitar aqueles que realizam as compras públicas afim de que os gestores não corroborem que algo ilícito durante a contratação. Desta feita existe a necessidade da publicação dos atos partidos.

Uma das premissas da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é a maior transparência nas contratações, bem como maior celeridade aos processos licitatórios. Uma vez que as informações serão centralizadas em um único sistema governamental, ficando a disposição os editais como as demais informações para os possíveis interessados em contratar com a administração pública.

O § 4º do art 75 da Lei 14.133, dispõe que o extrato para pagamento das contratações realizadas por dispensa de licitação tratadas nos incisos I e II do mesmo artigo, deverão estar publicadas e mantidas á disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), vejamos:

§ 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de

pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). (BRASIL, 2021)

Isso demonstra a finalidade pelo qual o processo eletrônico traz benefícios para a gestão governamental, uma vez que tanto os órgãos de fiscalização quanto qualquer um do povo poderá estar verificando os pagamentos das compras governamentais. E isso graças a criação Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Ademias podemos destacar a realização das licitações em sua preferência de forma eletrônica, onde observa-se que essa forma é determinada como regra, tendo como sua exceção a forma presencial, a qual deverá ser motivada e gravada tanto em áudio quanto em vídeo da realização do certame, como pode-se observar no art 17, § 2º e § 5º:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

[...]§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

[...]§ 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento. (BRASIL, 2021)

Esse ato determinado pela Lei 14.133, de 01 de abril de 2021 deve ser interpretado pela condição do agente em realizar o processo licitatório já que nem todos os operadores das compras governamentais têm o conhecimento específico para realização de tais atos.

Outra vantagem incorporada que podemos destacar é a publicidade do edital da licitação, que no momento em que se cria o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e disponibiliza o mesmo, torna a veiculação dos editais mais uma das vantagens trazidas pelos processos em sua forma eletrônica:

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito

Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação. (BRASIL, 2021).

O parágrafo primeiro do artigo 54, traz a obrigatoriedade da publicação ao ato de extrato do edital para o procedimento licitatório, sem prejuízo ao caput do aludido artigo. Por outro lado, o parágrafo segundo, traz a faculdade do poder público em adicionar anexos ao edital em sítio eletrônico oficial, desta:

§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim. (BRASIL, 2021)

Nesse sentido, o parágrafo terceiro, diz que após o ato de homologação do procedimento licitatório, deverá, caso queira, o órgão gerenciador, disponibilizar os documentos colhidos e realizados na fase preparatória, que não tenham sido integrados ao edital, vejamos:

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos. (BRASIL, 2021)

Portanto, quando a partir do momento em que o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) estiver disponível para o manuseio público, a veiculação nele será obrigatória, afim de que os entes que contratam no poder público alimentem-no e assim mantenham a publicidade de seus gastos e interesses aquisitivos demonstrados de forma a transparecer a destinação dos valores orçados.

2.3 DA DIFICULDADE DE ADAPTAÇÃO ATRAVÉS DOS MEIOS

O tópico acima trouxe as vantagens do processo na sua forma eletrônico como regra trazida pela Lei 14.133, de 01 de abril de 2022, porém como é sabido o Estado do Tocantins não a melhor das internets disponíveis no país.

O site TechBreak listou os melhores e os piores estados do Brasil em relação ao fornecimento de internet, vejamos:

[...]A unidade federativa com a internet mais rápida do Brasil é o Distrito Federal, com velocidade média de download de 61,02 MBIT/S, seguido dos estados de São Paulo (50,56 MBIT/S), Rio de Janeiro (45,59 MBIT/S), Santa Catarina (38,44 MBIT/S) e Rio Grande do Sul (31,55 MBIT/S).

Já as piores velocidades médias de download no Brasil são no Maranhão (15 MBIT/S), Tocantins (14,33 MBIT/S), Acre (7,85 MBIT/S), Roraima (7,02 MBIT/S) e Amazonas (6,11 MBIT/S). (TechBreak, 2022)

Então como podemos ver, segundo o site, o Estado do Tocantins não detêm uma das melhores conexões do mercado, motivo esse que dificulta muito a utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) no âmbito administrativo, pois por se tratar de um sistema integrado, a veiculação simultânea é constate nele, necessitando assim de uma conexão estável e rápida.

Outro ponto negativo em relação aos meios para a utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) que deve ser observado é em relação a capacitação dos servidores responsáveis pelas compras em municípios com pouco investimento na área. Tendo em vista que gestores optam por não gastar.

3 MUNICÍPIOS ABRANGIDOS PELA LEI 14.133, DE 01 DE ABRIL DE 2021

O Lei 14.133/2021 entrou em vigor no dia 01 de abril de 2022, redefinindo um marco legal para os processos licitatórios e contratos administrativos para os entes Federativos.

Segundo o artigo 193, ficam revogadas as Leis 8.666/93, 10.520/02 e os arts 1º ao 47 da Lei 12.462/11 após decorrido o prazo de 02 (dois) anos da publicação da Lei 14.133, de 01 de abril de 2022, em acordo ao art 194, vejamos:

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2021).

Pois bem, nesse sentido verifica-se que a atualização e capacitação dos servidores que antes utilizavam as Leis revogadas, é de fato necessário, porém o legislador infraconstitucional atentou-se para a realizada vivida pelos municípios com menos de 20.000 habitantes, considerados de pequeno e médio porte, que não dispõem da mesma qualidade operativa de serviço em relação à municípios de grande porte.

Isso cria um enorme desafio para o sistema administrativo público, pois sabemos que o Estado do Tocantins concentra sua maior rede de ensino nas cidades com maior número de habitantes, localizadas fora da região do Vale do Araguaia, a não ser pelo município de Paraíso do Tocantins, como aponta o site JM NOTICIA, quer listou as dez cidades com melhores notas do IDEB 2021.

Assim, face aos enormes desafios a serem enfrentados pelos entes municípios da região do Vale do Araguaia, em especial por Municípios com menos de 20.000 habitantes, afastados das áreas com maior desenvolvimento urbano e comercial, possuindo pouca estrutura de arrecadação, tendo como principal fonte de receita o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), onde a mão de obra se torna escassa, provocando a necessidade de adaptação pelo aprendizado com erros e acertos.

É nessa hora o legislador entendeu por bem conferir aos municípios com menos de 20.000 habitantes regras especiais de transição, beneficiando assim os municípios do Vale do Araguaia que se encaixam na especificação, alterando o prazo de aplicabilidade da Lei, vejamos:

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no **caput** do art. 8º desta Lei; [...] (BRASIL, 2021).

Logo no inciso I do artigo podemos ver a menção ao artigo 7º e 8º para cumprimento dos municípios com menos de 20.000 habitantes, no qual designa os requisitos à gestão por competências e designação daquele que será a pessoa que conduzira a licitação, chamado de agente de contratação.

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover

gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos: (...)

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação. (BRASIL, 2021).

Isso foi mais um fator que fez o legislador prever um prazo maior de aderência ao Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) para os municípios com menos de 20.000 habitantes.

II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o **caput** deste artigo deverão:

I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica. (BRASIL, 2021).

Os demais incisos e parágrafo único demonstram que o legislador se preocupou também com a difícil adaptação às novas tecnologias, afim de que os municípios com menos de 20.000 busquem atualizar-se com as tecnologias mais recentes à informação e programação de uso populacional.

4 AS POSSÍVEIS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELOS MUNICÍPIOS DO VALE DO ARAGUAIA COM MENOS DE 20.000 HABITANTES

Diante do exposto até aqui podemos verificar e entender que os municípios do Vale do Araguaia com menos de 20.000 habitantes encaixam-se nas hipóteses que o

legislador previu para aqueles que terão dificuldade de adaptação à Lei 14.133/21, estabelecendo assim o prazo de até 06 (seis) anos de pura adaptação.

Uma vez que o Estado do Tocantins não detém uma das melhores conexões, como demonstrado anteriormente, entende-se que os municípios que não possuem uma boa infraestrutura de captação de recursos urbanos estão à mercê dos valores arrecadados internamente, dificultando a aplicação de incentivos à capacitação operacional.

Nesse sentido NIEBUHR (2021, pág. 18), "é que, para cumprir essa ordem, os municípios precisariam ampliar os seus quadros, difícil de se fazer em curto ou médio espaço de tempo, por todas as restrições financeiras enfrentadas".

O prazo da sua promulgação até sua efetiva vigência, em um curto espaço de tempo, é de fato um gigantesco desafio para as municipalidades de pequeno porte, pois 02 (dois) anos para a União, não é o mesmo para municípios que, querendo ou não, são precários em relação à aplicação no âmbito administrativo das compras públicas. Conforme podemos ver no artigo 193, inciso II:

Art. 193. Revogam-se:

[...]

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.[...] (BRASIL, 2021).

A revogação aqui trazida repercute na esfera federal bem mais intensamente, do que nas esferas municipais, lembrando que o legislador se preocupou com aqueles que, em tese, sofrerão mais com as mudanças da nova Lei de Licitações e Contratos Públicos.

Sendo isso, a utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) deverá ser tratado com algo, além de inovador, diferente ao habitual dos Poderes Públicos municipais da região do Vale do Araguaia, o que dificultará o funcionamento dessas entidades, pois dependerá muito do conhecimento técnico à sua aplicabilidade, exigindo-se por parte dos gestores um bom assessoramento tecnológico e capacitação de servidores, sem esquecer que a lei em seu artigo 7º traz a figura do agente de contratação, que conforme inciso I, ele deverá ser [...]preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;[...], assim esses município futuramente deverão realizar o tão aguardado concurso público, para não se preocuparem ao cumprimento da lei em longo prazo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia destinou-se a pesquisar a dificuldade de adaptação dos municípios da região do vale do Araguaia com menos de 20.000 mil habitantes quanto a utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), uma vez que o mesmo é algo inovador no ambiente das compras governamentais, um aparato tecnológico de divulgação e transparência pública, sendo que a divulgação é condição indispensável para a eficácia pretendida pelo ente público.

A capacitação dos servidores que atuam na área das compras públicas bem como os que atuam na área das licitações deve ser pautado pelos chefes dos poderes executivos municipais da região do Vale do Araguaia, pois como apontado na presente monografia, a região não possui os melhores meios para execução dos respectivos serviços.

As licitações em suas formas eletrônicas, de fato são bem melhores observadas, no entanto deve atentar-se que no ambiente eletrônico nem sempre vence aquele que irá comprimir as cláusulas impostas nos editais publicados através do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), derivando assim meios que atrasam o andamento do serviço público em municípios não contemplados pelo alto número de fornecedores.

O trabalho legislativo de desenvolvimento da Lei 14.133, de 01 de abril de 2021, atentou-se para os pontos destacados no presente trabalho no que tange a adaptação dos municípios com menos de 20.000 habitantes, estabelecendo o prazo de até 06 (seis) anos para atualizarem-se a utilização da nova lei e conseqüentemente do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)

A Administração Pública deve sempre prestar a melhor qualidade nos serviços prestados à sociedade, sem esquecer da eficiência do serviço público, qual seja ele a maior celeridade e melhor atendimento, tentar sempre diminuir a burocracia existente no ambiente. Para tanto o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) trouxe o marco inovador da centralização nos procedimentos licitatórios em apenas um sítio eletrônico.

Desse modo, a Administração Pública deve acompanhar as mudanças da legislação de modo a sempre estar atualizando-se nos serviços prestados afins de uma boa gestão administrativa.

Após o estudo e elaboração do presente trabalho buscou-se responder se seria possível a adequação dos municípios do Vale do Araguaia (Estado do Tocantins) com menos de 20 mil habitantes, quanto à utilização do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Visto todo o conteúdo aqui apresentado e estudado, considera-se provável a dificuldade de adaptação por parte desses municípios por todas as razões

apresentadas, demandando tempo e incentivo ao setor competente para a efetiva utilização do sítio público de divulgação licitatória.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Bruno Maldonado; MATTS, João Guterrez de. **Licitações e Contratos**. Porto Alegre : SAGAH, 2017. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595021235/cfi/1!/4/4@0.html>>. Acessado em 14-03-2022.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 14-03-2022.

BRASIL, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, DECRETO-LEI Nº DECRETO Nº 10.929, DE 7 DE JANEIRO DE 2022. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> Acessado em 14-03-2022.

Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14133-1-abril-2021-791222-norma-pl.html>> Acessado em 21-05-2022.

Disponível em <https://jmnoticia.com.br/conheca-as-10-cidades-do-tocantins-com-as-melhores-notas-no-ideb-2021/> Acessado em 21-05-2022.

Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/386671154/artigo-175-da-lei-n-14133-de-01-de-abril-de-2021>> Acessado em 23-05-2022.

Disponível em https://www.legjur.com/legislacao/art/lei_00141332021-175 Acessado em 23-05-2022.

JAMIL, Manasfi. Planejamento Estratégico das Contratações Públicas. public thinker. Treinamentos e capacitações. 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª Edição. Zenite, 2021.

DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, A FUNÇÃO SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

JOÃO CARLOS MARADEI JÚNIOR:

Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público/SP, em Direito das Relações de Consumo pela PUC/SP e em Direito Público e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Advogado e consultor em São Paulo.

Resumo: As agências reguladoras foram criadas para uma atuação independente, sem se curvar a interesses quaisquer, sejam eles de usuários, de prestadores de serviços concedidos ou do próprio poder público. O objetivo foi evitar as mais diversas pressões de setores importantes da economia, afastando-se privilégios. Após 25 anos da criação das primeiras agências reguladoras, o que se viu ao longo do tempo foi um desvirtuamento dos objetivos traçados no momento da concepção desse modelo. Muitas questões passaram a ser debatidas. Qual o real papel das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro? Quais os limites do seu poder regulamentador? Quão autônomos são, de fato, esses órgãos? Quanto aos seus dirigentes, temos realmente visto indicações pelo perfil técnico ou as agências tornaram-se moeda de troca política? A influência dos setores econômicos e a interferência política têm sido frequentes? Os serviços públicos estão sendo fiscalizados a contento? A atuação das agências tem sido pautada para estimular uma concorrência salutar entre empresas? Esses órgãos reguladores estão, de fato, cumprindo sua função social e agindo para garantir serviços de qualidade e tarifas justas? E o mais relevante: os direitos do consumidor, parte mais vulnerável da relação a ser regulada, têm sido observados? A pesquisa, pautada em fontes bibliográficas e documentais, justifica-se para demonstrar a importância dos órgãos reguladores, mas do modo como foram concebidos em nosso Estado. Nossa missão será comprovar que serviços adequados, contínuos e eficientes serão obtidos se os setores econômicos forem devidamente regulados, observando, em especial, os interesses da parte mais vulnerável da relação, isto é, o consumidor.

Palavras-chave: Direito das Relações de Consumo; Direito Administrativo; Direitos Humanos Fundamentais; Agências Reguladoras; Sociedade de Consumo

Abstract: The regulatory agencies were created to act independently, without bowing to any interests, whether those of users, providers of granted services or the government itself. The goal was to avoid the most diverse pressures from important sectors of the economy,

ruling out privileges. Twenty-five years after the creation of the first regulatory agencies, what has been seen over time is a distortion of the objectives outlined at the time of conception of this model. Many questions started to be debated. What is the real role of regulatory agencies in the Brazilian legal system? What are the limits of their regulatory power? How autonomous are these agencies in fact? As for their leaders, have we really seen nominations for technical profile or have the agencies become a political bargaining chip? Has the influence of economic sectors and political interference been frequent? Are public services being adequately supervised? Are the agencies acting to stimulate healthy competition among companies? Are these regulatory agencies, in fact, fulfilling their social function and acting to ensure quality services and fair tariffs? And most importantly, have the rights of the consumer, the most vulnerable part of the relationship to be regulated, been observed? The research, based on bibliographic and documental sources, is justified in order to demonstrate the importance of regulatory agencies, but the way they were conceived in our state. Our mission will be to prove that adequate, continuous and efficient services will be obtained if the economic sectors are properly regulated, observing, especially, the interests of the most vulnerable part of the relation, that is, the consumer.

Keywords: Consumer Relations Law; Administrative Law; Fundamental Human Rights; Regulatory Agencies; Consumer Society

1. Introdução

Após três décadas de vigência da Lei 8.078/90, o consumidor ainda não se vê plenamente amparado. Diuturnamente seus direitos são desrespeitados, mostrando o destemor dos fornecedores ante as reprimendas previstas na legislação.

A lei consumerista tem sua gênese no texto constitucional, que concedeu à tutela do consumidor *status* de direito fundamental e de princípio geral da ordem econômica. Os direitos dos consumidores têm um grau de relevância tamanha que podem ser considerados integrantes do rol de direitos humanos constitucionalmente consagrados. Inegável, portanto, a importância atribuída à proteção dos consumidores em nosso país.

A tutela dos consumidores, direito fundamental do cidadão, relaciona-se à salvaguarda de seus direitos econômicos e sociais na consecução de um Estado Democrático de Direito. Resguardar esses direitos constitui fator preponderante para formação de uma sociedade livre, justa e solidária, para o desenvolvimento nacional, para erradicação da pobreza, além da redução das desigualdades e promoção do bem comum, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como preconiza o artigo 3º da nossa Lei Maior.

As relações de consumo, considerando-se a evolução da sociedade, podem ser vistas como a materialização da cidadania, que, por sua vez, manifesta-se na disponibilização aos consumidores do pleno acesso a produtos e serviços públicos essenciais.

As transformações econômicas do Estado brasileiro na década de 1990 extinguindo certas restrições ao capital estrangeiro, flexibilizando monopólios estatais e instituindo o Programa Nacional de Desestatização, por exemplo, acarretaram a transferência para iniciativa privada de atividades até então exploradas pelo setor público.

Alterou-se, portanto, a posição do Estado, que deixou de prestar diretamente serviços e intervir em setores econômicos, ampliando, porém, a sua atuação regulatória.

Nesse contexto, surgem as agências reguladoras no Brasil. No momento em que o modelo de Estado era alterado por Emendas à Constituição de 1988, a atividade regulatória passou a ser prevista, de modo expresse, no texto constitucional. Assim, setores como o de telecomunicações e de petróleo passaram a contar com órgãos reguladores autônomos.

O impacto das decisões das agências reguladoras na vida dos consumidores é incontestável. Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), apenas para citar algumas delas, regulam setores vitais para as relações de consumo.

A atuação das agências reguladoras e a tutela dos interesses dos consumidores é o que se pretende abordar nesse artigo.

2. Constitucionalização e a defesa do consumidor como direito fundamental

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, traz uma imposição ao Estado. Determina-se que seja promovida, na forma da lei, a defesa do consumidor. Trata-se de importante dispositivo que, reforçado pelo artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (*“O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”*), fundamenta a legislação consumerista do nosso país, composta por normas de ordem pública e de interesse social.

Essa posição dada à defesa dos consumidores, isto é, alocação entre os direitos e garantias fundamentais demonstra a relevância do tema em nosso país. Ressalte-se que essa importância é reiterada em outros dispositivos constitucionais, como o artigo 170, inciso V, quando atribui à defesa do consumidor a estatura de princípio da ordem econômica.

Segundo Claudia Lima Marques, “certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. Em outras palavras, a Constituição seria a *garantia* (de existência e de proibição de retrocesso) e o *limite* (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral”.²⁶

Nesse contexto, especialmente após a vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990), fortalecendo, pois, o movimento consumerista no país, estrutura-se o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, composto por Procons, Ministério Público, Defensoria Pública, Delegacias de Defesa do Consumidor, Juizados Especiais Cíveis e Organizações Cíveis de defesa do consumidor para atuação articulada e integrada com a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon).

Isso tudo tem ligação direta com o fenômeno da constitucionalização do direito, ou seja, a supremacia da Constituição vigendo por todo ordenamento jurídico. Temas afetos a ramos infraconstitucionais passam a constar do texto constitucional. Assim, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passam a balizar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais.

A Constituição de 1988, elaborada após período de exceção, é exemplo desse fenômeno, trazendo forte conteúdo social e normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado). Há uma concepção protetiva aos direitos de fraternidade e solidariedade, que a doutrina identifica como direitos de terceira dimensão. Pode-se dizer, ainda, que há o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, o que aproxima a ciência jurídica da Filosofia.

Nessa esteira da constitucionalização, a defesa do consumidor adquire *status* de direito fundamental que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet²⁷, baseado em Robert Alexy, é toda aquela posição jurídica relativa às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foi, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material),

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-34.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 90.

integrada ao texto da Constituição e, assim, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal).

Ao se elevar um determinado direito à categoria de direito fundamental é possível compreender que a ele está se atribuindo significativa carga valorativa por abranger, em sua essência, questões relativas à estrutura básica do Estado e da sociedade.

Assim, temos que a defesa do consumidor formalmente é um direito fundamental, mas materialmente também o é, dado o vínculo existente com o princípio da dignidade humana, buscando-se a realização de necessidade básica do homem, em especial numa sociedade pós-moderna, que é a necessidade de consumir.

3. Direitos do consumidor como direitos humanos

Os direitos humanos são aqueles inerentes ao homem pelo simples fato de sua existência, cuja finalidade é assegurar a sua dignidade e evitar sofrimentos. Em uma visão kantiana, diz-se haver o direito da humanidade na própria pessoa. Os direitos humanos convergem para preservação da dignidade humana, de modo que ao se concretizar aqueles, se assegurará esta.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seus primeiros artigos, traz um conceito mais contemporâneo para humanidade ao asseverar, em especial, que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação ao próximo com espírito fraterno.

Tratando-se de humanidade e fraternidade, vale lembrar Kant: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente com um fim e nunca como um meio”.²⁸

Mais comumente, vê-se a terminologia *direitos humanos* empregada em questões afetas ao direito internacional. Porém, a expressão *direitos humanos fundamentais* ganhou espaço em nosso ordenamento jurídico especialmente por conta do Título II da nossa Constituição (artigo 17). José Afonso da Silva entende ser mais adequado falar-se em *direitos fundamentais do homem*, uma vez que “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de

²⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003, p. 233.

todas as pessoas”.²⁹ Assim, temos que os direitos fundamentais do homem tem por finalidade a garantir a dignidade, a igualdade e a liberdade da pessoa humana.

Não nos parece haver dúvidas que a defesa do consumidor é um direito humano, porquanto a necessidade do homem em consumir para sua própria existência reflete na garantia de sua dignidade. Ademais, sendo a parte vulnerável, o consumidor recebe do Estado, mormente a partir da Constituição de 1988 e dentro de uma visão social e humanista, uma proteção também para equilibrar a relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, tem por premissa a presunção de desigualdade jurídica entre consumidor e fornecedor, tendo por escopo resguardar a dignidade da parte mais frágil dessa relação.

4. O Código de Defesa do Consumidor como sistema multidisciplinar e diálogo das fontes

O Código de Defesa do Consumidor é tratado como um microsistema multidisciplinar ao congrega diversos ramos do Direito para efetivar a proteção pretendida ao consumidor. Trata-se de um reflexo da sociedade pluralista pós-moderna. Assim, surge a necessidade de se coordenar as leis existentes no mesmo ordenamento de modo a propiciar um sistema jurídico que se mostre eficiente e justo. Isso significa dar um passo a mais na tradicional metodologia de solução de conflitos. Busca-se, doravante, mais que a mera utilização de critérios como anterioridade, especialidade e hierarquia. Quer-se uma harmonização e coordenação entre as normas que compõem o ordenamento jurídico, permitindo uma maior eficiência funcional de um sistema que é plural e complexo.

É nessa esteira que o jurista alemão Erik Jayme propõe uma coordenação de fontes de modo a estabelecer coerência ao sistema jurídico e alcançar sua finalidade. Surge, pois, a expressão *diálogo das fontes*, permitindo, de forma coordenada, aplicar-se mais de uma norma ao mesmo tempo e ao mesmo caso, quer seja complementarmente, subsidiariamente ou permitindo opção voluntária das partes acerca da fonte prevalente.³⁰ Essa doutrina foi trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques.

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor, temos normas de Direito Constitucional (acerca da dignidade da pessoa humana); de Direito Civil (sobre responsabilidade civil do fornecedor); de Direito Processual Civil (ao tratar de ônus da

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.180.

³⁰ PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Org.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15-17.

prova, por exemplo); de Direito Processual Civil Coletivo (no que se refere à tutela coletiva do consumidor); Direito Administrativo (proteção administrativa do consumidor); Direito Penal (infrações penais).

Assim como o Direito do Consumidor, como um microsistema, abrange diversas disciplinas, o Direito Regulatório, que trata com mais detalhamento das agências reguladoras, também deve ser estudado por diversos prismas, como o da Administração Pública, o da Economia e do Direito.

Aqui cabe uma menção a Edgar Morin, filósofo cuja centralidade do seu pensamento, ancorada em sua teoria da complexidade do pensamento, reside na necessidade de se encontrar conhecimento relevante em nossa constante busca para compreender o sentido das experiências vividas. Para tanto, não podemos estar reduzidos apenas e tão somente ao ponto de vista de uma única disciplina. O conhecimento deve ser visto e trabalhado como um todo conectado.

Diz o filósofo que “vivemos numa realidade multidimensional, simultaneamente econômica, psicológica, mitológica, sociológica, mas estudamos estas dimensões separadamente e não umas em relação com as outras. O princípio de separação torna-nos talvez mais lúcidos sobre uma pequena parte separada do seu contexto, mas nos torna cegos ou míopes sobre a relação entre a parte e o seu contexto”.³¹

Ainda sobre o diálogo das fontes, vale destacar o modo de conformação das leis na visão de Claudia Lima Marques, em especial ao tratar do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Segundo a doutrinadora, são três os tipos de “diálogo” possíveis entre essas leis, a saber:

a-) aplicação simultânea das duas leis, servindo uma de base conceitual para a outra, o que ela chama de *diálogo sistemático de coerência*, especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e outra um microsistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Podemos citar como exemplo a definição de decadência, não trazida pela lei consumerista, mas presente no Código Civil;

b-) aplicação coordenada das duas leis, podendo uma lei complementar a aplicação da outra, dependendo do seu campo de aplicação no caso concreto, a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. É o chamado *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais*. O sistema geral

³¹ MORIN, Edgar. *Da necessidade de um pensamento complexo*. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org.). Para navegar no século XXI – tecnologias do imaginário e cibercultura 3ª ed. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs, 2003, p. 14.

de responsabilidade civil sem culpa, por exemplo, pode ser utilizado para regular aspectos de casos envolvendo consumidor, se a norma lhe for mais favorável;

c-) há, ainda, o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como em uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, por exemplo, no caso das definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado sofrerem influências finalísticas do novo Código Civil, com a finalidade de se regular relações entre iguais (dois iguais consumidores). É o chamado *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*.³²

5. A sociedade de consumo e seus riscos

Vivemos uma sociedade que incentiva a todo momento um consumo cada vez maior, levado pela emoção, sem que haja entendimento claro dos indivíduos para as consequências que esse comportamento desordenado possa causar.

Rachel Carson, em sua obra “Primavera silenciosa”, que inaugura o movimento ambientalista moderno, traduziu o temor que lhe acometia no tocante ao avanço da tecnologia em uma trajetória mais veloz que o senso de responsabilidade moral da humanidade. Carson, mesmo sendo alvo de duras críticas, fomentou um debate nos Estados Unidos da América acerca dos riscos à fauna, flora e aos seres humanos no que se refere ao uso de pesticidas, sugerindo adoção de políticas públicas tendentes à regulação do setor químico.

Uma das preocupações da autora era o impacto aos seres vivos que vivem no solo, importantes para o equilíbrio ecossistêmico, ao serem expostos ao poder de substâncias químicas. O solo passa ter sua produtividade comprometida e afetam tudo o que dele depende. Plantas têm crescimento afetado e tendem a morrer, porém, as que produzem frutos o fazem de forma já contaminada pelo efeito tóxico.

A pretexto de se produzir mais, de forma mais ágil, dinâmica, o ser humano deixa de lado uma reflexão ambiental. Importante é produzir a qualquer custo e lucrar mais. Os impactos ao meio ambiente são significativos, sendo a atuação humana a responsável pela destruição de solo, ar, rios, mares.

Edward O. Wilson, em sua obra “Diversidade da Vida”, questionou a moralidade da ação humana pela ausência do comando da consciência moderado pelo exame racional das consequências.³³ Nessa obra o autor faz menção a catástrofes que interromperam a

32 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º ao 74 – aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26-29.

33 WILSON, Edward O. *Diversidade da vida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 377.

evolução e empobreceram a diversidade de fauna e flora ao longo de milhões de anos. Assevera que os 5 primeiros desastres ecológicos custaram entre 10 e 100 milhões de anos para reparação. Uma sexta catástrofe, no entanto, poderá ser irreversível.

Ulrich Beck, sociólogo alemão, cunhou a expressão “sociedade de risco” para designar a sociedade que produz riscos e ameaças sobre as bases naturais da vida. O autor rompe com a categorização tradicional do tempo segundo as ideias de passado, presente e futuro. Passado e futuro fazem parte do presente da sociedade capitalista.

Para Beck, o risco não significa catástrofe, mas a antecipação da catástrofe. Os riscos encenam o futuro no presente de forma que a antecipação da catástrofe futura no presente possa vir a ser política de transformação.

A distribuição de riscos em uma sociedade industrial, de produção não tem correspondência com diferenças sociais, econômicas e geográficas como na chamada primeira modernidade. O autor alemão entende que o desenvolvimento da ciência e da técnica já não podem prever e controlar os riscos que contribuíram para criar e que trazem consequências graves para saúde humana e para o meio ambiente, desconhecidas em um longo prazo, mas que, ao serem descobertas, tendem a ser irreversíveis.

Os riscos apontados por Beck são de várias ordens. São riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, que são produzidos pela indústria, externalizados e individualizados economicamente, legitimados cientificamente, mas que podem ser minimizados se implementadas políticas públicas adequadas.

Ressalte-se que a sociedade de risco não se resume aos riscos ambientais e de saúde. Há uma série de modificações na sociedade que devem ser consideradas, por exemplo as transformações em padrões de emprego com aumento da insegurança laboral e cada vez menos influência das tradições e hábitos familiares na identidade individual, o que faz mudar o comportamento humano.

O conceito de sociedade de risco se cruza com o de globalização. Os riscos são “democráticos” e afetam nações e classes sociais diversas, sem respeitar quaisquer fronteiras. Todavia, a distribuição de riqueza é concentrada. Os riscos, inevitavelmente, atingirão quem os produziu. Aqueles que possuem alguma riqueza terão condição melhor de buscar meios de proteção, ao passo que os demais, a grande maioria, estarão sujeitos aos acontecimentos e ao sofrimento consequente deles.

E quem está por trás das ações que geram esses riscos para a humanidade? O próprio homem. Como agentes de escolhas, os indivíduos passam a ter, segundo Beck, um “elevado nível de controle e responsabilidade quanto à exposição aos perigos” e seriam os próprios “produtores e gestores da sua carga de riscos”.

Para esse autor, o sujeito é elemento central das ações no mundo e a individualização é analisada a partir do contexto da “modernidade reflexiva”, isto é, deriva de um processo de radicalização da modernidade, rompendo-se com as previsibilidades da vida social, contrapondo-se à ideia de que somente uma forma de modernidade existe, qual seja, a da sociedade industrial.

A existência de risco é marca da nossa sociedade, seja como resultado da globalização, da industrialização ou mesmo do processo de tomada de decisões. Está característica está em nosso cotidiano, em nosso dia a dia. É a própria pós-modernidade em nossas vidas com toda sua urgência, com todos seus riscos.

A modernização traz consequências que ameaçam as condições básicas de vida. Beck aponta que vivemos em uma civilização que ameaça a si mesma. A incessante produção de riqueza é acompanhada por uma igualmente incessante produção social de riscos globalizados, atingindo indistintamente todas as nações, todos os povos.

Em uma pós-moderna sociedade de consumo, ou de hiperconsumo, há suficiente consciência dos riscos que são gerados e suas consequências? Parece-nos que não, como não nos parece haver medidas concretas para se evitar riscos e danos. Trata-se de uma questão cultural, enraizada ao longo do tempo nos indivíduos, que prezam o ter, o possuir, o prazer, sem dimensionar o que o futuro pode reservar para a atual e futuras gerações.

6. Breve histórico sobre a criação das Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras surgiram no final do século XIX nos Estados Unidos, mais especificamente em 1887, quando o *Interstate Commerce Act* constituiu um marco para uma nova gestão pública naquele país. Foi por meio dele que regras para práticas tarifárias das companhias ferroviárias foram fixadas, criando-se, inclusive, uma autoridade independente para regular o setor denominada *Interstate Commerce Comission*.

Ante a fragilidade do Estado norte-americano nos anos 1880, a constituição de instituições sólidas e autônomas ao Poder Executivo para regulação de serviços públicos essenciais aos cidadãos tornou-se algo fundamental. Essas instituições, para desempenho do seu papel regulamentar, necessitavam de quadro técnico qualificado. Para efetividade de suas funções também se fazia relevante que o processo de elaboração e aprovação das regras para os setores essenciais fosse despido de qualquer viés burocrático próprio da administração pública.

A *Interstate Commerce Comission* foi o modelo para que outras instituições regulatórias independentes surgissem nos Estados Unidos. Essa independência em relação ao Poder Executivo justifica-se para que houvesse atuação imparcial, sem pressões

políticas, voltada para implementação de políticas públicas perenes, mediante adoção de decisões técnicas.

Desse modo, a sociedade americana, cansada da burocracia que pautava a administração pública, absorveu esse novo modelo de regulação de setores essenciais de forma bastante positiva. E essa experiência bem-sucedida logo atravessou o Atlântico, desembarcando no continente europeu.

No entanto, foi na década de 1930, durante a chamada Grande Depressão, que as agências reguladoras tomaram corpo, fruto dos programas implementados nos Estados Unidos, entre 1933 e 1937, pelo governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar a economia norte-americana ("New Deal"), em crise ante ao modelo liberal clássico vigente.

A proliferação dessas agências resultou em questionamentos quanto a sua legitimidade para regulação de setores essenciais para a sociedade americana. Isso em razão de seus membros não se submeterem a sufrágio, ou seja, embora técnicos, não eram escolhidos pelo povo, contrapondo-se ao que ocorria na administração burocrática predominante.

A constitucionalidade dessas instituições também era questionada. Juristas americanos ponderavam que o modelo carecia de conformação constitucional, alguns tratando-o como anomalia jurídica, sem enquadramento no ordenamento vigente no país.

Por outro prisma, a sociedade depositava nessas agências independentes sua confiança para consecução de medidas que atendessem os interesses dos cidadãos, de forma mais objetiva e imparcial do que as autoridades eleitas. Era a própria sociedade, portanto, que conferia a essas instituições a legitimidade.

Todavia, para evitar o abuso de poder e a interferência indiscriminada no mercado econômico por parte das agências, o governo americano edita, em 1946, a Lei de Procedimento Administrativo, como um mecanismo de formalização procedimental e homogeneização do funcionamento dos órgãos administrativos, possibilitando o controle judicial das decisões finais das agências pelo Poder Judiciário.

Na década de 1980, a ampla discricionariedade técnica das agências e o acúmulo de regras fez com que o governo Ronald Regan adotasse uma proposta de desregulamentação, observando-se o engessamento de setores importantes da economia americana. O Poder Judiciário, assim, passou a apreciar a real necessidade de regulamentos, considerando o prisma da razoabilidade. E dessa maneira, o modelo inicial de agências reguladoras, independentes e autônomas, restou contestado, reduzindo-se a sua função reguladora.

O que se viu a partir de então foi uma atuação em defesa da concorrência, afastando-se as agências da sociedade civil e as aproximando da Administração Direta e do mercado. Essas instituições perdem a ingerência em relação aos agentes privados e seus atos regulatórios passam a ser controlados externamente.

7. Surgimento das Agências Reguladoras no Brasil

O Brasil, na década de 1980, convivia com uma economia estagnada e altos índices inflacionários. O Estado, intervencionista, dava sinais de desgaste, sendo incapaz de prestar serviços públicos essenciais de qualidade. A atuação estatal na atividade econômica fez crescer a máquina administrativa, fazendo esgotar-se a capacidade de investimento, além de revelar total ineficiência de gestão. As diferenças sociais tornavam-se mais gritantes, a pobreza mais evidente e a corrupção mais endêmica. Premente, portanto, a necessidade de um Estado mais enxuto, abrindo à iniciativa privada a prestação de serviços até então sob a égide do poder público.

Na década de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização, o Estado adota nova postura, transferindo para a iniciativa privada a prestação de serviços e, por conseguinte, adquirindo um novo papel de regulação do mercado. No atendimento do interesse público, passa a editar normas e fiscalizar as concessionárias, permissionárias e autorizadas, de modo a garantir a continuidade e a qualidade dos serviços, resguardando os interesses da parte mais frágil dentro da relação econômica: o consumidor-usuário.

Em princípio, ante a baixa qualidade dos serviços oferecidos aos cidadãos, esperava-se que essa melhor regulação dos setores econômicos fosse gerar maior benefício a toda sociedade. Ao menos, essa era a perspectiva ao final da década de 1990, quando o modelo aqui foi implantado, algo que já não se confirmou logo nos primeiros anos de atividade dos órgãos reguladores.

No Brasil, as agências reguladoras surgiram para regular setores importantes da vida econômica antes vinculados à máquina estatal. Nos Estados Unidos, por sua vez, os órgãos reguladores foram criados para regular setores não submetidos a qualquer regulamentação.

São agências reguladoras "entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da administração pública, constituídas como autarquias sob regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica ou um determinado serviço público, ou de intervir em certas relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que devem atuar com a maior autonomia possível

relativamente ao Poder Executivo e com imparcialidade perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade)".³⁴

Desse modo, a criação das agências reguladoras em nosso país, na esteira da desestatização de parte da prestação de serviços públicos, portanto, ante a uma nova configuração do Estado, trouxe consigo alguns pressupostos, como a defesa do interesse público e o equilíbrio nas relações de consumo no setor regulado.

8. Como estão estruturadas as Agências Reguladoras no Brasil

As agências reguladoras, criadas por lei específica e tidas como autarquias especiais, são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Seus dirigentes, com mandatos fixos, são indicados pelo Presidente da República e, após aprovação pelo Senado Federal, por ele nomeados.

Esse modelo foi pensado para uma atuação independente, sem privilegiar interesses quaisquer, sejam eles de usuários, de prestadores de serviços concedidos ou do próprio poder público. O objetivo, portanto, foi de se evitar as mais diversas pressões de setores importantes da economia, afastando-se eventuais privilégios, especialmente nos casos de convivência entre empresas estatais e privadas na prestação de serviço público.

Agir de modo isento não significa que, ao disciplinar e controlar certas atividades, as agências reguladoras não tenham que se pautar por princípios constitucionalmente consagrados de proteção do consumidor.

9. A Lei Geral das Agências Reguladoras Federais (Lei 13.848/2019)

O aperfeiçoamento das normas referentes às agências reguladoras é algo recorrentemente cobrado pela iniciativa privada e pelos consumidores, buscando-se uma maior segurança jurídica e a melhor gestão desses órgãos reguladores.

Nesse contexto, em 26 de junho de 2019 foi publicada a Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. É possível a existência de agências reguladoras municipais, estaduais e federais. Essa norma, entretanto, refere-se apenas às agências reguladoras em âmbito federal.

Sobre a natureza especial conferida à agência reguladora, a lei, em seu artigo 3º, ressalta que ela se caracteriza pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos. Outras disposições da própria Lei

³⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Método, 2017, p. 204

13.848/2019, além das leis específicas de cada agência reguladora também conferem características especiais a esses órgãos.

No tocante à autonomia administrativa, a lei menciona as seguintes competências (art. 3º, § 2º):

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

a) autorização para a realização de concursos públicos;

b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;

c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

Algo bastante relevante expresso na lei refere-se à adoção de práticas de gestão de riscos e de controle interno (*compliance*), bem como elaboração e divulgação de programa de integridade para ações institucionais voltadas para prevenir, detectar, punir e remediar eventuais fraudes e atos de corrupção. São mecanismos que reforçam a necessidade de observância dos fins públicos para os quais foram criadas as agências reguladoras. Temos, pois, uma evidência de que autonomia difere de independência.

O atendimento ao interesse público é reiterado na legislação ao se tratar do processo decisório das agências reguladoras. Além de atentar-se ao princípio da proporcionalidade, há ainda o dever de motivar suas deliberações, inclusive quanto à edição ou não de atos normativos.

Outro ponto importante refere-se à Análise de Impactos Regulatórios (AIR). A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos e consumidores deverão ser precedidas de Análise de Impacto Regulatório, trazendo informações e dados sobre possíveis efeitos do ato normativo.

O Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, regulamenta o conteúdo e a metodologia da Análise de Impacto Regulatório, os requisitos mínimos que serão objeto de exame, bem como os casos em que sua realização é obrigatória e aqueles em que poderá ser dispensada.

Nos casos em que a realização da Análise de Impacto Regulatório for dispensada, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

Elaborado relatório da Análise de Impacto Regulatório, caberá ao Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada manifestar-se sobre adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

Essa manifestação da diretoria da agência reguladora somada ao relatório da Análise de Impacto Regulatório compõem a documentação que será disponibilizada para se realizar consulta ou audiência pública.

A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, para que sejam enviadas críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

As leis que criaram a ANEEL, ANATEL, ANP, ANTAQ, ANTT, ANAC e ANM têm previsão de consulta pública prévia à edição de normas obrigatoriamente. Ao passo que as leis que disciplinam a ANVISA, ANCINE, ANA e ANS facultam a utilização desses mecanismos de participação.

A Lei Geral das Agências Reguladoras uniformiza essa questão, devendo a consulta pública ocorrer previamente à edição de qualquer ato normativo de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários.

Ao prever participação popular no processo normativo das agências, a Lei 13.848/2019 buscou conferir maior legitimidade, transparência e qualidade às decisões desses órgãos reguladores, além de reduzir possíveis distorções interpretativas posteriores.

Ressalte-se, entretanto, que a Lei Geral das Agências Reguladoras obriga a realização de consulta pública apenas nos processos normativos, não disciplinando sobre

consultas públicas em outros processos decisórios da agência, podendo restar comprometida a transparência e eficiência que a lei busca atingir.

O artigo 9º, § 5º, da Lei Geral das Agências Reguladoras prevê que deverá ser disponibilizado o posicionamento do órgão regulador acerca das críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada para deliberação final sobre a matéria. Ou seja, ao não acatar as ponderações oriundas do processo de consulta pública, a direção da agência reguladora deverá esclarecer a razão de não o ter feito, muito embora não haja previsão de sanções quando da ausência dessa motivação.

Frise-se que as reuniões deliberativas do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico, exceto quando se tratar de deliberações sobre documentos classificados como sigilosos e matéria de natureza administrativa.

Quanto ao controle externo das agências reguladoras, essa missão caberá ao Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União.

A agência reguladora deverá elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, destacando o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos planos estratégico e de gestão anual, que têm por objetivo, conforme artigo 15, § 1º, da Lei 13.848/2019:

I - aperfeiçoar o acompanhamento das ações da agência reguladora, inclusive de sua gestão, promovendo maior transparência e controle social;

II - aperfeiçoar as relações de cooperação da agência reguladora com o poder público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei;

III - promover o aumento da eficiência e da qualidade dos serviços da agência reguladora de forma a melhorar o seu desempenho, bem como incrementar a satisfação dos interesses da sociedade, com foco nos resultados;

IV - permitir o acompanhamento da atuação administrativa e a avaliação da gestão da agência.

Destaque-se a promoção do aumento da eficiência e da qualidade dos serviços do órgão regulador para melhoria do seu desempenho, tendo como foco a satisfação dos interesses da sociedade, algo que, por vezes, não se concretiza na prática.

Ao se falar em informação eficiente, a lei determina que a agência reguladora deverá implementar um plano de comunicação voltado à divulgação de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a própria agência, bem como as empresas que compõem o setor regulado.

O artigo 31 da Lei 13.848/2019 prevê que no exercício de suas atribuições, e em articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e com o órgão de defesa do consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, incumbe às agências reguladoras zelar pelo cumprimento da legislação de defesa do consumidor, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.

Já o artigo 32 da referida lei autoriza as agências reguladoras a celebrarem, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória.

Enquanto perdurar a vigência do termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado. Ainda, a agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência.

10. As Agências Reguladoras e a tutela dos consumidores

São constantes as reclamações, por parte dos consumidores, no tocante às ações promovidas pelas agências reguladoras. Algumas, vale dizer, ao priorizarem os setores econômicos e os investimentos privados, são lesivas aos direitos do consumidor, sendo frustrada a expectativa de se ter no Estado um aliado na fiscalização dos prestadores de serviços públicos.

Para melhor desempenho da função reguladora, a escolha dos dirigentes das agências deveria ser pautada por critérios eminentemente técnicos, sem prevalência de influências político-partidárias. Ao se permitir que esses órgãos expeçam regulamento específico para um setor econômico relevante, fundamental a qualificação técnica de seus dirigentes para correta tomada de decisões.

A Lei Geral das Agências Reguladoras, ao alterar a Lei 9.986/2000, estabeleceu novos requisitos para o Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada das agências reguladoras:

Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos 1 (um) dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexas, em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas; ou

c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas; e

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

Outras vedações para membros do Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada foram previstas nos artigos 8º-A e 8º-B, da Lei 9.986/2000, alterada pela Lei 13/848/2019.

São alterações relevantes, uma vez que, ao longo dos anos, temos verificado o poderio econômico de grandes empresas e o jogo político pouco republicano desvirtuarem as agências reguladoras dos objetivos iniciais para os quais elas foram criadas. A atuação das agências passou a beneficiar interesses de grandes grupos econômicos em detrimento da parte mais frágil na relação: o consumidor. Ressalte-se que

a participação efetiva dos usuários de serviços públicos na tomada de decisões dos órgãos reguladores ainda inexistente, em que pese os novos ditames da Lei Geral das Agências Reguladoras.

O fenômeno denominado *captura das agências reguladoras*, notadamente quando se verificam distorções do interesse público em favor do interesse privado, é fomentado pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses, afetando atuação isenta dos órgãos reguladores e, principalmente, descumprindo um mandamento constitucional de promoção, pelo Estado, da defesa do consumidor.

Sem um equilíbrio necessário de forças, o que temos presenciado é a redução, cada vez mais frequente, da eficiência e da qualidade dos serviços prestados, justamente o oposto do que se esperava quando da criação do modelo regulatório brasileiro.

Poucos são os instrumentos utilizados para coibir afrontas aos direitos dos consumidores. Revisão de valores tarifários abusivos, encampação, aplicação de sanções são raramente vistas.

Em meio à pandemia causada pela Covid-19, quando inúmeros trabalhadores perderam seus empregos ou tiveram seus vencimentos reduzidos, a diretoria da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) aprovou, em 30 de junho de 2020, novas tarifas para a distribuidora de eletricidade Enel São Paulo, representando elevação média de 4,23% para os consumidores da empresa, cerca de 18 milhões de pessoas na região metropolitana de São Paulo.

A revisão periódica da tarifa está prevista nos contratos de concessão com a ANEEL. A agência que regula o setor de energia elétrica alegou que o aumento da tarifa teve por objetivo obter o equilíbrio com base na remuneração dos investimentos das empresas e a cobertura de despesas efetivamente reconhecidas pela ANEEL. Em nenhum momento, no entanto, uma breve referência aos consumidores e as consequências advindas da crise causada pelo novo coronavírus. Percebe-se que há preocupação de se “manter o equilíbrio” apenas para um dos lados da relação de consumo, sem dar alternativas para a parte mais vulnerável.

Em 15 de julho de 2020, o Presidente da República sancionou o novo marco legal do saneamento, abrindo espaço para a iniciativa privada atuar com maior fôlego na exploração dos serviços de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto. Um dos principais pilares do novo marco é proibir que empresas públicas estaduais, que hoje dominam o setor, contratem, sem processo licitatório, com municípios, permitindo que a iniciativa privada participe mais ativamente desse mercado.

Embora se tenha expectativa de privatizações e investimentos maciços neste setor, há quem vislumbre que essa universalização dos serviços de saneamento somente se dará com aumento das tarifas, mais uma vez penalizando os consumidores. Isso porque as cidades pouco atrativas aos investimentos privados podem continuar nas mãos do setor público, que apenas teria alguma condição de ampliar a oferta dos serviços com aumento tarifário.

Caberá à Agência Nacional de Águas (ANA) formular as diretrizes regulatórias para o setor, inclusive a definição das tarifas pagas pelos consumidores. A intenção é centralizar em uma única agência reguladora a edição de normas referenciais para adoção pelos órgãos reguladores estaduais e empresas do setor. Embora ainda recente o regramento do setor, importante um olhar atento para que, novamente, não recaia sobre o consumidor mais uma carga sob o pretexto da expansão dos serviços de saneamento básico.

Como podemos observar em apenas dois exemplos, a atividade regulatória do Estado não tem espelhado de forma preponderante o interesse coletivo. Ao contrário, privilegia-se setores econômicos e políticos. Quando o interesse do consumidor é suplantado pelos interesses privados, frustram-se os objetivos iniciais pelos quais foram idealizadas as agências reguladoras.

Ao se afastar do atendimento ao interesse público, cedendo às pressões da iniciativa privada, as decisões das agências reguladoras alijadas de boa técnica são questionadas perante o Poder Judiciário. Entretanto, valendo-se do princípio da deferência, o Poder Judiciário exime-se da apreciação das questões que lhe são submetidas, deixando os consumidores dos serviços sem respaldo.

Quando se pronuncia, entretanto, o Poder Judiciário vai além da análise de aspectos procedimentais, como o devido processo legal, a legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade das decisões administrativas. A interferência judicial é mais profunda, ingressando em meandros de uma complexa cadeia normativa, manifestando-se sobre o mérito e conveniência das decisões regulatórias, por vezes sem conhecimento técnico suficiente para tanto.

Apenas com a harmonização dos interesses e a observância dos ditames constitucionais acerca dos direitos dos consumidores é que será possível afastar o descrédito do atual modelo regulatório vigente em nosso país.

Por esse motivo, relevante lembrar como foram concebidos os órgãos reguladores em nosso Estado. Serviços adequados, contínuos e eficientes serão obtidos se os setores econômicos forem devidamente regulados, observando, em especial, os interesses da parte mais vulnerável da relação, isto é, o consumidor.

Acerca da competência normativa das agências reguladoras, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ³⁵ registrou que “o advento das agências reguladoras setoriais representa inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade. A exigência de agilidade e flexibilidade cada vez maiores do Estado diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas levou à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes — as chamadas agências — dotadas de mecanismos aptos e eficazes para a regulação de setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos. Nesse contexto, o escopo do modelo regulatório adotado no Brasil não se reduz à regulação concorrencial, não se limitando à correção das chamadas “falhas de mercado”. Pelo contrário, incorpora também instrumentos necessários para o atingimento de objetivos gerais de interesse público: regulação social, e não apenas econômica”.

Preocupante, contudo, quando a legitimidade das agências reguladoras para exercer poder normativo confunde-se com nomeações dos seus dirigentes não por critérios técnicos, mas políticos. Nesse contexto, temos verificado a influência das empresas privadas prestadoras de serviço público nas decisões dos dirigentes das agências, contrariando, assim, o interesse dos consumidores. Com novas regras trazidas pela Lei Geral das Agências Reguladoras, estabelecendo novos requisitos para nomeação do Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral dos órgãos reguladores, bem como para os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada, espera-se que essa questão seja superada e o rigor técnico prevaleça para a melhor regulação de setores essenciais da economia.

11. Conclusão

No momento em que o Estado transfere para a iniciativa privada a prestação de serviços, a Administração Pública adquire um novo papel de regulação do mercado. Atendendo ao interesse público, deve editar normas e fiscalizar as concessionárias, permissionárias e autorizatárias, de modo a garantir a continuidade e a qualidade dos serviços, resguardando os interesses da parte mais frágil dentro da relação econômica: o consumidor-usuário.

Assim, a organização da atividade econômica através do Estado passou a ser realizada por órgãos reguladores dotados de autonomia: as agências reguladoras. Em princípio, ante a baixa qualidade dos serviços oferecidos aos cidadãos, esperava-se que essa melhor regulação dos setores econômicos fosse gerar maior benefício a toda

35 ADI 4874/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 1.2.2018 (ADI-4874)

sociedade. Ao menos, essa era a perspectiva ao final da década de 1990, algo que já não se confirmou logo nos primeiros anos de atividade dos órgãos reguladores.

Para melhor desempenho da função reguladora, a escolha dos dirigentes das agências deve ser pautada por critérios eminentemente técnicos, sem prevalência de influências político-partidárias. Ao se permitir que esses órgãos expeçam regulamento específico para um setor econômico relevante, fundamental a qualificação técnica de seus dirigentes para correta tomada de decisões.

Ao longo dos anos, o que se verificou foi o poderio econômico de grandes empresas e o jogo político pouco republicano desvirtuarem as agências reguladoras dos objetivos iniciais para os quais elas foram criadas. A atuação das agências passou a beneficiar interesses de grandes grupos econômicos em detrimento da parte mais frágil na relação: o consumidor. Ressalte-se que a participação efetiva dos usuários de serviços públicos na tomada de decisões dos órgãos reguladores inexistiu.

Sem um equilíbrio necessário de forças, o que temos presenciado é a redução, cada vez mais frequente, da eficiência e da qualidade dos serviços prestados.

Poucos são os instrumentos utilizados para coibir afrontas aos direitos dos consumidores. Revisão de valores tarifários abusivos, encampação, aplicação de sanções são raramente vistas.

A atividade regulatória do Estado não tem espelhado de forma preponderante o interesse coletivo. Ao contrário, privilegia-se setores econômicos e políticos. Quando o interesse do consumidor é suplantado pelos interesses privados, frustram-se os objetivos iniciais pelos quais foram idealizadas as agências reguladoras e descumpre-se um mandamento constitucional de promoção estatal da defesa do consumidor.

Ao se afastar do atendimento ao interesse público, cedendo às pressões da iniciativa privada, as ações das agências reguladoras são questionadas perante o Poder Judiciário. Entretanto, valendo-se do princípio da deferência, o Poder Judiciário exime-se da apreciação das questões que lhe são submetidas, deixando os consumidores dos serviços sem respaldo. Também é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que não há falar-se em legitimidade da agência reguladora para atuar no feito como litisconsorte passivo em demanda que se pretende discutir relação contratual entre consumidor e concessionária de serviço público.

Apenas com a harmonização dos interesses e a observância dos ditames constitucionais acerca dos direitos dos consumidores é que será possível afastar o descrédito do atual modelo regulatório vigente em nosso país.

Justificando o interesse pelo tema e sua relevância, buscamos demonstrar que o sistema regulatório idealizado para nosso país é, sim, capaz de atender as expectativas havidas em sua concepção, porém, há que se preservar o caráter técnico do corpo diretivo das agências, há que se elevar o controle de setores econômicos essenciais à sociedade, que se atentar para a vulnerabilidade dos consumidores e a necessidade de preservação de seus direitos, mediante firme e eficiente fiscalização dos setores regulados, além de termos a possibilidade de rever decisões, de forma adequada e efetiva, pelo Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 25ª ed., São Paulo: Método, p. 204, 2017.

ALVES, Othon Moreno de Medeiros. **Agências reguladoras e proteção do consumidor de serviços de telecomunicações**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 226, p. 219-230, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47242>> Acesso em: 16-08-2022.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-34.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: código de defesa do consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). 6ª ed. atual. por Eduardo C. B. Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Agências Reguladoras e Tutela dos Consumidores**. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/21Pensando_Direito3.pdf> Acesso em: 12-08-2022.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do consumidor no Mercosul e na União Europeia**. Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Consumo Sustentável**: a proteção do meio ambiente no Código de Defesa do Consumidor. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**: direito material e processo coletivo. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 233.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º ao 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26-29.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. **O papel e o funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro**: problemas e soluções. Revista de Informação Legislativa [do Senado Federal]. Brasília: Senado Federal, v. 42, ed. 166, p. 23-40, 2005. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/428>> Acesso em: 11-08-2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MORIN, Edgar. **Da necessidade de um pensamento complexo**. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org.). Para navegar no século XXI – tecnologias do imaginário e cibercultura. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs, 2003, p. 14.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Leis Cíveis e Processuais Cíveis Comentadas**. 4ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Org.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 15-17.

ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidad democrática**: Imparcialidad, reflexividad, proximidade. Buenos Aires: Manantial, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 90.

SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. **A competência das Agências Reguladoras nos EUA**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Regulatório: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, p. 455-489, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.180.

WILSON, Edward O. **Diversidade da vida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

E-COMMERCE E SUAS IMPLICAÇÕES NA SOCIEDADE E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANTONIA DA SILVA MACHADO:

Graduanda do curso de Direito, pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão

HUBCARMO NATHALIO SOUZA AMORIM³⁶

(orientador)

RESUMO: O comércio é uma atividade antiga e, com o passar do tempo, modernizou-se de tal maneira, que a sociedade atual consegue realizar compras e vendas de modo online, por meio do e-commerce, o que trouxe praticidade para o consumidor e também para empresários de maneira em geral. As vantagens do comércio digital são inquestionáveis, porém, existem alguns aspectos que devem ser observados, uma vez que geram insegurança para os clientes. Assim, por meio de pesquisa bibliográfica, realizou-se este estudo, cujo objetivo é conhecer as especificidades do e-commerce, com ênfase no período da pandemia da covid-19, onde este se popularizou em todo o mundo, apresentando suas implicações com base nas legislações brasileiras. Com isso, verificou-se que existe certa vulnerabilidade nas relações de compra e venda virtuais, uma vez que não existe uma legislação específica que trate desse tipo de atividade e, dessa maneira, o consumidor se ampara na maioria das vezes tão somente no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: E-commerce. Pandemia. CDC. Princípio da boa-fé.

ABSTRACT: Commerce is an ancient activity and, over time, has been modernized in such a way that today's society is able to make purchases and sales online, through e-commerce, which has brought practicality to the consumer. and also for business people in general. The advantages of digital commerce are unquestionable, however, there are some aspects that must be observed, since they generate insecurity for customers. Thus, through bibliographic research, this study was carried out, whose objective is to know the specifics of e-commerce, with emphasis on the period of the covid-19 pandemic, where it became popular throughout the world, presenting its implications based on in Brazilian legislation. With this, it was verified that there is a certain vulnerability in the virtual purchase and sale relationships, since there is no specific legislation that deals with this type of activity and,

³⁶ Professor orientador. Mestrando em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté – Unitaú. Possui pós-graduação em Gestão de Pessoas pelo Instituto de Ensino Superior Franciscano – IESF..

in this way, the consumer is supported in most cases only by the Code of Consumer defense.

Keywords: E-commerce. Pandemic. CDC. Principle of good faith.

1 INTRODUÇÃO

As relações comerciais no âmbito virtual são cada vez mais frequentes na sociedade hodierna, haja vista que a chegada da internet facilitou o comércio, transformando o mundo em um ambiente sem fronteiras físicas. As compras e vendas realizadas virtualmente, e-commerce, trouxeram benefícios abrangentes, contudo, há alguns malefícios oriundos dessa nova modalidade comercial, consequência da regulamentação deficitária e a fiscalização precária do Estado.

Portanto, esse artigo de revisão bibliográfica surgiu da necessidade de entender as peculiaridades do e-commerce, apresentando suas vantagens e desvantagens, com ênfase nos aspectos jurídicos. Com isso, teve-se como problemática a seguinte questão: a sociedade está respondendo de forma positiva ou negativa às implicações que o mundo virtual trouxe para as relações comerciais? Sabe-se que o isolamento social oriundo da pandemia da covid-19 foi um fator determinante na popularização desse tipo de atividade, sobretudo nos últimos anos.

O mundo viveu um período atípico, provocado pela pandemia da covid-19, onde muitas medidas foram impostas, para conter a disseminação do coronavírus, transformando por um período longo os hábitos das pessoas em geral. Assim, com a pandemia, foi necessário tomar decisões em caráter de urgência, com o intuito de salvar vidas e minimizar a proliferação da doença (FIOCRUZ, 2020).

No mundo empresarial, a realidade foi análoga a isso. Portanto, as empresas tiveram que se adaptar, para manter as relações comerciais e, com isso, o e-commerce se apresentou como a melhor opção para todos. Com ele, os consumidores efetuam as compras sem a necessidade de se deslocar até a loja física, estando essa ação em consonância com as determinações da Organização Mundial da Saúde, que estipulou isolamento e distanciamento social naquele período.

Nessa conjuntura, o presente estudo, por meio de pesquisa bibliográfica e exploratória, objetivou compreender as relações comerciais no âmbito virtual e suas implicações jurídicas. Para isso, foi necessário conhecer a origem e o desenvolvimento histórico do comércio, caracterizar o e-commerce, colocando em evidência seus aspectos positivos e negativos, para posteriormente explicar as questões jurídicas alusivas às relações comerciais no ambiente virtual.

Com isso, foi possível verificar a precariedade no ordenamento jurídico brasileiro em questões alusivas ao e-commerce, porquanto a fiscalização do Estado é escassa, uma vez que há pessoas que agem de má-fé e aplicam golpes nos clientes, assim como faltam legislações específicas no que se refere às relações contratuais desse tipo de comércio.

2 MARCO HISTÓRICO

A sociedade precisa constantemente adquirir novos hábitos, para não comprometer o andamento das atividades em geral, uma vez que as convenções sociais mudam com o passar do tempo. Nos últimos anos, especificamente, o mundo vivenciou uma pandemia, fato esse que fomentou a digitalização de muitos processos e, no âmbito das atividades comerciais, houve também muitas implicações. Antes de mencioná-las, contudo, é pertinente destacar, informações sobre o surgimento deste tipo de comércio.

Não é possível definir com precisão a data que esse tipo de atividade fora iniciada. Sabe-se, todavia, que desde os tempos antigos, há indícios de sua existência, considerando que os indivíduos realizavam a troca de produtos. Ou seja, naquele período, as pessoas produziam visando ao próprio sustento, logo, quando necessitavam de produtos que não produziam, realizavam trocas com outras pessoas ou comunidades, conforme Nogueira (2018, p. 1) assevera:

Identificar o período exato que se iniciou o comércio é praticamente impossível. Historicamente, fala-se que o comércio surgiu a partir dos processos de trocas na antiguidade, quando determinados grupos trocavam suas produções por outras. E a ideologia do comércio é justamente isso: trocar uma coisa por outra. Atualmente, trocamos produtos e serviços por dinheiro.

Assim, a origem do comércio possivelmente ocorreu por meio das trocas realizadas entre os sujeitos na antiguidade, onde as famílias trocavam os produtos que cultivavam na agricultura por outros bens, que satisfizessem as suas necessidades. Ademais, cita-se que o comércio no período medieval teve o seu apogeu a partir do desenvolvimento dos meios de transporte, assim como afirmam Lacerda e Neder (2007, p. 2):

O comércio ganhou significativo impulso com a melhoria dos meios de transporte, o desenvolvimento do artesanato urbano e o maior contato com os povos orientais, além disto, no decorrer dos séculos XI houve a reabertura dos portos europeus através do mar Mediterrâneo, antes sob o controle dos árabes, possibilitando o comércio de produtos raros e exóticos.

A partir do século X, na Idade Média, a economia entrou em expansão e, nesse período, realizam-se as feiras nas quais grandes mercadores vinham de diversos locais para vender e comprar produtos, além das feiras realizadas semanalmente. Porém, em meados do século XIV, houve uma estagnação comercial, pois naquele período a agricultura era a base econômica medieval, porém, as más condições climáticas e a Peste Negra trouxeram grandes prejuízos para a Europa em segmentos, inclusive no comércio (NOGUEIRA, 2018).

Em contrapartida, com as grandes navegações e, sobretudo, o desenvolvimento tecnológico, foi possível desenvolver um tipo de comércio mediado pelas tecnologias da informação e comunicação, o *e-commerce*. Com a popularização do comércio digital, as possibilidades de ampliar os lucros das empresas por meio da internet são muitas, porquanto a internet corrobora com o relacionamento das empresas e consumidores.

Convém lembrar que até os anos 70, as compras somente eram realizadas a partir da ida até as lojas, ou seja, desde que surgiu, a internet tem revolucionado o mundo nos mais variados aspectos. Nesse sentido, menciona-se que as primeiras compras no *e-commerce* surgiram também em meados da década de 70, onde as compras poderiam ser realizadas através de telefone, conforme se observa a seguir:

Esse sistema de compras on-line foi inventado pelo inglês Michael Aldrich em 1979, na época era funcionário da empresa britânica *Rediffusion Computers*. Para executar essa ideia, ele utilizou uma televisão modificada ligada uma linha telefônica e um computador também modificado para transações em tempo real. A interface utilizada foi o teletexto (MENDONÇA, 2016, p. 2).

A criação da internet trouxe inúmeras transformações nas relações sociais no século passado, e continua impactando no século XXI, especialmente no modo como a população e as empresas se comunicam e realizam as transações. Nesse sentido, as empresas que além do espaço físico dispõem também do atendimento virtual apresentam vantagens em relação às demais, assim como destaca Tassabehji (2003, p. 11):

O início efetivo do *e-commerce* tornou-se possível em 1991, quando a internet foi aberta para uso comercial. A internet é uma rede conectada a outras redes, que estão presentes em todo o planeta. Ela não é governada por nenhuma organização ou governo, entretanto, opera dentro de padrões técnicos e protocolos que possibilitam que ela funcione com uma infraestrutura global. Isto posto, a internet é indiretamente regulada pelas organizações que desenvolvem esses padrões e protocolos aos quais ela se submete. Isso significa que essas organizações terão sempre uma vantagem competitiva perante

as organizações e países que não estão envolvidos diretamente no processo.

Assim, o e-commerce favorece as relações de compra e venda, uma vez que o consumidor efetua compras em locais diversos, sem a necessidade de se deslocar até a loja física. Desde o seu surgimento, a popularização desse tipo de atividade é notória, mediante os benefícios que proporciona. Com isso, é possível afirmar que:

O maior objetivo do comércio através da rede eletrônica é facilitar a interação entre compradores e vendedores. E em seguida é expandir as fronteiras comerciais de todos os países (desenvolvidos ou não) e alcançar a maior parte das organizações. Porque qualquer produto e negócio quando colocado na rede torna-se potencialmente possível e acessível a todos os seus milhões de usuários, instantaneamente (ARAÚJO, 2003, p. 24).

Em outras palavras, o comércio digital embora relativamente recente, é muito vantajoso aos empreendedores, pois é possível obter vantagens diversas, dentre outros, a economia com os custos do espaço físico (aluguel, energia, grande quantidade de vendedores). No Brasil, esse tipo de negócio chegou cerca de cinco anos depois da chegada na Europa e tem se popularizado cada vez mais, mediante à sua ampla aceitação pelo público, assim como as muitas vantagens proporcionadas aos empresários.

Para corroborar a supracitada assertiva, Turchi (2018) assevera que o e-commerce chegou aos Estados Unidos em meados de 1995, a partir do surgimento da Amazon.com, dentre outras instituições análogas. Nos anos 2000, por conseguinte, surgiram as primeiras lojas virtuais surgiram no Brasil. Desde então, o comércio eletrônico se expandiu e o crescimento do setor ano a ano é irrefutável.

3 E-COMMERCE: vantagens e desvantagens

O E-commerce etimologicamente deriva do inglês *eletronic commerce* que, ao ser traduzido para o português, significa comércio eletrônico (MATA, 2021). É um novo paradigma no que se refere às relações comerciais, efetuando transações financeiras por meio de plataformas eletrônicas. Em síntese, é possível defini-lo como a comercialização de produtos com o subsídio da internet, ou seja, das lojas virtuais.

O e-commerce oferece vantagens tanto para quem vende como também para quem compra. No que se refere aos empreendedores, cita-se a expansão do comércio e a redução de custos, a princípio. Já os consumidores, "têm muitos benefícios ao consumir on-line, pois ele consegue pesquisar preços com mais facilidade, parcelar em mais vezes e

ter mais opções” (RICOTTA, 2020, p. 7). É válido que o bom atendimento é indispensável tanto na loja física como na virtual, assim como dissertam Lima e Vieira (2021, p. 1):

Assim como nas lojas físicas, as lojas virtuais também necessitam de um atendimento do seu cliente de qualidade, fazendo com que todas as suas expectativas sejam atendidas, sejam elas de curta ou a longo prazo, com isso prestar um atendimento de qualidade deve ser uma das principais preocupações de uma empresa, sendo ela virtual, ou física, independente do ramo de atuação de sua organização (LIMA e VIEIRA, 2021, p. 1).

Logo, mudam-se os cenários, não obstante, a organização é similar à de uma loja física, com isso, não se pode abrir mão de elementos essenciais para que se tenha êxito nas relações de compra e venda, como bom atendimento, marketing, variedade de produtos, dentre outros. Ademais, no contexto hodierno, é comum identificar lojas que possuem, concomitantemente, loja física e virtual.

Os benefícios do e-commerce são muitos. Importante destacar que os custos, inclusive, para abrir uma empresa virtual são menores, se comparados aos gastos com lojas físicas. A exemplo, cita-se a economia que se tem com aluguéis de estabelecimentos comerciais, cujos valores podem ser altíssimos, especialmente quando os prédios são localizados no centro das cidades.

O e-commerce traz propostas vantajosas e uma delas é a mobilidade, onde não há a necessidade de se deslocar até o estabelecimento, basta possuir *smartphones*, *tablet* e computador, que será possível realizar uma compra. Segundo a pesquisa elaborada pelos autores Lima e Viera (2021, p. 16), “62,2% se sentem satisfeitos com a utilização do e-commerce, 18,9% se sentem muito satisfeitos, e 13,5% ficam extremamente satisfeitos com as suas experiências; por último, 5,4% pouco satisfeitos com o serviço de atendimento”.

Para obter esse nível de satisfação dos clientes, é essencial que as empresas os conquistem, com o intuito de potencializar as vendas. Clientes satisfeitos, além de fidelizarem, podem contribuir na captação de novos clientes. No Brasil, o e-commerce teve início há aproximadamente vinte anos:

As empresas pioneiras em vendas on-line foram o Submarino, o Grupo Pão de Açúcar e as lojas Americanas. Inicialmente eram vendidos apenas produtos pequenos, de valores baixos e tangíveis, como livros, CDs, DVDs e etc.; porém diante da evolução do e-commerce temos uma grande variedade de produtos e serviços, desde os mais simples até artigos de luxo, hoje as pessoas 10 confiam

em comprar serviços como pacotes turísticos, jantares, SPA, obras de arte, entre outros (ARANTES, 2016, p. 9).

A diversidade de produtos e serviços subsidiados pela internet é ampla, assim como os seus benefícios, é imprescindível pôr em evidência também as desvantagens relacionadas a esse tipo de comércio. Embora eficiente, alguns ainda não o veem com a credibilidade devida, proveniente dos fatores elencados a seguir. De acordo com Nery (2013), pelo fato de o consumidor não ter contato direto com a empresa, ele está suscetível a fraudes, o que ocorre com certa frequência, sobretudo com aqueles que ainda não têm muita familiaridade com a internet.

Sob esta égide, muitos não confiam nesse tipo de serviço, sobretudo por terem que disponibilizar dados pessoais e sigilosos, como CPF, nome completo, número e senha do cartão – informações essas que, caso caíam nas mãos de hackers, podem ocasionar muitos prejuízos ao cliente, principalmente se o objeto da venda for de valor elevado, como um carro.

Nesse sentido, convém lembrar também que o valor do frete às vezes é maior que o valor do produto, o que acaba não sendo vantajoso. Outro fator relevante é o prazo para a entrega do produto que pode ser longo: trinta dias, por exemplo. Pessoas ansiosas ou com urgência na utilização do produto costumam optar pelas compras em lojas físicas nessas circunstâncias (LARA, SOUZA e OLIVEIRA, 2015, p. 5).

Menciona-se ainda que muitos não possuem cartão de crédito, que é uma das principais formas de pagamento no comércio on-line, além dos obstáculos existentes no caso de o produto precisar ser substituído por apresentar alguma falha. O serviço de assistência pode ser muito distante e, conseqüentemente, haverá morosidade na resolução do problema (NERY, 2013).

Apesar das desvantagens mencionadas, é indiscutível a abrangência e aceitação do e-commerce no mercado brasileiro. Embora seja um segmento considerado recente no Brasil e no mundo, "o e-commerce representa uma grande parcela do faturamento de grandes empresas de varejo do Brasil, atraindo muitos investidores no mercado digital nacional" (ARANTES, 2016, p. 10). Portanto, o comércio digital é um mercado promissor no Brasil e no mundo, intensificando as vendas e expandindo lucros, tal qual se verifica a seguir:

Com essa racionalidade capitalista o aumento do consumo foi um fato marcante na sociedade atual. Os novos hábitos de consumo foram estimulando e sendo estimulados pelo aparecimento de várias formas de comércio renovadas, cujas estratégias foram

sistematicamente aperfeiçoadas. Diversas formas de comércio foram surgindo no Brasil no decorrer da história, com o objetivo de expandir as redes de distribuição, aumentando as vendas e, conseqüentemente, o lucro (ORTIGOZA e RAMOS, 2003, p. 2).

Quando se trata de transições no e-commerce, não há distinção entre as pessoas no que se refere a status social ou questões financeiras. Dependendo tão somente da natureza das partes envolvidas, há determinadas transações que englobam e recebem distintas denominações. Importante ressaltar que o comércio eletrônico se divide em fases e tais fases dependem do progresso tecnológico quem vem avançando ao longo dos anos.

Interessante ainda notar que mesmo o fornecedor sendo a parte mais forte na relação de consumo eletrônica, também enfrenta problemas quanto à confiabilidade para com o consumidor, já que aquele não tem como obter a certeza e efetivação do pagamento do produto ou serviço negociado. Neste contexto, bilateral a aplicabilidade do princípio da confiança já que tanto consumidor quanto fornecedor ainda carecem de maior transparência, seja pelos meios aplicados à negociação, seja pela desconfiança mútua já conhecida em âmbito nacional e internacional das relações de consumo virtuais (FERREIRA; JENSEN, 2012, p. 13).

Embora na época da criação do Código de Defesa ao Consumidor – CDC, não existisse esse meio de comércio virtual, não há impedimentos para a aplicação do CDC aos contratos virtuais: “[...] os direitos do consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor podem e devem ser aplicados, uma vez que há a consumação de uma relação de consumo” (SHOBHIE e OLIVEIRA, 2013, p. 89).

Nesse sentido, é importante analisar as principais relações comerciais no âmbito das redes sociais, assim como esclarecer as implicações jurídicas desencadeadas, a partir das relações comerciais no âmbito virtual, sobretudo considerando a sua expansão nos últimos anos, a partir da pandemia da covid-19, onde as pessoas tiveram restrições do direito de ir e vir, mediante essa mazela que acometeu o mundo. Com isso, como o isolamento social era uma das recomendações da pandemia, as compras pela internet se tornaram uma ótima opção para os consumidores.

4 EXPANSÃO DO E-COMMERCE A PARTIR DA PANDEMIA DA COVID-19

Apesar da crise econômica na qual o Brasil tem passado, o e-commerce tem ampliado o faturamento e o número de consumidores que utilizam os serviços desse setor aumentam a cada ano. Segundo dados do site Jet, que desde 1999 tem como cerne o e-commerce, nos dois últimos anos, muitas categorias de vendas tiveram um aumento

elevado, de mais de 50%, como é o caso dos celulares, eletrodomésticos, moda e acessórios (JET E-COMMERCE, 2022).

Muitos pilares apoiam a expansão do comércio digital, sobretudo as vantagens que ele proporciona, como o custo operacional e a mobilidade no ato da compra, porém, dar-se-á ênfase à chegada da pandemia, que impediu e/ou limitou os consumidores de irem até as lojas para a realização de compras e, por esse motivo, o setor que já estava por si só crescendo, ampliou-se ainda mais.

De acordo com Mattiuzzi e Bragato (2021, p. 4), “o ano de 2020 foi complicado para vários setores do Brasil por conta das restrições estabelecidas pelo governo. Por esse motivo, muitas empresas precisaram encontrar uma saída para continuar vendendo que foi, principalmente, através do e-commerce”. Ou seja, para não terem prejuízos mediante as recomendações provenientes da pandemia, as empresas viram o e-commerce como uma possibilidade de manter o funcionamento das organizações e com isso os lucros até aumentaram, ainda de acordo com as referidas autoras:

Segundo uma pesquisa feita pelas Nações Unidas, no ano de 2021, as vendas do varejo, através da internet, apresentaram um aumento significativo: o que no ano de 2019 era de 16%, no ano de 2020 as vendas aumentaram para 19%, tendo como país líder no crescimento do comércio eletrônico a Coreia do Sul. Com isso, o comércio eletrônico arrecadou, no ano de 2020, cerca de 26,7 trilhões de dólares. O comércio eletrônico brasileiro tem crescido muito nos últimos anos (MATTIUZZI e BRAGATO, 2021, p. 4).

Assim, ratifica-se mais uma vez que e-commerce é um ramo lucrativo e no Brasil esse segmento também se destaca. Consoante Cruz (2021, p. 9), “o faturamento do e-commerce vem em ascendência no período 2011-2020, crescendo 351,3%, com destaque para o ano de 2020, quando cresceu 41% em relação ao ano anterior”. Com isso, é possível notar que com a pandemia, o comércio digital ganhou ênfase. Santos *et al.* (2018) diz que desde o aumento das vendas de smartphones, que no Brasil o e-commerce começou a ganhar força; com a pandemia, na verdade, ele se solidificou:

A união do e-commerce com o smartphone causou grandes transformações no padrão de compra dos consumidores e no modo como as empresas passaram a oferecer seus serviços. A conveniência desse aparelho mudou o modo como as pessoas se relacionam entre elas, e também modificou o comportamento entre as empresas e seus clientes, tornando a comunicação online mais comum (SANTOS *et al.*, 2018, p. 1568).

Como se verifica, muitos fatores impulsionaram o e-commerce: a chegada da internet, os *smarthphones*, inclusive a pandemia da covid-19, que em meio ao caos, abriu portas para a popularização desse tipo de atividade. Com ela, veio também o desemprego, que exigiu da sociedade a busca por alternativas para a sobrevivência. De acordo com Minjoro e Costa (2021, p. 6):

Esse volume de pessoas que perderam seus empregos e empreendedores que fecharam suas lojas, provocou a necessidade de serem criativos em um momento caótico no país e no mundo, com muitas incertezas sobre a vida, sobre criação de vacinas e diversos embates políticos.

Diante dessas informações, nota-se que muitos empreendedores viram a pandemia como uma oportunidade de se manterem, mediante as circunstâncias nas quais o mundo se encontrava. Com isso, lojas que passaram a disponibilizar o atendimento on-line, mesmo com a doença controlada, ainda assim, optaram por manter o e-commerce, pois os lucros são incontestáveis, consoante as informações a seguir:

A partir da 44ª edição do relatório Webshoppers da Ebit Nielsen, o faturamento do comércio eletrônico no Brasil chegou a um patamar nunca visto anteriormente. De 2011 a 2019 vínhamos com uma taxa de crescimento médio anual em 16,8%. Em 2020 batemos um crescimento recorde no semestre de 55%. Já em 2021, esse volume aumentou em 30% atingindo 53,4 bilhões de reais, ultrapassando o faturamento do ano inteiro de 2018 segundo dados da empresa (MINJORO e COSTA, 2021, p. 7).

Dessa maneira, o e-commerce tem papel imprescindível na economia mundial, uma vez que os percentuais de lucro são muito expressivos. Contudo, no que se refere à segurança que esse tipo de serviço traz, ainda há alguns pontos a serem melhorados, sobretudo pela falta de aparatos legais específicos para conduzir a contratação no ambiente virtual.

4.1 Vulnerabilidade e questões contratuais no e-commerce

Atualmente, no âmbito brasileiro não há uma lei ou uma legislação específica que tipifique de forma direta relações consumistas que venham do e-commerce, utilizando assim o próprio Código de Defesa do Consumidor para alcançar e resolver tais necessidades, bem como o Decreto nº. 7.962, de 15 de março de 2013, que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico. A necessidade de haver no ordenamento jurídico brasileiro leis que amparem o e-commerce é indispensável, principalmente por conta do seu avanço rápido:

O avanço exacerbado do e-commerce tornou as relações amplas diante de diversas mudanças no cenário do consumo, pois não englobam apenas relações entre particulares, mas, integram contratos entre duas empresas, ou entre estas e um particular, abarcando também entidades públicas e particulares, ou somente entre particulares. Ou seja, um cenário diferente e algumas vezes relações completamente desiguais, ante a vulnerabilidade do consumidor particular, que na maioria das vezes faz parte desses contratos, como anteriormente citado (SOUZA e ALVES, 2018, p. 5).

Assim, é possível inferir que quando há uma relação de consumo sem que exista um contato direto entre o fornecedor e o consumidor, ou seja, quando um negócio jurídico é celebrado à distância, por via da internet ou até mesmo outro meio eletrônico, existem vários mecanismos no meio jurídico que servem como respaldo para que o consumidor tenha mais confiança nesse tipo de atividade. Para Peixoto (2001, p. 10) há vários conceitos do comércio eletrônico:

Conceito técnico – comércio eletrônico é uma combinação de tecnologias, aplicações e procedimentos negociais que permitem a compra e venda on-line de bens e serviços entre governos, sociedades, corporações privadas e o público. Antes dos fenômenos da Internet, o meio mais utilizado era o EDI (Eletronic Data Interchange).

Conceito econômico – comércio eletrônico é a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócios, realização esta efetuada no ambiente digital.

Conceito administrativo (privado) – comércio eletrônico é um termo genérico que descreve toda e qualquer transação comercial que se utiliza de um meio eletrônico para ser realizada. Com o uso de tecnologia se obtém a otimização do relacionamento da cadeia de suprimentos até o ponto de venda, bem como a melhora da comunicação entre a empresa e o cliente final.

Conceito jurídico – comércio eletrônico é a atividade comercial explorada através de contrato de compra e venda com a particularidade de ser este contrato celebrado em ambiente virtual, tendo por objeto a transmissão de bens físicos ou virtuais e também serviços de qualquer natureza.

O CDC tem criado e inovado a liberdade entre as relações, possibilitando também alguns princípios basilares das relações consumeristas, estes princípios, viriam a nortear as relações contratuais entre fornecedores e consumidores. Destaca-se que alguns princípios tem uma relevância e destaque entre os outros, visto que a proteção ao consumidor é maior, sendo o princípio da boa-fé um dos pilares das essas relações virtuais.

O termo vulnerabilidade tem uma concepção ampla no que diz respeito ao seu significado e aplicabilidade em algumas relações, integrando-o no que tange as relações no comércio eletrônico, pois, diante da grande escala de empresas virtuais, a relação de consumo se tornou notoriamente desequilibrada para o consumidor, onde nota-se que a parte mais debilitada da relação, tem tido consequências desfavoráveis, pela não observância desse princípio na sua integridade (SOUZA, 2018, p. 4).

Logo, considerando a vulnerabilidade existente nas relações que envolvem o comércio digital, é essencial que haja ética e transparência, em respeito à confiança que fora depositada pelas partes envolvidas. Além disso, segundo Ferreira e Jensen (2012, p.13), “merece destaque, pois, o simples conceito jurídico da boa-fé, tão somente, não seria suficiente, já que se trata na verdade de um princípio basilar das relações de consumo e imperativo para a interpretação das normas aplicáveis”.

Entre as relações deve se destacar também a confiabilidade entre o consumidor e o fornecedor, a confiança é que dará vida ao negócio ou possível contratação eletrônica, pois ao longos dos anos, vem se alcançando um grande número de transações eletrônicas, avançando de maneira exponencial, número esse que somente não é maior devido às inseguranças geradas e causadas pelo e-commerce, geradas de ambos os lados, *e-consumer* e *e-seller*, ou seja, existe uma mútua vulnerabilidade, tanto para o consumidor como para o fornecedor, como afirma Souza (2018, p. 5):

Sendo, portanto, a vulnerabilidade caracterizada como uma fonte de direito, gozando de respaldo jurídico para a sua efetivação. Com isso, o Estado, exercendo sua função jurisdicional, quando provocado, conforme o princípio da inércia assume o papel de controle para que as relações de consumo não se convertam em relações de extrema desigualdade, pois sua responsabilidade consiste em adequar as relações para que possa haver um equilíbrio entre as esferas econômicas, técnica e judicial.

No tocante às vulnerabilidades, é válido salientar que isso está diretamente associado a questões contratuais, uma vez que o consumidor vem se deparando com a falta de informações, assim como um certo desamparo técnico intelectual, em questão de

contratos de consumo realizado de maneira virtual, tornando os consumidores vulneráveis às empresas virtuais e pessoas que estão dispostas a usar tais plataformas digitais para a aplicação de golpes. Convém lembrar que o CDC, no artigo 56, prevê algumas sanções àqueles que infringem os direitos dos consumidores:

Art. 56 - As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo (BRASIL, 1990).

Portanto, apesar de o CDC subsidiar as relações comerciais virtuais, existe a necessidade do desenvolvimento de uma legislação específica, integralmente voltada para a estrutura de relação que vem se desenvolvendo no âmbito virtual, estabelecendo uma estrutura de comércio que seja mais segura para a contratação virtual, com o intuito de aumentar a confiabilidade entre as partes envolvidas neste processo, conforme assevera Souza (2018, p. 8):

A exacerbação da vulnerabilidade é notória também pelo fato de que ao contratar alguns tipos de produtos ou serviços virtualmente, o consumidor é obrigado a informar os seus dados pessoais, por meio de um contrato de adesão, onde tem seu e-mail pessoal sob posse desses fornecedores, e diante disso, são corriqueiramente, de forma indesejada, abarrotados de links ofertando mais produtos e serviços, cujo cancelamento desses e-mails se torna, por muitas vezes, difícil. E atrelado a isso, podemos notar também a maneira pela qual as informações de busca pelos usuários são utilizadas por mecanismos secundários dos fornecedores para oferecerem

produtos ou serviços comumente aos usuários, não solicitados por eles.

Sendo assim, a contratação de produtos ou serviços virtualmente pode trazer alguns incômodos para o consumidor, pelos motivos supracitados, como a exposição de dados pessoais para quem não conhece, e futuramente podem importunar o cliente através do envio constante de e-mails ou mensagens nas linhas de transmissão do WhatsApp. Além disso, não deixam claras questões contratuais, mesmo sendo uma exigência explicitada no Decreto nº. 7.962, de 15 de março de 2013, conforme se verifica abaixo, *ipsis litteris*.

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

II- fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação ;

III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor ; e

VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor (BRASIL, 2013).

Logo, é garantido aos consumidores todos os instrumentos necessários à transparência do negócio jurídico no que se refere ao e-commerce, porém, nem sempre eles são respeitados. Portanto, torna-se imprescindível maior fiscalização do Estado quanto às relações comerciais realizadas por intermédio da internet, sobretudo considerando a sua abrangência e popularização nos dias atuais.

Ainda sobre o princípio da boa-fé, destaca-se que ele abrange e alcança outros princípios que dele decorrem, ou seja, quando se fala em princípio da igualdade ou da liberdade, já se pensa em um conjunto que se aplica juntamente com a boa-fé, uma vez que um está diretamente relacionado ou outro, sendo eles também indispensáveis nas relações de consumo.

O CDC traz os direitos básicos do consumidor e visa igualar naturalmente os desiguais. Assim, o princípio da igualdade se destaca, já que sem ele não existiria essa legislação, pois o CDC surgiu como uma forma de igualar os partícipes das relações de consumo, trazendo para o consumidor um artifício mais eficaz para obter respeito e, por consequência, também impor sua vontade. Nessa conjuntura, Ferreira e Jensen (2012, p. 13) asseveram que:

Respeitável e interessante a interpretação conferida pelo CDC no que tange à vulnerabilidade do consumidor já que este, por ser parte “desigual” na relação consumerista, é vulnerável às ardilosas artimanhas e técnicas das empresas e fornecedores de bens e serviços no tocante aos contratos firmados e ainda quanto às informações e publicidades oferecidas. Com o fim de nortear e tratar com maior proteção ao consumidor, aplicável se torna o princípio da vulnerabilidade, já que o consumidor pode ser atacado de várias maneiras, sofrendo pressões que invadem a sua privacidade, na maioria das vezes sendo o alvo das maciças publicidades que criam necessidade de consumo antes inexistentes.

Portanto, em face de um grande desamparo do *e-consumer* nos meios de relações eletrônicas, está sendo aplicado de maneira abrangente o CDC aos contratos que se tornaram comuns ao meio virtual e, por tais motivos, vem atrelando subsídios capazes de compreender as práticas e os conceitos das cláusulas abusivas que acabam vindo nos contratos, tornando firmemente nulas quaisquer cláusulas que violem os direitos dos consumidores.

5 CONCLUSÃO

Com a internet e suas evoluções houve um crescimento nas relações de consumo surgindo o e-commerce, com isso a população aos poucos vem se adaptando ao método de consumo se deparando com novas tecnologias, não a legislação específica que as defina, deixando assim lacunas no âmbito jurídico.

É irrefutável a necessidade de se criar leis específicas que amparem o consumidor de maneira mais eficiente. Embora o CDC seja de grande valia, ainda assim, em alguns

aspectos ele se torna deficitário, o que compromete a confiabilidade necessária nas relações de compra e venda. Apesar da pandemia da covid-19 estar controlada, a praticidade do e-commerce fez com que ele se mantivesse, mesmo já não sendo necessário o isolamento social.

Destarte, corrobora-se a urgência em se criar aparatos legais no tocante às especificidades do e-commerce, uma vez que, assim como as empresas tiveram que repensar suas estratégias com a popularização do comércio virtual, compete também ao legislador criar dispositivos que melhor amparem os sujeitos sociais nas relações de consumo.

REFERÊNCIAS

- ARANTES, Vivianne Dantas. **E-commerce: a expansão do setor no Brasil e o comportamento do consumidor**. 2016. Disponível em: <http://www2.eca.usp.br/moda/monografias/-vivianne%20dantas.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022.
- ARAÚJO, Michele Silva. **Comércio eletrônico: evolução e perspectivas**. 2003. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/9307/1/9967131.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2022.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. LEI N° 8.078 de 11 de setembro de 1990. Senado Federal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 10 de agosto de 2022.
- _____. **Decreto Federal nº 7.962 de 2013**. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Senado Federal. Brasília. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm > Acesso em 10 de agosto de 2022.
- CRUZ, Wander Luis de Melo. **Crescimento do e-commerce no Brasil: desenvolvimento, serviços logísticos e o impulso da pandemia de Covid-19**. 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/Marcos/Downloads/44572-Texto%20do%20Artigo-174363-1-10-20210708%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Marcos/Downloads/44572-Texto%20do%20Artigo-174363-1-10-20210708%20(1).pdf). Acesso em 10 de agosto de 2022.
- FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; JENSEN, Vinicius de Souza. **Relações virtuais de consumo: perspectivas de direitos no e-commerce virtual**. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Marcos/Downloads/jeronimotybusch,+ferreira.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

FIOCRUZ. **O que é o novo coronavírus?** 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/o-que-e-o-novo-coronavirus>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

JET E-COMMERCE. **O panorama do crescimento do e-commerce no Brasil.** 2022. Disponível em: <https://jetecommerce.com.br/blog/panorama-do-crescimento-do-e-commerce-no-brasil/>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

LACERDA, Sueli Pereira; NEDER, Marco Antonio Villarta. **O surgimento do comércio medieval.** XI Encontro Latino Americano de Iniciação Científica e VII Encontro Latino Americano de Pós-Graduação – Universidade do Vale do Paraíba. 2007. Disponível em: https://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2007/trabalhos/sociais/epg/EPG00293_01O.pdf. Acesso em 10 de agosto de 2022.

LARA, Leandro Jean; SOUZA, Dercia Antunes de; OLIVEIRA, Marcos Antonio maia de. **Análise das vantagens e desvantagens do e-commerce sob a ótica de alunos universitários.** 2015. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos18/14726163.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

LIMA, Igor Ferreira de; VIEIRA, Matheus de Almeida Fernandes. **E-commerce: a importância de uma boa experiência on-line.** 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/20832/1/TCC%20Igor%20Ferreira%20de%20Lima%20e%20Matheus%20de%20Almeida%20Fernandes%20Vieira.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

MATA, Kesley Brenner da Costa. **E-commerce: análise de dados sobre o comércio eletrônico no Brasil.** 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1761/1/E-commerce%20-%20An%C3%A1lise%20de%20Dados%20sobre%20o%20Com%C3%A9rcio%20Eletr%C3%B4nico%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

MATTIUZZI, Lais Gatti; BRAGATO, Cláudia Guio. **A relação entre as vendas online e a pandemia do covid-19: um estudo de caso de um supermercado da cidade de Colatina-ES.** 2021. Disponível em: https://repositorio.ifes.edu.br/bitstream/handle/123456789/1483/TCC_A_RELAC3%87%C3%83O_ENTRE_AS_VENDAS_ONLINE_E_A_PANDEMIA_DO_COVID-19_UM_ESTUDO_DE_CASO_DE_UM_SUPERMERCADO_DA_CIDADE_DE_COLATINA-ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Segundo%20uma%20pesquisa%20feita%20pelas,eletr%C3%B4nico%20a%20Coreia%20do%20Sul. Acesso em 10 de agosto de 2022.

MENDONÇA, Herbert Garcia de. E-commerce. **Revista Inovação, Projetos e Tecnologias – IPTEC**. Vol. 4, N. 2. Jul./ Dez. 2016 Disponível em:

<https://periodicos.uninove.br/ipotec/article/viewFile/9361/4128>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

MINJORO, Mariana Santana; COSTA, Tonny Robert Martins da. **A evolução do mercado de e-commerce no Brasil e como a pandemia do covid-19 impactou este processo**.

2021. Disponível em:

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/19012/1/Mariana%20Minjoro%20-%20TCC%20Ci%C3%A4ncias%20Econ%C3%B4micas%20-%202021.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

NERY, Matheus de Camargo Del. **Utilização da ferramenta e-commerce nas pequenas e médias empresas**: Esamc, 2013. Disponível em: <http://faculdadeanglo.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Matheus-ADM.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

NOGUEIRA, Michele. **História do comércio**. 2018. Disponível em: <

<https://www.estudopratico.com.br/historia-do-comercio/>>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

ORTIGOZA, Silvia Aparecida Guarnieri; RAMOS, Cristhiane da Silva. **A geografia do comércio eletrônico (e-commerce) no Brasil: o exemplo do varejo**. 2003. Disponível em: [file:///C:/Users/Marcos/Downloads/1089-Texto%20do%20artigo-4454-2-10-20210308%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Marcos/Downloads/1089-Texto%20do%20artigo-4454-2-10-20210308%20(1).pdf). Acesso em 15 de agosto de 2022.

PEIXOTO, Rodney de Castro. **O comércio eletrônico e os contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RICOTTA, F. Entrevista com Fábio Ricotta. In: PUBLICAÇÕES, E. **Tudo Sobre Informática Vendas na Internet**. 5. ed. [S.l.]: Edicase Negócios Editoriais LTDA, 2020. p. 7.

SANTOS, D. R. *et al.* Vendas no varejo eletrônico (via internet) no Brasil antes e depois da popularização dos smartphones. **Brazilian Applied Science Review**, Curitiba, v. 2, n. 5, p. 1566-1578, out./dez. 2018.

SOBHIE, Amir Ayoub; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: Inovações relevantes para as vendas on-line no Brasil a partir do Decreto Federal nº 7.962/2013. 2013. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 84- 107, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/934/Arquivo%2006.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

SOUZA, Thaiane Almeida de; ALVES, Sérgio Emílio Schlang. **A proteção ao consumidor no âmbito do comércio eletrônico: uma análise à luz do princípio da vulnerabilidade**. 2018. Disponível em:
<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/626/1/TCCTHAIANESOUZA.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

TASSABEHJI, R. **Applying e-commerce in business**. 1 st ed. Ed. London: SAGE Publications Limited, 2003.

TURCHI, S. R. **Estratégia de marketing digital e e-commerce**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ALTERAÇÕES HISTÓRICO-NORMATIVAS MATERIAL E FORMAL DESDE 1886 QUE VEM BENEFICIANDO A PROTEÇÃO AOS ANIMAIS

MARÍLIA MATOS ALVES:
Graduanda do curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas de
Paraíso do Tocantins (FCJP).

ISA OMENA MACHADO DE FREITAS³⁷

(orientadora)

RESUMO: Este artigo dispõe em seu tema sobre as “alterações histórico-normativas material e formal desde 1886 que vem beneficiando a proteção aos animais”. A preferência pelo tema, bem como o objetivo geral desta pesquisa, consiste em identificar se houve evolução nas benesses produzidas desde a sua legislação inaugural até as alterações hodiernas. Visando alcançar o objetivo apontado, utilizou-se a metodologia do trabalho jurídico através do método dedutivo, executado pela técnica exploratória bibliográfica e documental, assim permitindo melhor visualização da proposta sob a perspectiva da jurisdição nacional. Os objetivos específicos utilizados para elucidar o objetivo geral, embasam-se nas identificações, motivações e reflexos das alterações histórico-normativas relevantes a proteção jurídica dos animais, trazendo como problema responder quais foram as alterações histórico-normativas que beneficiou a proteção animal, destarte, o resultado obtido a partir dos métodos citados, restou-se positivo mediante ao problema apresentado, ao passo que todas as alterações histórico-normativas vêm beneficiando a proteção aos animais, sobretudo as concernentes ao Código Penal, por ter como finalidade exclusiva a punição dos agentes praticantes de maus-tratos, em especial a cães e/ou gatos, cujas espécies, culturalmente, se fazem mais presentes na vida social, gerando maior comoção e necessidade de punição mais severa, conforme aduz qualificadora vigente.

Palavras – Chaves: Proteção aos animais; alterações histórico-normativas; maus-tratos aos animais.

ABSTRACT: This article discusses the “material and formal historical-normative changes since 1886 that have benefited the protection of animals”. The preference for the theme, as well as the general objective of this research, is to identify whether there has been an evolution of the benefits produced since its inaugural legislation until today's changes. In order to achieve the objective, the methodology of legal work was used through the deductive method, performed by the bibliographic and documentary exploratory

³⁷ Mestra em Gestão e Desenvolvimento Regional. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: isaomfreitas@gmail.com

technique, thus allowing a better visualization of the proposal from the perspective of national jurisdiction. The specific objectives used to elucidate the general objective are based on the identifications, motivations and reflexes of the historical-normative changes relevant to the legal protection of animals, bringing as a problem to answer what were the historical-normative changes that benefited animal protection, thus, the result obtained from the methods mentioned, remained positive through the problem presented, while all historical-normative changes have benefited the protection of animals, especially those concerning the Penal Code, for having the exclusive purpose of punishing agents abusers, especially dogs and/or cats, whose species, culturally, are more present in social life, generating greater commotion and the need for more severe punishment, according to the current qualifier.

Keywords: Protection of animals; historical-normative changes; mistreatment of animals.

1 INTRODUÇÃO

Notoriamente é sabida a necessidade do homem em salvaguardar a natureza, não exclusivamente pela sua isolada expressividade, mas principalmente pela suma importância de seus reflexos sobre o todo existente. Desta forma, os animais substanciaram o processo da evolução humana desde a origem, estando presente em cada vertente, principalmente nas científicas e industriais, nos gerando, inclusive, o provimento.

No enalço de regulamentação que objetiva combater os crescentes atos de maus-tratos contra os animais desde os primórdios, os quais são seres indefesos e sencientes, e principalmente na busca pelo adequado reconhecimento e proteção jurídica eficiente que os resguarde, é que se faz oportuno o presente artigo trazer como objetivo geral a identificação das alterações histórico-normativas material e formal desde 1886.

Além da identificação das alterações histórico-normativas material e formal desde a sua primeira existência no âmbito nacional., a referida pesquisa, por intermédio de seu problema, responde quais são essas alterações no decorrer de seus capítulos, e, principalmente, se essas vem beneficiando a proteção aos animais simultaneamente a sua evolução cronológica, sendo essa a estrutura apresentada.

Considerando que o método científico é a linha de raciocínio adotada no processo deste estudo, o desenvolvimento dar-se mediante ao método dedutivo, pois alicerçado principalmente aos ensinamentos da Doutrinadora Paula de Paiva Santos, tornou-se possível o estudo cronológico normativo inerentes a proteção animal.

Ademais, a pesquisa desenvolvida será exploratória com abordagem qualitativa, cuja vertente metodológica é de procedimento bibliográfico e documental, sob o ângulo

da metodologia analítico-dogmática jurídica, para que seja possível comprovar progressivamente as alterações histórico-normativas com base em leis, decretos, doutrinas e jurisprudência.

A partir disso, para melhor entendimento, temos a estruturação do trabalho apresentada em 03 (três) capítulos. O primeiro capítulo dispõe acerca do histórico sobre os direitos constitucionais dos animais e a legislação ao longo do tempo, identificando e elencando todas as normas sobre o tema tratado, bem como reflexos e motivos, neste último, somente quando se constatou. O capítulo seguinte é entendido como um marco para o reconhecimento e a proteção jurídica animal, e justamente por isso, está intitulado como "proteção jurídica aos animais à luz da constituição federal".

O penúltimo capítulo menciona sobre "a importância do projeto de lei complementar nº 27/2018 como paradigma e a concepção da natureza jurídica dos animais: seres sencientes", que através desta mudança no entendimento jurídico (animais domesticáveis deixou de ser tratados como "coisa"), influenciando na criação da Lei 14.064/20. Por fim, o último capítulo discorre acerca dos reflexos trazidos pela lei supracitada, que incluiu o parágrafo 1º - A ao art. 32 da Lei 9.605/98, que vem repercutindo em punições mais amplas e severas aos agentes que maltratam cães e/ou gatos, em seguida, faz abordagem comparativa em detrimento dos maus-tratos cometidos contra as demais espécies.

2 HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS ANIMAIS E A LEGISLAÇÃO AO LONGO DO TEMPO

1886 - O primeiro relato histórico no Brasil concernente aos direitos dos animais, ocorreu em 1886 com o advento do Código de Posturas do Município de São Paulo, que previu, em seu artigo 220, a proibição de crueldade contra animais. Conforme vislumbra-se do referido Código, era defeso a todo cocheiro ou condutor de carroça maltratar animais com castigos bárbaros e imoderados, tais proibições também eram aplicadas aos ferradores. Dessa forma, iniciava-se o histórico nacional de combate aos maus tratos contra os animais. (SÃO PAULO, 1886).

Resolução nº 134 de 07 junho de 1886. Código de Posturas Municipal de São Paulo - SP

Art. 220 – É proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d'água etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Esta disposição é igualmente aplicável aos ferradores. Os infratores sofrerão a multa de 10\$, de cada vez que se der a infração. (SÃO PAULO, 1886)

1924 - Outro marco histórico importante ocorreu 38 anos após o marco anterior, durante a República Velha, em 1924, com a criação do Decreto nº 16.590/1924, que tinha como escopo a proibição da concessão de licenças para diversões que causassem sofrimento aos animais. Contudo, o objetivo almejado com a prevenção ao sofrimento animal era vago, utópico e limitado em termos de eficácia jurídica e qualidade da norma, haja vista que o decreto não trouxe qualquer aprofundamento acerca de como se daria esse sofrimento (SANTOS, 2021, p. 28).

1934 - Dez anos após, adveio o Decreto nº 24.645/1934, considerado como o Código de Defesa dos Animais, este decreto trouxe em seu bojo a proibição à prática de maus-tratos aos animais, tipificando condutas para quem praticasse ato de maus tratos a qualquer animal (ADELE Y CASTRO, 2006, p. 71).

Esse Decreto foi promulgado por Getúlio Vargas, que atribuiu ao Estado a responsabilidade de proteção a todos os animais existentes e culminou pena para quem descumprisse o que estava sendo imposto, tornando-se esta reprimenda a primeira em relação aos maus-tratos de animais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme observava-se do art. 2º38 do decreto em análise (BRASIL, 1934).

O artigo 3º do Decreto 24.645/1934 trazia algumas condutas que, caso o infrator descumprisse qualquer delas estaria praticando a infração penal prevista no art. 2º. *Ipsis Litteris*.

Art. 3º Consideram-se maus tratos:

I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;

II - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;

III - obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter

38 Decreto nº 24.645/1934, art. 2º Aquele que, em lugar público ou privado, aplicar ou fizer aplicar maus tratos aos animais, incorrerá em multa de 20\$000 a 500\$000 e na pena de prisão celular de 2 a 15 dias, quer o delinquentes seja ou não o respectivo proprietário, sem prejuízo da ação civil que possa caber.

§ 1º A critério da autoridade que verificar a infração da presente lei, será imposta qualquer das penalidades acima estatuídas, ou ambas.

§ 2º A pena a aplicar dependerá da gravidade do delito, a juízo da autoridade.

§ 3º Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais. (BRASIL, 1934)

esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo;

IV - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração, só para animais domésticos, ou operações outras praticadas em benefício exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou no interesse da ciência;

V - abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária;

VI - não dar morte rápida, livre de sofrimentos prolongados, a todo animal cujo extermínio seja necessário, parar consumo ou não;

VII - abater para o consumo ou fazer trabalhar os animais em período adiantado de gestação;

VIII - atrelar, no mesmo veículo, instrumento agrícola ou industrial, bovinos com equinos, com muares ou com asininos, sendo somente permitido o trabalho etc conjunto a animais da mesma espécie;

IX - atrelar animais a veículos sem os apetrechos indispensáveis, como sejam balancins, ganchos e lanças ou com arreios incompletos incomodas ou em mau estado, ou com acréscimo de acessórios que os molestem ou lhes perturbem o funcionamento do organismo;

X - utilizar, em serviço, animal cego, ferido, enfermo, fraco, extenuado ou desferrado, sendo que este último caso somente se aplica a localidade com ruas calçadas;

XI - açoitar, golpear ou castigar por qualquer forma um animal caído sob o veículo ou com ele, devendo o condutor desprendê-lo do tiro para levantar-se;

XII - descer ladeiras com veículos de tração animal sem utilização das respectivas travas, cujo uso é obrigatório;

XIII - deixar de revestir com couro ou material com idêntica qualidade de proteção as correntes atreladas aos animais de tiro;

XIV - conduzir veículo de tração animal, dirigido por condutor sentado, sem que o mesmo tenha balaé fixa e arreios apropriados, com tesouras, pontas de guia e retranca;

XV - prender animais atrás dos veículos ou atados às caudas de outros;

XVI - fazer viajar um animal a pé, mais de 10 quilômetros, sem lhe dar descanso, ou trabalhar mais de 6 horas contínuas sem lhe dar água e alimento;

XVII - conservar animais embarcados por mais de 12 horas, sem água e alimento, devendo as empresas de transportes providenciar, saibro as necessárias modificações no seu material, dentro de 12 meses a partir da publicação desta lei;

XVIII - conduzir animais, por qualquer meio de locomoção, colocados de cabeça para baixo, de mãos ou pés atados, ou de qualquer outro modo que lhes produza sofrimento;

XIX - transportar animais em cestos, gaiolas ou veículos sem as proporções necessárias ao seu tamanho e número de cabeças, e sem que o meio de condução em que estão encerrados esteja protegido por uma rede metálica ou idêntica que impeça a saída de qualquer membro da animal;

XX - encerrar em curral ou outros lugares animais em úmero tal que não lhes seja possível moverem-se livremente, ou deixá-los sem água e alimento mais de 12 horas;

XXI - deixar sem ordenhar as vacas por mais de 24 horas, quando utilizadas na explorado do leite;

XXII - ter animais encerrados juntamente com outros que os aterrorizem ou molestem;

XXIII - ter animais destinados á venda em locais que não reünam as condições de higiene e comodidades relativas;

XXIV - expor, nos mercados e outros locais de venda, por mais de 12 horas, aves em gaiolas; sem que se faça nestas a devida limpeza e renovação de água e alimento;

XXV - engordar aves mecanicamente;

XXVI - despelar ou depenar animais vivos ou entregá-los vivos á alimentação de outros;

XXVII. - ministrar ensino a animais com maus tratos físicos;

XXVIII - exercitar tiro ao alvo sobre patos ou qualquer animal selvagem exceto sobre os pombos, nas sociedades, clubes de caça, inscritos no Serviço de Caça e Pesca;

XXIX - realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado;

XXX - arrojara aves e outros animais nas casas de espetáculo e exhibí-los, para tirar sortes ou realizar acrobacias;

XXXI transportar, negociar ou cair, em qualquer época do ano, aves insetívoras, pássaros canoros, beija-flores e outras aves de pequeno porte, exceção feita das autorizares Para fins ciêntíficos, consignadas em lei anterior; (BRASIL, 1934).

Esse decreto também trouxe regulamentação acerca da utilização dos animais no tocante a atividade laboral, conforme prevê os artigos 4º a 8º39, regulamentando a utilização de animais nos veículos e em outras formas de utilização de tração animal.

39 Artigo 4º Só é permitida a tração animal de veículo ou instrumento agrícolas e industriais, por animais das espécies equina, bovina, muar e asinina.

Artigo 5º Nos veículos de duas rodas de tração animal é obrigatório o uso de escora ou suporte fixado por dobradiça, tanto na parte dianteira, como na traseira, por forma a evitar que, quando o veículo esteja parado, o pêso da carga recaia sôbre o animal. e também para os efeitos em sentido contrário, quando o peso da carga for na parte traseira do veículo.

Artigo 6º Nas cidades e povoados os veículos s tração animal terão tímpano ou outros sinais de alarme, acionáveis pelo condutor, sendo proibido o uso de guizos, chocalhos ou campainhas ligados aos arreios ou aos veículos para produzirem ruído constante.

Artigo 7º A carga, por veículo, para um determinada número de animais deverá ser fixada pelas municipalidades, obedecendo sempre ao estado das vias públicas. declives das mesmas, peso e espécie de veículo., fazendo constar nas respectivas licenças a tara e a carga útil.

Artigo 8º Consideram-se castigos violentos, sujeitos ao dôbro das penas cominadas na presente lei, castigar o animal na cabeça, baixo ventre ou pernas. (BRASIL, 1934)

1941 - Sete anos após, com o advento do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), houve a imposição de reprimenda a quem tratasse “animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo” (SANTOS, 2021, p. 29). O referido Decreto-Lei trouxe pena de prisão simples para àquele que praticasse a conduta acima narrada. Também seria punido com a mesma sanção aquele que realizasse, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, mesmo que para fins didáticos ou científicos.

Por fim, a Lei de Contravenções Penais trouxe uma causa majorante aumentando de metade se o animal for submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público (BRASIL, 1941). Observa-se:

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.

§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público. (BRASIL, 1941)

1967 - Em 03 de janeiro de 1967, passa a vigorar mais um dispositivo (Lei Federal nº 5.197, o Código de Caça) que visa garantir direitos aos animais, estabelecendo que “os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedade do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.” (BRASIL, 1967).

1969 - Dois anos após, em dezembro de 1969, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), editou a Súmula nº 9140, que passou a ter o entendimento de que competia à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna brasileira. Contudo, o referido verbete foi cancelado em debate ocorrido na 3ª Seção do STJ, em 08 de novembro de 2000, consoante a pauta de julgamento LEGJUR 103.3263.5009.1500. Com o referido

40 Súmula 91 (Superior Tribunal de Justiça) COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES PRATICADOS CONTRA A FAUNA. (BRASIL, 2000, não paginado)

cancelamento, a competência para processar e julgar os crimes cometidos contra a fauna ficou para a Justiça Estadual, com a ressalva de que caso o crime ocorra em fauna pertencente de bem federal, a competência será da Justiça Federal (BRASIL, 2020).

1979 - Mais tarde, com o nascimento da Lei Federal nº 6.638/1979, foram estabelecidas normas para as práticas didático-científicas da vivissecção de animais, sujeitando o infrator às sanções previstas no art. 64 da LCP (tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo)⁴¹. Dessarte, foram normatizados os biotérios⁴², centros de experiências e demonstrações dos animais, bem como regulamentou o uso dos animais em testes clínicos.

1988 - Promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que por se tratar de marco importe no que tange a proteção dos animais, será trabalhada no capítulo subsequente.

1987 - Passa a vigorar a Lei nº 7.634, que prevê a proibição da pesca, ou qualquer outra forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo⁴³ nas águas brasileiras, e passou a punir quem a descumprisse com a pena 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, com perda da embarcação em favor da União, em caso de reincidência.

1997 - De acordo com o parecer de Helita Barreira Custódio, em 07 de fevereiro de 1997, objetivando subsidiar a redação do novo Código Penal brasileiro, definiu que:

Crueldade contra os 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

41 Lei nº 6.638/1979, art 5º - Os infratores desta Lei estarão sujeitos:

I- às penalidades cominadas no art. 64, caput, do Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, no caso de ser a primeira infração;

42 BIOTÉRIO - é o local onde são criados e/ou mantidos animais vivos de qualquer espécie para estudo laboratorial, funcionando com seus próprios recursos. É construído numa área física de tamanho e divisões adequadas, onde trabalha pessoal especializado. Não podem faltar água e alimentação específica para cada espécie animal, assim como temperatura constante e iluminação artificial apropriada. **Ex: Biotério é o criatório de animais para pesquisa.** Dicionário inFormal. Dicionário informal, 2009. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/biotérios/#:~:text=O%20biotério%20o%20local%20onde%20são%20criados%20e%20Fou,tamanho%20e%20divisões%20adequadas%2C%20onde%20trabalha%20pessoal%20especializado>. Acesso em: 11 out. 2022.

43 **Cetáceos:** São fascinantes mamíferos aquáticos, que possuem sangue quente e respiram ar atmosférico.

Ex: Golfinhos, baleias e botos são animais cetáceos. Dicionário inFormal. Dicionário informal, 2014. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/cetáceo>. Acesso em: 11 out. 2022.

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, ferra do boi ou similares), abates atrozos, 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 atrozos sofrimentos causadores de danosas lesões corporais, de invalidez, de excessiva fadiga ou de exaustão até a morte desumana da indefesa vítima animal (CUSTÓDIO, 1997, apud EDNA CARDOSO DIAS, 2000, p. 156 e 157).

1998 - Todavia, até o presente momento o novo Código Penal não entrou em vigor, e medidas mais severas precisavam ser impostas em busca de uma proteção mais eficiente para os animais, desta feita, em consonância com a previsão constitucional, visando uma maior proteção ao meio ambiente e aos animais, nasceu, em 1998, a Lei nº 9.605/98 - Lei de Crimes Ambientais – visando dar maior proteção ao meio ambiente, proteção esta imprescindível para a preservação da fauna e flora brasileira (BRASIL, 1998).

No que diz respeito à proteção dos animais, houve o impedimento a vários maus tratos relativos a eles, como, por exemplo, o artigo 2944 da referida lei, que trouxe algumas vedações, como matar, perseguir, caçar, etc., bem como, uma atenção especial aos animais domesticáveis, como cães e gatos (BRASIL, 1998).

Toda ação humana que caracterize prática cruel segundo o art. 32 da Lei 9.605/1998 viola o direito fundamental animal ao bem-estar e à proibição constitucional à crueldade e deve ser objeto de ações cíveis inibitórias, preventivas ou repressivas manejadas pelo

44 Lei 9.605/98, art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. (BRASIL, 1998)

Ministério Público, pelos substitutos legais do animal vitimado ou pelas associações de defesa animal (ATAÍDE JR, 2018, p. 9)

2008 - Passa a vigorar o Decreto nº 6.514, que proibiu a caça e impôs multa por maus-tratos e pela comercialização de animais silvestres sem autorização prévia do órgão competente. No mesmo ano (2008), o Conselho Federal de Medicina Veterinária publicou a Resolução nº 877 e em 2013 a Resolução 1.027, ambas visaram proibir a intervenção cirúrgica desnecessária, como retirada de unhas de gatos, corte de orelha ou de cauda de cães para atingir um padrão estético (SANTOS, 2021).

2009 - Com o advento da Lei nº 11.959/2009 foi vetado a pesca predatória utilizando de instrumentos proibidos ou que dificultassem a reprodução e a desova dos peixes.

2018 - Projeto da Lei Complementar nº 27/2018 como paradigma e concepção da natureza jurídica dos animais, reconhecendo o caráter de seres sencientes. Pela importância desse marco, será abordado em capítulo próprio.

2020 - Em que pese toda movimentação legislativa ao longo desses anos em busca de salvaguardar a inviolabilidade física e psicológica dos animais, até meados de 2020, os infratores, se condenados por maus-tratos e/ou crueldades contra os animais, quando muito, tinham suas reprimendas convertidas em pena restritiva de direito com ou sem aplicação de multa, haja vista tratar-se de infração penal de menor potencial ofensivo⁴⁵.

A título de exemplo, caso um infrator fosse pego no exato momento em que ceifasse a vida de um cão ou gato, ele sequer poderia ser preso em flagrante delito, pois se tratando de crime de menor potencial ofensivo, bastaria tão somente que o infrator assinasse um termo de comparecimento em juízo⁴⁶, sendo desnecessário o pagamento de fiança para responder em liberdade, sem mencionar que existem vários institutos despenalizadores que poderiam ser utilizados para que esse infrator nem chegasse a responder a uma ação penal.

⁴⁵ Lei 9.605/98 - Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Lei 9.099/95 - Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e **os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos**, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

⁴⁶ Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou **assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança**. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (BRASIL, 1995) (**Grifo nosso**).

Um marco importante para que ocorresse uma alteração legislativa mais expressiva, referente a proteção jurídica do animal, e que trouxesse a previsão de reprimendas mais severas para quem os maltratasse, foi o reconhecimento de que cães e gatos são seres sencientes e não mais apenas coisas, como anteriormente eram considerados, com isso, passou-se a punir mais rigorosamente aqueles infratores que incorressem na prática delitiva prevista no art. 32 da Lei 9.605/98, quando os sujeitos passivos fossem àqueles reconhecidos como seres sencientes.

3. PROTEÇÃO JURÍDICA AOS ANIMAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Finalmente, o ápice legislativo no que tange a proteção dos animais, mas ainda longe do que se almeja, se deu em 1988, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira, onde os animais passaram a ser considerados como detentores de direitos constitucionais, de modo a condenar toda e qualquer crueldade contra os animais.

A Constituição Federal de 1988 foi a única entre as demais constituições brasileiras que trouxe como pressuposto legal a preservação ao meio ambiente, através da abrangência da proteção constituinte ambiental como um dos direitos fundamentais da Carta Magna (PADILHA, 2010). Dessa forma, foi possível que a sociedade e o Estado passassem a enxergar esta proteção com mais seriedade.

As Constituições brasileiras, anteriores ao texto constitucional de 1988, não lograram dar nenhum destaque ou importância a questão ambiental, não fazendo uma referência, sequer, ao “meio ambiente” de forma direta, tampouco demonstrando preocupação com relação a utilização irracional e degradadora de recursos ambientais, não dedicando ao meio ambiente, enquanto bem jurídico autônomo, qualquer proteção jurídica específica. (PADILHA, 2010, p. 155).

Conforme observa-se da obra “Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro” (2010, p.156), Padilha assevera que os únicos meios presentes de ambientalismo que as constituições brasileiras antecessoras apresentavam era quando citavam elementos inerentes ao meio ambiente, por exemplo, a água, as florestas, os minérios, a caça e a pesca. Assim, essas referências eram mais voltadas a demonstrar a utilização econômica do que hoje, chamamos de bens ambientais.

Desta feita, percebe-se que a Constituição de 1988 representou um marco muito importante na legislação para o Direito Ambiental brasileiro, visto que:

A Constituição de 1988 alicerça não só a ordem social, mas ordem econômica, a saúde, a educação, o desenvolvimento, a política urbana e de respeito e consideração ao meio ambiente, conforme os vários dispositivos ambientais espalhados por todo o texto constitucional, tais como: art.5º, XXIII, LXXXI, LXXXIII; art.20, I-VII, [...] art.225. (PADILHA, 2010, p.156).

Para Silva (2014), a Carta Política, em seu artigo 225, estabelece que a proteção da fauna tem como finalidade evitar a extinção das espécies e reforça a proibição de crueldade contra os animais. Conforme observa-se do dispositivo legal, o Poder Público e a coletividade são os responsáveis por garantir a preservação do meio ambiente, bem como a proibição de tratamento cruéis aos animais.

4 A IMPORTÂNCIA DO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 27/2018 COMO PARADIGMA E A CONCEPÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS: SERES SENCIENTES

Com o avanço infraconstitucional sobre o tema, tem-se como de notável importância o Projeto de lei complementar (PL) nº 27/2018, da câmara dos deputados, capitaneado pelo Presidente, à época, Rodrigo Maia, que incluiu à Lei nº 9.605/98 dispositivos que passou a tratar acerca da natureza jurídica dos animais, determinando que estes possuam natureza jurídica *sui generis* sendo, portanto, sujeitos de direitos despersonalizados, os quais devem gozar e obter a tutela jurisdicional caso esses direitos sejam violados. Dessa forma, passou a ser defeso o seu tratamento de cães e gatos como coisa, conforme vislumbra-se no art. 3º do referido PL.

O projeto da lei em análise foi de inequívoca importância, haja vista buscar a construção de uma sociedade mais consciente e solidária, objetivando o reconhecimento de que os animais possuem natureza biológica e emocional, sendo, portanto, seres sencientes, passíveis de sofrimento conforme o artigo 2º inciso III. *In verbis*:

Art. 2º Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

I - afirmação dos direitos dos animais e sua proteção;

47 Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 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. (BRASIL, 1988)

48 PL nº 27/2018, Art. 3º Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa. (BRASIL, 2018)

II - construção de uma sociedade mais consciente e solidária;

III - reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento. (Grifo nosso).

Conforme observa-se na doutrina majoritária brasileira, o critério para o reconhecimento da personalidade jurídica de cães e gatos seria a capacidade de sofrer, assim como sua sensibilidade à dor (senciência), critério este que os garantiria a concessão de direitos.

Os animais, definitivamente, não podem ser considerados como res nullius, nem tampouco como produtos de consumo de uma sociedade capitalista e sanguinária. Tais seres possuem sim, direitos a serem preservados, e mesmo que admitida seja a sua condição utilitária no contexto do consumo vital, o que se constitui um absurdo, mesmo assim, tal uso jamais deve ser feito de forma ilimitada e indiscriminada, pois que há de serem observados critérios e limites mínimos, coibindo-se e abolindo-se toda forma de crueldade e abuso (FERREIRA, 2011, p. 340).

Um estudo realizado em 2021, pelo Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para a Saúde Animal (SINDAN), demonstra que das casas que têm cachorros, 21% delas são de casais que não tem filhos (em detrimento de 9% de casas com pessoas que moram sozinhas e 65% de casas com filhos). Das casas que têm gatos, 25% são de casais sem filhos (contrariamente a 17% com pessoas que moram sozinhas e 55% de casas com filhos) (ALVIM, 2022).

Os tribunais superiores têm discutido acerca da natureza jurídica dos animais, sendo eles seres sencientes, detentores de direitos, como, por exemplo, direito inerentes ao âmbito familiar, tais como direito de visitas, pensão etc. Observe-se dos julgados abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no

mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII -"proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da

qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2018)

De modo semelhante, a jurisprudência brasileira, com entendimento já pacificado no direito das famílias, acerca dos direitos de guarda e pensão alimentícia à animais domesticados, chegando tal matéria, inclusive, as instâncias superiores. Um exemplo, é o recente litígio que foi analisado na 3ª Turma do STJ, no julgamento do Resp nº 1944228, cujo ex-companheiro recorreu de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de estado São Paulo que acolheu o pedido realizado pela ex-companheira e fixou uma pensão alimentícia a ser paga a quatro cães.

Em 21 de junho de 2022, alguns Ministros do STJ divergiram o entendimento e restando três votos para a conclusão, a ministra Nancy Andrichi pediu vista os autos, consequentemente suspendendo o julgamento. Imperioso destacar o voto do relator do julgado em análise, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o qual asseverou a importância da proteção à fauna e a flora, pois trata-se de objeto de proteção constitucional específica.

Ao concluir o voto, o ministro negou o pedido feito pelo homem, condenando-o a pensão alimentícia dos quatro animais. Caso a turma venha a acompanhar o relator, indubitavelmente será um importante precedente que poderá firmar, definitivamente, a concepção de que os animais domesticados, são sim sujeitos detentores de direitos.

Desta forma, é possível defender que, inobstante esses sujeitos de direitos não conseguirem exprimir sua vontade de maneira objetiva, da mesma forma que a maioria dos seres humanos o conseguem, estes animais domesticados devem ser considerados como sujeitos de direitos e como tal, devem ter seus direitos e garantias constitucionais devidamente preservados.

5.OS REFLEXOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 14.064/20 QUE INCLUIU O PARÁGRAFO 1º-A DO ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.605/98

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, traz acerca do Poder Público a incumbência de proteção à fauna e a flora, proibindo formas que coloque a função ecológica em perigo, bem como as ações que extinguem espécies e submetam os animais à crueldade.

Ademais, no artigo 24 do mesmo diploma legal é dado condão aos Estados e ao Distrito Federal para legislar, dentre outros, sobre o tema em questão, conforme destaca-se a seguir:

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:

VII: Incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade”

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

§ 1º **No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.** § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. (BRASIL, 1988) (**Grifo nosso**).

Deste modo, em 12 de fevereiro de 1998, a Lei nº 9.605 discorreu em seu artigo 32, parágrafo 1º que, “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.” (BRASIL, 1998)

No encalço de regulamentação adequada aos acontecimentos sociais e principalmente ao merecido reconhecimento e proteção jurídica dos animais, o Legislador, objetivando combater os incessantes crimes de maus tratos crescentes no Brasil, editou a Lei nº 14.064/20, vigente a partir da data de sua publicação, 29 de setembro de 2020.

A lei supracitada decorreu pela notoriedade de um caso ocorrido em desfavor um cão da raça pitbull⁴⁹, que teve suas patas traseiras decepadas com um facão no dia 06 de julho de 2020, em Confins-MG, causando comoção em todo país, assim, denominou-se a referida lei como “Lei Sanção”, em homenagem ao animal, que felizmente sobreviveu aos ataques sofridos.

Diante do exposto, a Lei nº 11.064/20 inseriu o parágrafo 1º-A do artigo 32 da Lei nº 9.065/98 (Lei Ambiental) da seguinte forma:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020).

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 2020) **(Grifo nosso).**

No que concerne a mudança legal quanto à fixação de fiança para os crimes cometidos em desfavor de cães e gatos, tendo em vista a pena, após a inclusão do §1º - A, ser superior a 04 anos, torna-se, conforme Pereira (2020), impossível o arbitramento de valor de fiança em caso de flagrante delito pela Autoridade Policial⁵⁰, o que não acontecia com a redação anterior, demonstrando, assim, um avanço na proteção aos animais, pelo menos, a princípio, dos animais domesticáveis.

⁴⁹ G1 Minas, **Pitbull que teve patas decepadas ganha cadeira de rodas em Belo Horizonte**. G1 Minas. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/07/09/pitbull-que-teve-patas-decepadas-ganha-cadeira-de-rodas-em-belo-horizonte.ghtml>. Acesso em: 11 out. 2022.

⁵⁰ Código de Processo Penal, Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Para melhor compreender as vantagens trazidas pela novel lei que incluiu o §1º - A ao Art. 32 da Lei 9.605/98, se faz pertinente a apresentação de quadro sinótico que demonstre de forma clara o que está sendo discutido.

Quadro 1: Diferença das penas entre animais silvestres (*res nullius*) e domésticos (cães e gatos).

Fonte: (BRASIL, 1998 e 202051)

Causar maus-tratos em animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (com exceção de cães e gatos)	Causar maus-tratos em cães e gatos
Pena - Detenção de três meses a um ano, e multa.	Pena - Reclusão de 2 a 5 anos, multa e proibição da guarda.
Trata-se de crime de menor potencial ofensivo, conforme preceitua o art. 60 da Lei 9.099/95. Desta feita, cabe institutos despenalizadores tais como, transação penal, Sursis processual, suspensão condicional da pena.	Não é crime de menor potencial ofensivo (não cabe transação penal e nem suspensão condicional do processo).
Em caso de condenação, admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista a proibição de substituição prevista no inciso I do art. 4452 do decreto-lei 2.848/40 (Código Penal) não alcança a Lei nº 9.605/98.	Existe a possibilidade de substituição, mas a depender do caso concreto, não ocorrerá tal possibilidade, pois a pena pode ser de até cinco anos e, caso na sentença o réu seja condenado a pena superior de 04 anos, estará afastada a possibilidade.
Via de regra, não gera a prisão do infrator, podendo sendo aplicadas as	Pode ensejar a prisão do condenado desde que não seja caso de

51 BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 11 out 2022.

BRASIL. **Lei 14.064, de 29 de setembro de 2020.** Altera a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm#art2. Acesso em 11 out 2022.

52 Código Penal, Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime **não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa** ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (BRASIL, 1940)

medidas despenalizadoras, conforme acima citado.	substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e também caso o apenado seja reincidente.
Se da prática da infração penal ocorrer a morte do animal, haverá aumento de 1/6 a 1/3, podendo totalizar uma reprimenda de um ano e quatro meses de detenção.	Se da prática da infração penal ocorrer a morte do cão ou gato, também ocorrerá um aumento de 1/6 a 1/3, podendo levar a pena a um patamar de seis anos e seis meses de reclusão, ensejando, assim, o regime inicial de cumprimento da pena, caso o agente seja primário, em regime semiaberto.

Fonte: Autora da pesquisa

Conforme vislumbra-se no quadro comparativo acima, causar maus-tratos em cães e gatos produzem consequências amplamente mais severas em relação aos animais silvestre, doméstico ou domesticados, nativos ou exóticos. A qualificadora é reflexo da inserção do parágrafo 1º-A do artigo 32 da Lei nº 9.065/98 (Lei Ambiental) promovido pela Lei nº 11.064/20, em que pese tal reprimenda sugerir haver especismo, é necessário compreender que tais espécies comportam, culturalmente, maior comoção e necessidade de punição adequada à valoração antropológica, ao passo que se fazem mais presentes no convívio social e, em decorrência disto, tornam-se mais suscetíveis a serem vítimas de maus-tratos.

Portanto, entre as principais diferenças, destaca-se a pena privativa de liberdade, que em caso de maus-tratos aos animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, é considerado crime de menor potencial ofensivo, cabendo institutos despenalizadores e sucedendo em pena de detenção de 03 (três) meses a 01 (um) ano e multa, caso ocorra em face de cães e/ou gatos não há consideração de crime de menor potencial ofensivo, não cabendo institutos despenalizadores e a pena se agrava para reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, além de multa e de proibição da guarda, o que não ocorre na primeira situação.

Ademais, o maus-tratos a cães e/ou gatos, a depender da condenação, não cabe substituição de pena restritiva de liberdade para a restritiva de direito, cabendo perante as demais espécies, bem como pode iniciar o regime de cumprimento da pena em regime semiaberto na primeira hipótese, em caso de morte do cão e/ou gato e de agente réu primário, sendo que na segunda hipótese, inicia com pena de detenção de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses. É necessário ressaltar que, as consequências impostas sob uma mesma conduta, mas em espécies diferentes, resulta em punições demasiadamente divergentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo, a partir da análise evolutiva acerca do processo legislativo brasileiro, possibilitou melhor identificação e compreensão sobre as alterações histórico-normativas formal e material desde 1886 que vem beneficiando a proteção aos animais. O objetivo geral da pesquisa embasou na identificação, em ordem cronológica, de quais foram essas alterações histórico-normativas formal e material desde 1886 até os reflexos das normas vigentes, explanando sobre a evolução das benesses produzidas em virtude da proteção animal jurídica.

O alcance do objetivo geral restou-se positivo por intermédio dos objetivos específicos utilizados, os quais contemplaram as identificações, motivações e os reflexos ao longo do trabalho, sob a técnica exploratória bibliográfica e documental. O problema perpetrado ao longo da abordagem foi justamente a identificação de quais foram as alterações histórico-normativas que beneficiou a proteção aos animais, ou seja, a problemática não necessariamente trouxe conflito e discordância na resolução, no que pese ter sido conclusivo o quanto ainda é preciso escalar juridicamente para reconhecer e proteger os animais.

Verifica-se satisfatório o resultado obtido através do problema estabelecido com a identificação das alterações histórico-normativas dispostas no trabalho, desde a primeira regulamentação, com o advento do Código de Posturas no antigo Município de São Paulo. Décadas depois, em 1924, houve a regulamentação de proibição sob a concessão de licenças para diversões públicas que provocasse sofrimento aos animais no âmbito federal.

Por conseguinte, em 1934, editou-se o Código de Defesa dos Animais e em 1941, com o advento do Decreto-Lei nº 3.688/1941 - Lei das Contravenções Penais – tornou-se possível acarretar prisão simples a quem tratasse animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo. Em 03 de janeiro de 1967, deliberou o Código de Caça sobre a garantia de direitos aos animais, proibindo a sua “utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha”.

Logo em seguida, entendeu-se que a Justiça Estadual teria a competência para julgar e processar os delitos cometidos contra a fauna, com a ressalva de que se ocorresse em fauna pertencente ao bem federal, a competência seria da Justiça Federal. No ano de 1979, com a entrada da Lei Federal nº 6.638/1979, foram estabelecidas normas para as práticas didático-científicas da vivissecção de animais. Já em 1987, consagrou a proibição da pesca.

No entanto, o ápice legislativo para a proteção aos animais, no que pese ainda longe do que se almeja, ocorreu em 1988, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira, onde os animais passaram a ser considerados como detentores de direitos. Duas

décadas mais tarde, o Decreto nº 6.514 proibiu a caça. No ano seguinte, em 2009, foi vetado a pesca predatória. Após quase uma década, com o avanço infraconstitucional, incluiu-se à Lei nº 9.605/98 em 2018, pacificando sobre a natureza jurídica dos animais, considerando-os com natureza jurídica *sui generis*, passando a ser sujeitos de direitos despersonalizados.

Em que pese toda movimentação legislativa ao longo desses anos, consolidou-se em 2020 que, os infratores, quando condenados por maus-tratos e/ou crueldades contra os animais cumulativamente, teriam suas reprimendas convertidas em pena restritiva de direito, no entanto, neste mesmo ano, houve a inserção da qualificadora trazida pela Lei nº 14.064/20, parágrafo 1º-A do artigo 32 da Lei nº 9.605/98.

Conclui-se que o resultado, obtido a partir da junção de todos os métodos supracitados, restou-se positivo mediante a problemática, ao passo que todas as alterações histórico-normativas vêm beneficiando a proteção aos animais, sobretudo as concernentes ao Código Penal vigente, por ter como finalidade exclusiva a punição dos agentes praticantes de atos cruéis ou de maus-tratos em detrimento aos animais.

Destaca-se a atual discussão nos tribunais acerca da natureza jurídica dos animais, em relação aos direitos inerentes ao âmbito familiar, tais como direito de visita, pensão, etc., bem como a punição mais severa perante os cães e/ou gatos, cujo as espécies, culturalmente, se fazem mais presentes na vida social, gerando maior comoção e necessidade de punição adequada à valoração antropológica, conforme aduz qualificadora inserida com a Lei nº 14.064/20 parágrafo 1º-A do artigo 32 na Lei nº 9.605/98.

No que tange existir a negativa de especismo no fundamento da referida qualificadora - sob a ótica de alguns estudiosos, o que se torna assunto pertinente para estudos posteriores - é compreensível que seja um avanço lento na busca de equiparar e abranger todos os animais em um mesmo patamar de importância social, justamente por haver valores culturais e antropológicos que estão intrínsecos há milênios.

Importante ressaltar que permeou, pela maioria das décadas, a punição mediante pecúnia, entretanto, com o advento da Lei nº 14.064/20 parágrafo 1º-A do artigo 32 da Lei nº 9.605/98, tornou-se possível a punição restritiva de liberdade em decorrência de detenção em até 05 (cinco) anos em caso de maus-tratos em face de algumas espécies.

Contudo, ressalva-se a progressão legislativa ao longo da existência humana, embora seja um processo moroso, vem resultando em alterações normativas que de fato objetiva reconhecer a importância e a necessidade de coexistir uma fauna digna e resguardada pela vida humana, para que então o homem seja meramente digno de dividir a natureza com os seus possuidores legítimos, de forma justa e respeitosa.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR., V. de P. Introdução ao direito animal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 13, n. 3, p. 9, 2018.

ACKEL FILHO, D. **Direito dos animais**. São Paulo: Themis, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. **Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934**, estabelece medidas de proteção aos animais, Brasília, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645impresao.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de Outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 70.391 de abril de 1972**. Promulga a Convenção sobre igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, Brasília, 1972. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70391.htm Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 16.590 de setembro de 1924**. Promulga a proibição da concessão de licenças para diversões que causassem sofrimento aos animais. Brasília, 1924. Disponível em: <http://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=16590&ano=1924&ato=fcc0TUE1UNRpWTda7>. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Brasília, [2008]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. **Lei 14.064, de 29 de setembro de 2020**. Altera a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm#art2. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.197/67 de janeiro de 1967**. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências, Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm#:~:text=Art.,%2C%20destrui%C3%A7%C3%A3o%2C%20ca%C3%A7a%20ou%20apanha. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL, **Lei nº 6.638 de 08 de maio de 1979**. Estabelece normas para a prática didático científica da vivisseção de animais e determina outras providências. Brasília, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6638.htm#:~:text=L6638&text=LEI%20No%206.638%2C%20DE%208%20DE%20M AIO%20DE%201979.&text=Estabelece%20normas%20para%20a%20pr%C3%A1tica,anim a is%20e%20determina%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF: palácio do Planalto, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em: 11 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 1713167/SP**. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221713167%22>. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1944228/SP**. 2020. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=202100827850. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009**. Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras, revoga a Lei nº 7.679, de 23 de novembro de 1988, e dispositivos do Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: palácio do Planalto, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11959.htm. Acesso em: 11 de out. 2022.

BEVILÁQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1980. 343p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. 216p.

BRASIL. Código Civil (1916). **Lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916**. Revogada pela Lei nº 10.406, de 10.1.2002. Disponível em: < [http:// www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm) >. Acesso em: 11 out. 2022.

CUSTÓDIO, Helita Barreira, 1997, **Parecer dado para servir de subsídio à Redação do Novo Código Penal Brasileiro em 1997** apud DIAS, Edna Cardoso, 2000, p. 156 e 157 apud DE LIMA, Patrícia Susin, *Maus Tratos Contra Animais*, Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, p. 25.

COSTA, Mariana. **STJ ANALISA PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA PETS; ESPECIALISTA EXPLICA**. Não paginado. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/05/5005425-stj-analisa-pedido-de-pensao-alimenticia-para-pets-especialista-explica.html>. Acesso em: 11 out. 2022.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. **Direito Animal**, 12:55, p. 65, 2006

MINAS, G1. **Pitbull que teve patas decepadas ganha cadeira de rodas em Belo Horizonte**. Não paginado. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/07/09/pitbull-que-teve-patas-decepadas-ganha-cadeira-de-rodas-em-belo-horizonte.ghtml>. Acesso em: 11 out. 2022.

Martins, R. F. Direitos dos Animais. [on line] disponível na Internet. URL: <http://www.amjs.org.br/artigos1.1.htm>. Acesso em: 11 out. 2022.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RODRIGUES, T. D. **O direito & os animais, uma abordagem ética, filosófica e normativa**. Curitiba: Juruá, 2003.

SANTOS, Paula de Paiva. **A necessidade de consolidação dos fundamentos dos direitos dos animais domésticos no Brasil**: bem-estar animal, combate aos maus-tratos e ao abandono. Paula de Paiva Santos; orientadora Gabriela Garcia Batista Lima Moraes - Brasília, 2021. 160p.

SÃO PAULO, **Resolução nº 134 de 07 junho de 1886**. Código de Posturas Municipal. São Paulo, SP, [1886]. Disponível em:
<https://archive.org/details/CodigoDePosturasDoMunicipioDeSaoPaulo1886/mode/2up?view=theater>. Acesso em 11 out. 2022.

Súmula 91 (Superior Tribunal de Justiça) COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES PRATICADOS CONTRA A FAUNA. (BRASIL, 2000, não paginado)

SILVA, Chiara Michelle Ramos Moura da. **Direito animal**: uma breve digressão histórica. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 23 jun. 2014. Disponível em:
<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39899/direito-animal-uma-breve-digressao-historica>. Acesso em: 11 out. 2022.

APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO AOS DANOS ORIUNDOS DE COMPRAS PELA INTERNET EM SITES INTERNACIONAIS

FERNANDA AIRES DA SILVA:
Graduando do curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso
do Tocantins (FCJP)

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA⁵³

(orientador)

RESUMO: Esse estudo monográfico, realiza uma análise pretende da incidência do Direito do Consumidor nas compras realizadas pela internet em sites internacionais. O problema se relaciona ao alcance da responsabilidade dos fornecedores em compras internacionais. O objetivo geral da pesquisa, é demonstrar a importância do Direito do Consumidor, como meio de proteção aos consumidores que adquirem produtos pela internet em sites internacionais e que forem lesados. A metodologia de abordagem utilizada é a dedutiva por meio de uma pesquisa exploratória para coleta de dados pesquisas documentais baseadas em jurisprudência, leis, doutrinas, publicações de teses e sites institucionais. Quanto aos resultados alcançados, observa-se que analogicamente os Tribunais brasileiros, vem considerando a responsabilidade solidária do agente intermediário. Conclui-se que é preciso observar a relação de consumo que envolve o fornecedor estrangeiro com maior veracidade, pois não haverá incidência das normas protetivas aplicadas no ordenamento brasileiro, e sim do domicílio do ofertante, portanto, é imprescindível a criação de norma específica que contemple a responsabilidade dos danos causados por fornecedores internacionais.

Palavras-chave: Consumidor; Compras; Fornecedores Internacionais; Responsabilidade.

ABSTRACT: This monographic study performs an intended analysis of the incidence of Consumer Law in purchases made over the internet on international sites. The problem relates to the scope of suppliers' responsibility in international purchases. The general objective of the research is to demonstrate the importance of Consumer Law, as a means of protecting consumers who purchase products over the internet on international sites and who are harmed. The approach methodology used is deductive through exploratory research to collect data from documentary research based on jurisprudence, laws, doctrines, theses publications and institutional websites. As for the results achieved, it is observed that, similarly, the Brazilian Courts have been considering the joint liability of the

53 Mestre. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: romulodireito1@gmail.com

intermediary agent. It is concluded that it is necessary to observe the consumption relationship that involves the foreign supplier with greater veracity, as there will be no incidence of the protective norms applied in the Brazilian legal system, but the domicile of the offerer, therefore, it is essential to create a specific norm that contemplates liability for damage caused by international suppliers.

Keywords: Consumer; Shopping; International Suppliers; Responsibility.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PROTEÇÃO A RELAÇÃO DE CONSUMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 COMPRAS PELA INTERNET DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 E A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 4 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS COMPRAS PELA INTERNET EM SITES INTERNACIONAIS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende realizar uma análise acerca do Direito do consumidor nas compras pela internet em sites internacionais, com o intuito de verificar se tais aquisições estão protegidas pela legislação brasileira.

Para alcançar os objetivos gerais e específicos, bem como, solucionar o problema da pesquisa, a metodologia de abordagem utilizada é a dedutiva por meio de uma pesquisa exploratória. Ademais, a coleta de dados será feita com base em pesquisas documentais baseadas em jurisprudência e leis e bibliográficas baseadas em doutrinas, publicações de teses e sites institucionais, sendo assim a análise será feita através do método qualitativo.

O objetivo é demonstrar a importância do Direito do Consumidor, como meio de proteção aos consumidores que adquirem produtos pela internet em sites internacionais e que forem lesados.

Como objetivos específicos, pressupõe-se conceituar consumidor e fornecedor, bem como elencar os princípios que regem as relações de consumo; explanar acerca da crescente onda de compras pela internet durante a pandemia da COVID-19 e sobre o uso da internet para fins comerciais; e examinar a responsabilidade civil entre fornecedores e consumidores acerca dos riscos que os consumidores estão expostos em compras pela internet de sites internacionais.

O problema se relaciona com a seguinte indagação: o Direito do Consumidor brasileiro alcança os fornecedores de produtos em compras realizadas pela internet em sites internacionais? Isso que se pretende investigar.

A escolha do tema proposto se justifica por ser algo relevante para a sociedade, tendo em vista que com a pandemia da COVID-19 o número de compras pela internet teve um crescente aumento. Ademais, sites como a Shein e Shopee, se tornaram bastante populares pelo custo-benefício de seus produtos, alcançando consumidores brasileiros.

Sendo assim, se faz necessário um estudo aprofundado acerca dos direitos dos consumidores em suas compras pela internet, principalmente nos negócios feitos com fornecedores estrangeiros. Isso porque muitas pessoas não conhecem seus direitos, tornando o assunto bastante relevante atualmente.

2 PROTEÇÃO A RELAÇÃO DE CONSUMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A relação de consumo entre consumidor e fornecedor é regida no ordenamento brasileiro atual pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece os direitos e deveres de cada um, durante o exercício prático dessa relação.

Pode-se dizer que o consumo não é mais uma troca e uso de mercadorias na sociedade, estando presente nas sociedades desde o início da humanidade. Porém, a forma de consumo passou por revoluções significativas a medidas que foram desenvolvidas novas tecnológicas e novos arranjos sociais. Não tem consenso quanto a ordem da sociedade de consumo moderna. (ANDRADE, 2020)

A nova lógica mercantilista faz surgirem desequilíbrios sociais entre consumidores e fornecedores, é o que assevera Fabio Schwartz:

A medida que os fornecedores vão ficando cada vez mais forte em detrimento dos consumidores, que ao revés, apresentavam-se mais vulneráveis, o domínio dos mandos de produção, ou seja, os conhecimentos dados técnicos, das informações a respeito dos bens produzidos e comercializados, tornam-se os consumidores verdadeiros marionete nas mãos dos grandes conglomerados industriais emergentes (SCHWARTZ, 2020, p. 32-33)

Modernamente, o direito do consumidor surge com as modificações da estrutura econômica e como marco das gerações de direitos fundamentais, incorporados aos bens de consumo, alterando o modelo contratual retratado pelo século XX. (SCHWARTZ, 2020)

É certo dizer que a defesa do consumidor no Brasil, acompanha o mundo, resulta da evolução tecnológica e econômica, com a Revolução Industrial, no início do século XX, impulsionou-se a necessidade de regulação as relações de consumo. (AZEVEDO, 2015)

A proteção ao consumidor advém da Constituição Federal de 1988, após movimentações sociais pela busca da redemocratização, uma nova salvaguarda é criada

para o consumidor, no cenário nacional, assentando no direito à promoção da defesa do consumidor com status de dever constitucional e como princípio da ordem econômica. (VARALLI, 2022)

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 5º, inciso XXXII e no art. 170, inciso V, a defesa ao consumidor, do qual se extrai:

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:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

(BRASIL, 2022, não paginado)

Assim, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078/1990), é mera consequência da proteção constitucional. Para compreender a tutela jurídica existente entre consumidor e fornecedor, é preciso descrever seu conceito e características.

A definição jurídica de consumidor se encontra prevista no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

(BRASIL, 1990, não paginado)

O caput do art. 2º estipula como consumidor toda pessoa física, natural, e até jurídica (a depender do caso). No mesmo dispositivo legal, a qualificação de outro

consumidor, classificado como consumidor por equiparação, nos artigos 17 e 29 do CDC que expõem:

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

(BRASIL, 1990, não paginado)

Os consumidores por equiparação são as chamadas vítimas do evento danoso, ou seja, aquelas pessoas prejudicadas pela relação de consumo, que mesmo não sendo consumidores direitos, sofreram algum prejuízo, possuindo para tanto, a proteção legal do CDC. (BRASIL, 1990)

O CDC adotou o método multiplicador do conceito de consumidor para aumentar seu campo de aplicação. Diante disso, há uma pluralidade para aplicação do Código e definição, justificada pela fragilidade do consumidor que é variada conforme o tipo de atividade vinculada ao mercado de consumo. (MARQUES, 2019)

Quanto a pessoa jurídica no papel de consumidora, embora o art. 2º do CDC não faça restrições, há debates sobre a questão. O entendimento que prevalece é que o consumidor é pessoa física ou jurídica, que adquire o bem ou serviço como destinatário final, sem a finalidade de reinseri-lo no mercado de consumo, ou utilizado na cadeia produtiva (VARALLI, 2022). Nesse sentido se faz necessário abordar sobre o conceito de fornecedor, para que se possa visualizar a distinção dos polos nas relações de consumo, sendo assim o Código de Defesa do Consumidor diz que:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990, não paginado)

Assim sendo, a pessoa jurídica de direito privado, mesmo sendo estrangeira é considerada como fornecedor, podendo assim, estar no polo das relações consumeristas brasileiras. No mesmo sentido trata o art. 12 do mencionado diploma legal:

Art. 12 O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da

existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(BRASIL, 1990, não paginado).

O fornecedor deve manter sua responsabilidade perante o consumidor quanto a qualidade e veracidade do produto mesmo que no comércio digital, é o que diz o CDC em seus art. 30 e 35, *in verbis*:

Art. 30 Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

(BRASIL, 1990, não paginado).

Sendo assim, podem figurar como fornecedor qualquer tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico quanto a essa definição e elenca uma infinidade de pessoa jurídicas públicas ou privadas que irão figurar como fornecedores. (BRASIL, 1990)

Desta maneira, todos que estiverem envolvidos na relação de consumo, de forma direta ou indiretamente, serão qualificados como fornecedores, respondendo conforme suas responsabilidades que são atribuídas no bojo da lei (ALCANTARA, 2017)

Todavia, a doutrina exemplifica como requisitos necessários para caracterização da atividade de fornecedor, como atividade econômica, realizada de maneira profissional, remunerada e de forma habitual. (NUNES, 2018)

Na relação de consumo, o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, é tão grande que seu ajuste se tornou quase impossível, sendo o Estado obrigado a intervir e criar uma legislação especial, além de toda proteção legal existente, na Carta Constitucional de 1988, para proteger essa relação frágil, o Código de Defesa do Consumidor foi editado. (ALCANTARA, 2017)

O Código de Defesa do Consumidor tem natureza principiologia, baseada na adoção de princípios, cláusulas gerais e conceito jurídicos indeterminados, com estrutura completamente positivada, avançou no quesito técnica legislativa. (SCHWARTZ, 2018)

Dentre os princípios relacionados as relações de consumo, está o princípio da vulnerabilidade que protege o consumidor nas relações de consumo, uma vez que o fornecedor é parte mais forte dessa relação jurídica, consiste na isonomia, tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, determinando ainda a distinção de tratamento com fundamento no valor protetivo do consumidor e não discriminatório. (VARALLI, 2022). Claudia Lima Marques classifica a vulnerabilidade em técnica, informacional, jurídica e econômica:

Na vulnerabilidade técnica, destaca-se a falta de conhecimento específicos do consumidor acerca do produto ou serviço adquirido. A vulnerabilidade informacional se manifesta em um déficit de informações, cada vez mais gritante por parte do consumidor, essa situação provoca desigualdade na relação contratual. A vulnerabilidade fática ou real decorre do poder econômico do fornecedor, que sempre se colocar em posição de superioridade. Decorre também da desproporção do ponto de vista intelectual. A vulnerabilidade jurídica ou científica denota a falta de conhecimento jurídicos específicos pertinentes a relação de consumo. (MARQUES, 2019, p.71-76)

A direito a informação é outro princípio da relação de consumo, tratada como direito básico do consumidor, sobre as características, composição, qualidade, preço e riscos que apresentam o produto ou serviço. O dever de informar tem relação com a transparência e honestidade descritas pelo legislador. (AZEVEDO, 2015)

Pela vigência do princípio de dever governamental, o Poder Público deverá proteger o consumidor de várias formas, seja por iniciativa direta, ou garantindo produtos

e serviços adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, mesmo que precise interferir no mercado de consumo. (ALCANTARA, 2017)

A boa-fé também é um princípio norteador, constitui-se como percussor da conduta social, sendo normatizada pelo legislador, a exemplo, tem-se as cláusulas abusivas que colocam o consumidor em desvantagem, premissa incompatível com a boa-fé e equidade. (AZEVEDO, 2015)

No princípio da harmonia de interesses, objetiva amainar os interesses aparentemente antagônicos as partes envolvidas, de forma que nenhuma delas seja subjugada pela outra. Logo, o consumidor e o fornecedor não podem ser vistos como antagonistas, mas como verdadeiros parceiros. (SCHWARTZ, 2020)

Neste capítulo verificou-se, a definição de consumidor que também se inclui a modalidade equiparada e de fornecedor que contempla uma infinidade de pessoas jurídicas de direito público e privado, por fim, tratou-se dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor.

3 COMPRAS PELA INTERNET DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 E A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em razão da evolução das civilizações, o avanço das novas tecnologias é eminente. Depois do surgimento da rede mundial de computadores, as relações pessoais foram impactadas, e o mercado de consumo também passou por modificações, com a incidência das compras pelo comércio eletrônico (e-commerce).

O e-commerce (ou comércio eletrônico traduzindo para o português), é modalidade de comércio em que os negócios e transações são realizadas por dispositivos e plataformas eletrônicas, como celulares, computadores e tablets. (BERTHOLDO, 2021 apud ARAÚJO, 2021)

Dessa forma, o e-commerce "é apenas uma extensão e aprimoramento do comércio tradicional, só que realizado por meio de contratação à distância, em que as operações de compra, venda e prestação de serviço, ocorrem com o apoio de equipamentos e programas de informática". (PINHEIRO, 2020, p. 10)

A primeira conexão entre dois computadores aconteceu na Universidade da Califórnia em 1969. Essa comunicação foi denominada como internet, essa evolução marcou uma nova era, a era da informática, formada por um conjunto de redes de computadores interligados. A disseminação da internet no Brasil, ocorreu na década de 1990, restrita às instituições de ensino e entidades governamentais. (SALGARELLI, 2010)

A polarização da internet, possibilitou o acesso mais rápido a informação, nas últimas décadas surgiram novos meios de celebrações contratuais advindas da era digital. Efetivamente, o comércio realizado à distância, pela via eletrônica, ganha repercussão, passando ser mais usual no cotidiano da sociedade. (SILVA, 2021)

Devido a facilidade de acesso à internet, o comércio presencial (físico) passou a utilizar os meios tecnológicos, a redução de custos e a celeridade, foram os fatores decisivos para concentração dos negócios jurídicos no meio digital. (SALGARELLI, 2010)

Com a expansão do comércio eletrônico, de modo progressivo, ocorre o crescimento de informações, e tecnológica, neste mundo digital, as mercadorias e serviços podem ser trocados em qualquer parte do planeta, e quase que instantaneamente. (SALGARI, 2020 *apud* SILVA, 2021)

No entanto, partir de dezembro de 2021, com o aparecimento do coronavírus, na cidade de Wuhan, na China, as compras pela internet tornaram-se ainda mais constantes. Somando-se as notificações crescentes dos casos, o número de óbitos, e a possibilidade de contágio fácil, entre as medidas adotadas para contenção do vírus, está o isolamento social. (SILVA et al, 2021)

Muitos brasileiros foram atingidos pelo coronavírus, de forma direta ou indireta, adoecendo, perdendo algum familiar, ou sofrendo pelos impactos na economia. As restrições no ir e vir, devido a isolamento e distanciamento social, provocaram mudanças bruscas do cotidiano de milhares pessoas. (SILVA; REIS, 2020)

Comenta Mariana Martucci que os esforços mundiais para conter o surto do novo coronavírus mudou os hábitos diários dos consumidores:

(...) padrões de consumo, e formas de pensar, resultando em um impulso para a "economia doméstica" e uma nova melhoria nos serviços online que já vinham crescendo. Nos Estados Unidos, o crescimento do comércio eletrônico em 2020 foi de 32,4%, passando para 794,5 bilhões de dólares. E no Brasil não foi diferente. Com um salto de quase 50% no faturamento, o comércio eletrônico fez com que as empresas, tanto no âmbito nacional quanto local, se reinventassem para manter o ritmo de vendas mesmo com a pandemia. A necessidade e o aumento na confiança sobre os pagamentos online levaram 7,3 milhões de brasileiros a comprar online pela primeira vez no primeiro semestre de 2020. (MARTUCCI, 2021, não paginado)

De forma virtual, os consumidores continuaram fazendo suas compras e os fornecedores continuaram vendendo seus produtos, juntando o útil ao agradável. Segundo a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico tem-se que:

O e-commerce se concretizou e quebrou paradigmas em 2020. Esse modelo de negócio viu seus números decolarem de forma acelerada e ganhou destaque no mercado decorrente do cenário de pandemia mundial. Segundo dados da Ebit/Nielsen, só no primeiro semestre de 2020, cerca de 7 milhões de novos usuários fizeram sua primeira compra através de e-commerce, o que gerou um faturamento 47% maior do que nos 12 meses anteriores (BRASIL, 2021, sem paginação).

Com o início da pandemia da Covid-19, os consumidores foram privados de sair de suas residências e os fornecedores tiveram que se reinventar (a fim de possuírem alguma fonte de renda). Assim, o e-commerce se tornou uma ótima ferramenta para ambos os lados.

As relações de consumo, são regulamentadas por contratos, que não obrigam os consumidores, se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo, ou se os instrumentos forem geridos, de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, conforme o artigo 46 do CDC. Como garantia complementar o artigo 47, preceitua que as cláusulas contratuais serão interpretadas da forma mais favorável ao consumidor. Assim, aos contratos do mercado de consumo aplicam-se condutas saudáveis, de ambas as partes, com vistas a atender a boa-fé, e a função social do contrato, e principalmente as necessidades e anseios daqueles que o consomem, libertando a sociedade de práticas abusivas. (VARALLI, 2022)

Para se adequar a realidade social, o Código de Defesa do Consumidor teve que regulamentar as compras feitas pela internet, modalidade já prevista desde a sua edição original, em razão da presunção da vulnerabilidade do consumidor. Ante o exposto, a redação do art. 49 do CDC expõe o seguinte:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 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.

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.

(BRASIL, 1990, sem paginação)

Assim sendo, essa proteção prevista pelo CDC, tem a finalidade de evitar a ocultação de possíveis defeitos ou vícios do produto ou serviço prestado pelo fornecedor. Evitando que o consumidor se curve diante de compras indesejadas. (BRASIL, 1990)

Então, o direito de arrependimento é estabelecido pelo CDC, nas contratações a distância, configura-se como a possibilidade do consumidor que deseja desistir de uma compra realizada fora do estabelecimento comercial, no prazo de sete dias contados da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço. (BRASIL, 1990)

A partir da discricionariedade do consumo pela internet, o direito ao arrependimento se aplica ao caso concreto, e “busca impedir abusos feitos por parte dos fornecedores, balanceando a relação consumerista. Vale salientar que o Código de Defesa do Consumidor trouxe um critério objetivo, qual seja a localização onde foi realizada a assinatura do contrato”. (SALES, 2021, p. 27)

Essa garantia de arrependimento é conferida ao consumidor porque o mesmo não teve a oportunidade prévia do contato direto com o produto ou serviço, como acontece na loja física, a atmosfera capitalista, isso pode distorcer o conteúdo e a serventia do bem, exprimindo no consumidor uma percepção falseada, em relação suas vontades e necessidades. (VARALLI, 2022)

Aliás, a determinação do artigo 49 do CDC, detêm de efeito *ex tunc* (efeito retroativo), uma vez realizada a compra, retroage ao início do negócio, para designá-lo como se jamais tivesse existido, segundo exprime Jordana Jordão:

Após empregada a desistência, os efeitos da revogação do ato são *ex tunc*, retroagem ao início para repor as partes ao status quo ante, como se jamais houvesse realizado a venda e compra. Isso se encontra claramente posto no parágrafo único do artigo 49 que, além disso, pressupõe que se por acaso algum pagamento tenha chegado a ser feito, os valores devem ser devolvidos imediatamente. (JORDÃO, 2021, p. 10)

Como o Código não dispõe de regulamentação específica para o comércio eletrônico, o legislador publicou o Decreto Lei nº 7.962/2013 que regulamenta a Lei nº 8.078/1990, para deliberar sobre as contratações no comércio eletrônico, *in verbis*:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;

II - atendimento facilitado ao consumidor; e

III - respeito ao direito de arrependimento.

(BRASIL, 2013, não paginado)

O art. 2º do Decreto Lei nº 7.962/2013, complementa que os sítios eletrônicos e os demais meios eletrônicos usados para oferta ou conclusão do contrato de consumo, devem disponibilizar fácil visualização das informações claras e precisas a respeito do produto ou serviço, além do endereço físico e eletrônico do fornecedor. (BRASIL, 2013)

No que corresponde aos impactos da pandemia nas relações entre consumidor e fornecedor, aponta Vanessa Gamboa que o governo precisou adotar várias medidas:

Para mitigar os efeitos que a pandemia estava a causar no mercado de consumo, no abuso de direito, tanto para suprir a vulnerabilidade do consumidor frente ao aumento injustificados e excessivos dos preços de produtos considerados essenciais no momento, como álcool gel e máscaras, ou em ajustar a conduta dos consumidores ao mercado, que estava sofrendo com dificuldades financeiras pela redução de consumo gerado pela pandemia. (GAMBOA, 2021, p. 31)

Desta maneira, na pandemia do Covid-19, o artigo 49 do CDC foi suspenso pela Lei nº 14.010/2020, em seu artigo 8º. A mencionada legislação produziu efeitos até 30 de outubro de 2020:

Art. 8º Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

(BRASIL, 2020, não paginado)

Outra norma criada foi a Lei nº 14.046/2020 que permitiu o cancelamento de eventos, prevendo que o fornecedor não seria obrigado a reembolsar os valores, devendo emitir um crédito para o consumidor utilizar em futuros eventos. (BRASIL, 2020)

Tendo em conta que a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, e do Decreto Lei nº 7.962/2013 nas compras realizadas pela internet, é incontestável a proteção legal. Deste modo, se passa a análise das relações comerciais internacionais, a qual se verifica divergência, conforme se tratará a seguir.

4 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS COMPRAS PELA INTERNET EM SITES INTERNACIONAIS

Os sites estrangeiros são regidos pelas leis de seus países, contudo, se o consumidor brasileiro for lesado por tais empresas, surge a indagação se o Código de Defesa do Consumidor e a legislação brasileira poderão ser utilizados. Com base nesse questionamento, o presente estudo é de suma importância.

Com o crescente consumo virtual, os sites estrangeiros como a Shopee, Shein, AliExpress, entre outros, tem chamado bastante atenção dos brasileiros, isso porque o custo-benefício dos produtos é inacreditável em compensação com o mercado nacional. Porém, quanto maior a popularização dessas empresas, maior é a quantidade de reclamação dos consumidores brasileiros. Conforme expõe Geovana Geib acerca do e-commerce:

Hoje em dia não é necessário deslocar-se para outro país para ser um consumidor que contrata de forma internacional ou se relaciona com fornecedores de outros países. Em teoria, o consumidor não deve ser prejudicado, seja sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior (GEIB, 2012, p. 184).

Assim sendo, o mundo digital permite com que se possa ter qualquer bem independente de sua localização, contudo, a proteção dos direitos do consumidor deve ser mais observada, uma vez que as leis brasileiras em tese poderão ou não se sobreporem às leis estrangeiras.

Ensina Sergio Cavaliere Filho, a responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva:

Sendo fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva. (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 18)

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei que visa proteger e regular as relações de consumo, para isso, possui um conjunto de direitos e deveres elencados em seus artigos, ou seja, em caso de violação de quaisquer direitos e deveres, quem praticou o ato danoso deverá ser responsabilizado civilmente.

Em regra, a legislação consumerista, em conformidade com a responsabilidade objetiva, estabelece que os fornecedores responderão independentemente da constatação da culpa para o elemento danoso. O CDC dispõe de regime específico de responsabilidade civil, contemplando as relações de consumo a partir do artigo 12, por essa razão uma das preocupações do Código é a definição clara de quem seriam os sujeitos (consumidor e fornecedor) (VARALLI, 2022)

No mesmo sentido trata o art. 12 do mencionado diploma legal:

Art. 12 O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(BRASIL, 1990, não paginado).

Nesses termos, se o defeito no produto ou serviço representar dano ao consumidor, o fornecedor estará sujeito a responsabilização imposta no artigo 12 do CDC. Ressaltar-se que o artigo 17 do CDC equipara ao consumidor, todas as vítimas do evento danoso. (BRASIL, 1990)

No mesmo seguimento da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, o artigo 13 impõe que o fornecedor nacional ou estrangeiro responderá independente de culpa pelos danos causados ao consumidor. (BRASIL, 1990)

O artigo 14 ratifica a responsabilidade objetiva do CDC, que responsabiliza independente de culpa:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O artigo 18 estabelece também responsabilidade solidária dos fornecedores de produtos de consumo, quanto aos vícios de qualidade, quantidade, inadequação ao consumo, redução do valor, bem como as informações constantes no recipiente, embalagem, rótulo, mensagem publicitária, respeitando a vulnerabilidade do consumidor, este poderá exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 1990)

Dessa forma, ao se verificar a vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, redigiu a teoria da responsabilidade objetiva, regulando-as nos artigos 12 e 14 (fato de produto ou serviço), artigos 18 e seguintes (vício do produto ou serviço), garantindo também o direito a inversão do ônus da prova. A exceção a responsabilidade sem culpa se refere aos profissionais liberais. (BENACCHIO, 2015)

A reponsabilidade civil está ligada a necessidade de se responder por alguma situação, trata-se do reflexo de um fato danoso causado por um agente e direcionado a uma vítima, a responsabilidade civil, tem por objetivo, a obrigação de reparar o dano (indenizar) a terceiro. O ordenamento civil utiliza como regra a responsabilidade subjetiva, calcada na teoria da culpa, a responsabilidade subjetiva extracontratual pautada no dever de indenizar, desde que sejam preenchidos os requisitos da ação, omissão, dano, relação de causalidade e culpa. (VARALLI, 2022).

Nessa seara, é imprescindível se aferir a culpa, a responsabilidade civil por culpa, divide-se em culpa provada e culpa presumida, na primeira hipótese recai sobre a vítima do dano o ônus de comprovar que houve negligência, imperícia e imprudência. Na segunda hipótese, o ônus da prova é invertido ao fornecedor, além de se auferir o elemento da culpa, são essenciais para caracterização da responsabilidade civil, conduta, o dano e o nexu causal. (SCHWARTZ, 2020)

Os pressupostos da responsabilidade civil são esmiuçados por Vinicius Lott Thibau e Michel Cesar Silva:

Deve-se analisar a presença de quatro elementos, sendo eles a conduta, a culpa genérica ou *lato sensu*, nexu de causalidade e o dano ou prejuízo. De acordo com o Código Civil, a conduta pode se originar de uma ação ou omissão voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. A culpa genérica (*lato sensu*) engloba o dolo e a culpa em sentido estrito. Na hipótese do dolo, será aplicado o princípio da reparação dos danos, fazendo com que o todos os danos suportados pela vítima sejam indenizados. A culpa, no entanto, é caracterizada como desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico. Logo, a culpa possui três elementos, a conduta voluntária com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado,

cautela, diligência e atenção. Nas palavras do doutrinador, em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito. Ainda, o nexo de causalidade é elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade pois constitui a relação de causa e efeito entre a conduta culposa e o dano ocorrido. Por fim, é necessário a comprovação do dano patrimonial ou extrapatrimonial, tendo em vista que não há responsabilidade civil sem dano, como regra geral. (SILVA; THIBAU, 2020, p. 88)

Quanto a culpa, a responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva é a regra, amparada pela culpa. A responsabilidade objetiva expressa no artigo 927 do Código Civil, estabelece que haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, desde que esteja previsto na legislação (SILVA; THIBAU, 2020). O artigo 186 do Código Civil (Lei 10.406/2002) aduz a responsabilidade civil por negligência, imperícia e imprudência, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(BRASIL, 2002, não paginado)

Contudo, o artigo 927 em seu parágrafo único preconiza que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(BRASIL, 2002, não paginado)

Assim, em sentido diverso do CDC que sustenta a responsabilidade objetiva do fornecedor, o Código Civil classifica a conduta do agente em duas, a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, a depender da configuração dos pressupostos essenciais para reparação do dano.

É de importância ressaltar que as relações de consumo internacionais, por força do artigo 9º § 2º, da lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, define que o domicílio do proponente como o competente para dissolução do evento danoso. (SANTOS, 2022)

A incidência do Código do Consumidor as relações de consumo internacional, tem bastante divergência:

A solução de aplicar a lei do país em que está o consumidor, é descartada atualmente, pois no negócio realizado pela internet é possível ao fornecedor conhecer todas as particularidades aplicáveis em diversas partes do mundo. Nessa seara há o desafio de aplicar as regras já existentes no Código de Defesa do Consumidor aos conflitos de consumo eletrônico. (SALGARELLI, 2010, p. 80)

Tendo por base isso, já existem normas e estas são aplicáveis, é essencial mencionar que as lides envolvendo a relação de consumo de sites de compras internacionais, clamam por uma legislação específica (SALGARELLI, 2010)

O consumidor brasileiro que realiza uma compra virtual em sites internacionais, adentra em uma relação consumerista em que seus direitos podem ser relativizados, pois não são aplicáveis ao caso, as regras do direito brasileiro, mas sim aquelas editadas pelo do domicílio do vendedor. Assim, é necessária, uma prévia análise da legislação do país com o qual se contrata, evitando problemas futuros. (VIEIRA, 2018)

Apesar de o CDC e o Código Civil não definirem expressamente a responsabilidade dos sites internacionais por danos aos consumidores. Surge dificuldade quando há um agente mediador envolvido nessa relação de consumo, embora legislação sobre o comércio eletrônico não tenha criado regras especiais para os sites internacionais, o intermediário que exerce função de auxiliar dos fornecedores internacionais responde solidariamente pela inadimplência das obrigações contratuais. (COSTA, 2018)

A jurisprudência vem considerando a responsabilidade dos fornecedores intermediários, nesse seguimento, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reconhece:

CONSUMIDOR E CIVIL. RESERVA ON LINE DE HOSPEDAGEM - INTERMEDIADORA - LEGITIMIDADE PASSIVA. HOSPEDAGEM CANCELADA NA DATA DA CHEGADA - SERVIÇO DEFEITUOSO - DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM FIXADO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO. PRELIMINAR REJEITADA. NO MÉRITO, PROVIDO. "(...)
2. Os participantes da cadeia de consumo têm responsabilidade por

eventuais danos decorrentes da relação jurídica em tela, em razão do princípio da solidariedade e do próprio sistema de proteção, fundado no risco-proveito do negócio, consagrado no artigo 7º, parágrafo único, do CDC. 3. A atuação da empresa ré na intermediação da reserva on line de hospedagens no país e no exterior, disponibilizando espaço virtual ao hotel prestador de serviços e aproximando este dos tomadores do serviço, coloca-a na condição jurídica de solidária e responsável pela reparação de danos decorrentes na falha da prestação de serviços. (...)”. (BRASIL, 2021, não paginado)

O Superior Tribunal de Justiça consolida entendimento acerca da inexigibilidade de fiscalização prévia do produto por sites de intermediação de compras internacionais, em caso de omissão do ilícito:

CIVIL E COMERCIAL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. SITEVOLTADO PARA A INTERMEDIÇÃO DE VENDA E COMPRA DE PRODUTOS. VIOLAÇÃO DE MARCA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO EXAURIMENTO DA MARCA. APLICABILIDADE. NATUREZA DO SERVIÇO. PROVIDORIA DE CONTEÚDO. PRÉVIA FISCALIZAÇÃO DA ORIGEM DOS PRODUTOS ANUNCIADOS. DESNECESSIDADE. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REMOÇÃO IMEDIATA DO ANÚNCIO. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. (...) 2. O serviço de intermediação virtual de venda e compra de produtos caracteriza uma espécie do gênero provedoria de conteúdo, pois não há edição, organização ou qualquer outra forma de gerenciamento das informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários. **3. Não se pode impor aos sites de intermediação de venda e compra a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos anunciados, na medida em que não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado.** (...) 5. Ao ser comunicado da existência de oferta de produtos com violação de propriedade industrial, deve o intermediador virtual de venda e compra agir de forma enérgica, removendo o anúncio do site imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço virtual por meio do qual se possibilita o anúncio para venda dos mais variados produtos, deve o intermediador ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um dos usuários,

a fim de que eventuais ilícitos não caiam no anonimato. (Grifou-se)
(BRASIL, 2013, não paginado)

Constata-se ainda que exista uma carência legislativa, os Tribunais brasileiros, no intuito de proteger a vulnerabilidade do consumidor, tem proferido decisões que impõem a responsabilidade por danos causados ao consumidor, aos sites intermediários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudo, o presente estudo analisou a responsabilidade civil do fornecedor nas compras realizadas em sites internacionais, com o objetivo de ressaltar a vulnerabilidade do consumidor nessa relação de consumo.

Frente ao pressuposto que cada capítulo representa um objetivo específico. Tem-se que no primeiro capítulo se abordou a proteção jurídica as relações de consumo no ordenamento brasileiro, explicando as várias espécies de consumidor (direito, por equiparação e coletividade), além do conceito de fornecedor que abrange as pessoas jurídicas de direito público e privado, foi realizada também uma breve contextualização dos princípios impressos no Código de Defesa do Consumidor como o princípio da vulnerabilidade que resguarda o consumidor das ações delituosas do fornecedor.

No segundo capítulo, verifica-se a tratativa legislativa do Código de Defesa do Consumidor nas compras online, o chamado e-commerce, durante a pandemia do COVID-19 que representa aumento crescente das compras por meio digital, ante a necessidade de isolamento social como forma de contenção do vírus.

O avanço das novas tecnologias adequou a legislação as realidades sociais, embora o Código de Defesa do Consumidor seja uma norma de década de 90, a legislação se preocupou com o desenvolvimento das novas gerações. No ano de 2013, foi instituído o Decreto 7.962/2013 que tutela as compras pelo e-commerce.

Sob a égide do Decreto 7.962/2013 observa-se uma proteção ao comércio eletrônico, fixando por parte do fornecedor a disponibilização das informações claras e concisas do produto ofertado, impulsionando assistência facilitada e respeitando o direito de arrependimento. Contudo, em detrimento das compras em sites internacionais, a mencionada legislação é precária.

Finalmente, no terceiro capítulo se discute o problema da pesquisa, ou seja, a responsabilidade civil nas compras pela internet em sites internacionais. É certo que a questão envolve embaraços normativos, como consequência da carência legislativa.

Analogicamente os Tribunais brasileiros, vem considerando a responsabilidade solidária ao agente intermediário, aquele fornecedor que exerce algum tipo de atividade em conjunto com o site de compra internacional.

Em razão disso, a partir do momento em que a relação consumerista passa por alterações, a responsabilidade civil subjetiva e objetiva do fornecedor, cria brechas para discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor adota a teoria da responsabilidade objetiva, pressupondo que o fornecedor responderá pelo dano, independente da caracterização dos elementos danosos.

É preciso observar a relação de consumo que envolve o fornecedor estrangeiro com maior veracidade, pois não haverá incidência das normas protetivas aplicadas no ordenamento brasileiro, e sim do domicílio do ofertante.

Portanto, é imprescindível a criação de norma específica que contemple a responsabilidade dos danos causados na internet, neste caso, os fornecedores podem se aproveitar da impunidade para praticar mais condutas abusivas, lesão os direitos fundamentais do consumidor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lucas Magalhaes. **Comportamento do consumidor**: um olhar científico sobre como e porque consumimos. Curitiba: InterSaber, 2020.

ALCANTARA, Silvano Alves. **Direito empresarial e direito do consumidor**. Curitiba: InterSaber, 2017.

ARAÚJO, Anderson Alexandro. **Direitos do consumidor nas compras por e-commerce**. Centro Universitário de Lavras. Lavras-MG, 2021. Disponível em: <http://dspace.unilavras.edu.br/bitstream/123456789/753/1/TCC%20Anderson%20Alexandro%20Ara%3%bajo.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

AZEVEDO, Ney Queiroz de. **Direito do consumidor**. Curitiba: InterSaber, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. (Código de Defesa do Consumidor). **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm#:~:text=rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20consumo.-

[Art.,produtos%20ou%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7os.](#) Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013.** Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020.** Dispõe sobre o adiamento e o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e de cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. não paginado. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.046-de-24-de-agosto-de-2020-273920826>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020.** Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidente do Senado Federal, [2020]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm#:~:text=Art.,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABCOMM). **Marketplaces: crescimento exponencial ao longo da pandemia.** Publicado em 23 mar. 2021.

Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/marketplaces-crescimento-exponencial-ao-longo-da-pandemia/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.383.354 - São Paulo.**

Recorrente: Citizen Watch Do Brasil S/A Advogado : Eduardo De Freitas Alvarenga
Recorrido : Mercadolivre.Com Atividades De Internet Ltda e Outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 27 de agosto de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 26 de setembro de 2013. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq>

uencial=1257503&num_registro=201300742989&data=20130926&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (Terceira Turma Recursal). **Classe do Processo nº 07027727020218070006**. Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, 21 de julho de 2021. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 17 de agosto de 2021. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostRARPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1356529. Acesso em: 25 set. 2022.

BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Fábio da Silva. **A responsabilidade civil no e-commerce (comércio eletrônico)**. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-fabio-da-silva-costa>. Acesso em: 01 out. 2022.

GAMBOA, Vanessa Alves Rezende. **Impactos da pandemia nas relações de consumo**. Curso de Direito – UniEVANGÉLICA. - Anápolis, 2021. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18501/1/Vanessa%20A%20R%20Gamboa.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

GEIB, Geovana. A necessidade de regras específicas de direito internacional privado no contrato de consumo internacional eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 21, vol.82, abr, - jun.2012.

JORDÃO, Jordana Borges. **O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais**. Universidade De Rio Verde (UniRV). - Caiapônia, 2021. Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/O%20DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR%20NAS%20RELA%3%87%3%95ES%20DE%20CONSUMO%20%20VIRTUAIS.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTUCCI, Mariana. **A pandemia fez o e-commerce decolar. Ainda há fôlego para mais**. Exame, 2021. Disponível em: <https://exame.com/negocios/a-pandemia-fez-o-e-commerce-decolar-ainda-ha-folego-para-mais/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PINHEIRO, Yasmin Freitas. **Comércio eletrônico e a proteção do consumidor brasileiro**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. - Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/881/1/ARTIGO.%20YASMIN%20FREITAS%20PINHEIRO.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

VARALLI, Riccardo Marconi. **Direito do consumidor**. São Paulo: Rideel, 2022.

SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma abordagem sobre confiança e boa-fé**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2010.

SALES, Marcos Filipe Carvalho. **O código de defesa do consumidor e as compras pela internet**. Curso de Direito - Universidade UniEVANGÉLICA. - ANápolis, 2021. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18259/1/Marcos%20Filipe%20Carvalho%20de%20Sales.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

SANTOS, Daniel Mendes dos. **Responsabilidade Civil nas compras On-line**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 set. 2022, 04:27. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/59270/responsabilidade-civil-nas-compras-on-line>. Acesso em: 01 out. 2022.

SILVA, Marlene Simões; BENEDITO, Regina de Oliveira; LAGO, Pamela Nery, (organizadores), et al. **Novo coronavírus (COVID-19): o que sabemos até agora?**. Belém: Neurus, 2021.

SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott. **Responsabilidade civil: diálogos entre o direito processual e o direito privado**. - Belo Horizonte/MG: Dom Helder, 2020.

SILVA, Lucas de Alencar Vieira. **O Direito de arrependimento na pandemia: as compras por internet e novas limitações legais**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. - Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15915/1/21604542.pdf>. Acesso em: 19 set. 2022.

SILVA, Paula Cristina dos Santos; REIS, Vanessa da Silveira. **Pandemia do novo coronavírus (COVID-19):** transtorno de estresse pós-traumático em enfermeiros. Belém: Neurus, 2022.

SCHWARTZ, Fabio. **Manual de direito do consumidor.** 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

SCHWARTZ, Fabio. **Manual de direito do consumidor:** tópicos e controvérsias. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

VIEIRA, Mariana Antunes. **A responsabilidade civil e o comércio eletrônico.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 ago. 2018, 05:00. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52132/a-responsabilidade-civil-e-o-comercio-eletronico>. Acesso em: 01 out. 2022.

O MARCO CIVIL DA INTERNET: PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E O DIREITO À PRIVACIDADE

IBRAIM SOARES SIQUEIRA NETO:
Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

DANILO BEZERRA DE CASTRO⁵⁴

(orientador)

RESUMO: O trabalho consiste na análise do marco legislativo provindo da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), assim como o disposto por sua legislação para a proteção dos dados pessoais dos usuários da internet. A obra foi desenvolvida com base no objetivo geral de analisar como atua a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) na proteção dos dados pessoais de seus usuários. Dessa forma, utilizou-se a metodologia jurídica com método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, a partir de doutrinas, legislações nacionais, livros, artigos e notícias, e estudo qualitativo, analisando os indivíduos alcançados pelo advento da Lei nº 12.965/14. Em relação aos resultados, ficou evidente que o grande marco do MCI, no que se refere a proteção dos dados pessoais e direitos à privacidade e de seus usuários, se deu pelos mecanismos que possibilitam a identificação dos usuários. Conclui-se que a Lei 12.965/14 não é completamente efetiva na proteção dos dados pessoais de seus usuários e necessita da aplicação conjunta de outras legislações, em decorrência das lacunas deixadas em relação a temática, posteriormente preenchidas com o advento da Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

Palavras-chave: Proteção de dados; privacidade; internet; marco.

ABSTRACT: The work consists of the analysis of the legislative framework coming from Law 12.965/14 (Marco Civil da Internet), as well as the provisions of its legislation for the protection of personal data of internet users. The work was developed based on the general objective of analyzing how Law 12.965/14 (Marco Civil da Internet) works in the protection of the personal data of its users. In this way, the legal methodology was used with a deductive method, with bibliographic and documentary research, from doctrines, national legislation, books, articles and news, and qualitative study, analyzing the individuals reached by the advent of Law No. 12.965/14. In relation to the results, it was evident that the major milestone of the MCI, with regard to the protection of personal data and rights to privacy and of its users, was given by the mechanisms that allow the identification of

⁵⁴ Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

users. It is concluded that Law 12.965/14 is not completely effective in protecting the personal data of its users and requires the joint application of other legislation, due to the gaps left in relation to the theme, later filled with the advent of Law 13.709/18 (General Data Protection Law – LGPD).

Keywords: Data protection; privacy; Internet; March.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho analisa um tema bastante presente em nossa sociedade, onde o crescimento do uso da internet trouxe novas possibilidades de relações interpessoais, muitas vezes danosas e não abarcados pela nossa legislação.

A internet possibilitou a transmissão acelerada de dados, criando a necessidade de uma lei clara e objetiva para que todos os usuários tenham seus direitos protegidos, com intuito de evitar situações de má utilização de dados pessoais por terceiros.

Delimitada a Lei 12.965/14 (O Marco Civil da Internet) como tema dessa obra, e como se dá a proteção dos dados pessoais e conseqüentemente o direito à privacidade de seus usuários por meio de sua legislação, abordou-se seu propósito, os fatores que ensejaram sua criação, os direitos constitucionais protegidos pela MCI, como a legislação anterior a sua promulgação julgava seus temas, a necessidade de sua criação, os princípios e aspectos que regem sua legislação, com o intuito principal, sendo abordada outras Leis, de explicar como são protegidos os dados pessoais no meio digital.

Perante o exposto, a principal pergunta a ser respondida no decorrer da pesquisa é: A Lei nº 12.965/14 protege de fato os dados pessoais e conseqüentemente à privacidade de seus usuários?

Portanto, a pesquisa é justificada na compreensão dos mecanismos utilizados pela legislação na regulamentação e no tratamento dos dados pessoais na internet, para que o direito à privacidade de seus usuários seja resguardado.

O objetivo geral da obra é analisar como atua a Lei 12.965/14 na proteção dos dados pessoais de seus usuários, e os objetivos específicos de compreender os princípios e aspectos formais da lei em relação a proteção dos dados pessoais para que seja resguardado a privacidade de seus usuários, como também demonstrar como a Lei 13.709/18 (LGPD) pode auxiliar o MCI na proteção desses dados no âmbito da internet.

Para alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa utilizou-se da técnica de coleta de dados a partir de doutrinas, legislações nacionais, livros, artigos e notícias que abordam a narrativa de como o direito à proteção dos dados pessoais são protegidos,

utilizando-se do método dedutivo pois inicia-se a partir de técnicas de pesquisas exploratórias, atingindo a sociedade quase como um todo, especificamente os usuários de internet.

O primeiro tópico do presente trabalho trata sobre a Lei 12.965/14 (O Marco Civil da Internet), trazendo o propósito, a necessidade e a base da sua criação. O segundo tópico traz os princípios e aspectos formais de como a lei regulamenta a internet com foco principal na proteção dos dados pessoais.

O terceiro tópico do trabalho tem o intuito de demonstrar de forma sucinta como a LGPD expandiu e modernizou a forma de proteção dos dados pessoais, não ensejando a inaplicabilidade da Lei 12.965/14 e sim a ser utilizada como complemento na proteção dos dados pessoais. E por fim as considerações finais apontando o resultado do presente trabalho.

2 MARCO CIVIL DA INTERNET

A Lei 12.965/14 conhecida como o Marco Civil da Internet foi criada para regulamentar seu uso no Brasil por meio de normas jurídicas. Realmente um marco se considerarmos o seu propósito pois, de forma leiga a internet era considerada um "ambiente sem lei".

Verifica-se, portanto, com relativa facilidade, que a Lei n. 12.965/2014 é despicienda no que se refere às "fundamentais inovações" que teria criado em proveito dos direitos e garantias dos chamados usuários e mesmo em face da elaboração normativa de uma moderna "ciberdemocracia. (LÉVY, 2002, p. 20 *apud* FIORILLO, 2015, p.15)

Alguns fatores foram importantes e ensejaram a criação da Lei 12.965/14, sendo o principal a falta de legislação específica, pois ante sua criação o embasamento jurídico se dava apenas pelo art. 5º da Constituição Federal:

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 (BRASIL, 1988, não paginado).

Em antecedência a criação da Lei 12.965/14, as questões eram julgadas com base nas legislações existentes, como por exemplo o Código Civil, que comumente apresentavam decisões contraditórias, como apontam Damásio de Jesus e José Antônio Milagre:

[...] no Brasil não existia lei específica que tratasse dos deveres dos provedores de acesso, aplicações e dos direitos dos usuários. Questões submetidas ao Judiciário comumente apresentavam decisões contraditórias e eram julgadas com base na aplicação do Código Civil Brasileiro, Código de Defesa do Consumidor e outras legislações existentes. Uma das funções do Marco Civil Brasileiro é gerar segurança jurídica, oferecendo base legal ao Poder Judiciário quando se deparar com questões envolvendo internet e tecnologia da informação, evitando-se decisões contraditórias sobre temas idênticos, o que era muito comum. (JESUS; MILAGRE, 2014, p. 10)

Diante dessas contradições, a Lei nº 12965/14 foi criada para dar uma segurança jurídica fazendo com que haja respostas para quaisquer questões e situações que o Poder Judiciário venha a enfrentar.

Outro fator importante que ensejou a criação da Lei 12.965/14 foi o aumento dos índices de pessoas vítimas de racismo, injúrias, crimes contra a honra, ameaças, discursos de ódio, entre outros crimes dentro da internet.

Esse aumento trouxe preocupação para as autoridades e se deu pela falta de legislação específica, pois não havia lei que dispunha ao Judiciário mecanismos para identificação de usuários em possíveis crimes, ou seja, os usuários se asseguravam no anonimato que impossibilitava sua punição.

A Lei 12.965/14 foi a primeira lei do país a trazer princípios, direitos e garantias para regulamentar a internet e abordar todas as suas particularidades, preenchendo o vácuo legislativo existente.

Para regulamentar a internet, a Lei 12.965/14 foi criada com base em 3 princípios que regem sua legislação, sendo eles: Neutralidade das redes, Liberdade de Expressão e Privacidade do Usuário. Além disso, conta com 32 artigos que determinam detalhadamente a forma como os usuários devem utilizar a rede.

O princípio da Privacidade dos usuários contido na Lei 12.965/14 já era e continua sendo um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, como aponta Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Por outro lado, a proteção da privacidade (..) também entendida como proteção da vida privada, antes de ser estabelecida como princípio “específico” vinculado ao uso da internet no Brasil, já tinha, como efetivamente continua a ter, previsão em nossa Constituição Federal em face do que determina o art. 5º, X (que indica ser inviolável a vida privada das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), em clara sintonia com o que estabelece o art. 5º, V, de nossa Carta Magna (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”). (FIORILLO, 2015, p.31)

Porém, somente o texto legal contido na Constituição Federal não possibilitava por exemplo, a identificação de um usuário que viesse a cometer um crime dentro da internet, como aponta Damásio de Jesus e José Antonio Milagre:

Além de proteger a privacidade em geral, o Marco Civil dá ênfase à proteção dos dados pessoais, informações que podem identificar uma pessoa e que comumente são utilizadas ou requeridas pelos provedores de acesso à internet ou provedores de serviços no Brasil.

Até hoje, não se dispunha de uma legislação que protegesse o cidadão em face da violação de sua privacidade ou dados pessoais. Com o Marco Civil, empresas ou prestadores poderão ser responsabilizados. (JESUS; MILAGRE, 2014, p.15)

O grande marco da Lei 12.965/14, no que se refere a proteção dos direitos à privacidade e dados pessoais de seus usuários, se deu pela possibilidade de identificação dos usuários em possíveis crimes. Porém, a lei por si só não é completamente efetiva, se considerarmos por exemplo a responsabilização dos agentes que venham a cometê-los.

Em suposto caso, onde um indivíduo pelo meio digital acuse falsamente outra pessoa de cometimento de crime, após se utilizar dos mecanismos trazidos pela Lei 12.965/14 e citados no presente artigo, para identificação desse usuário, seria possível puni-lo pelo crime de calúnia presente no art. 138 do Código Penal (BRASIL, 1940, não paginado).

Nota-se que a Lei 12.965/14 veio para proteger os direitos de seus usuários, por meio de princípios, direitos e garantias para disciplinar o uso da internet e garantir a identificação devendo ser aplicada em conjunto com outras legislações, para que haja a responsabilização dos usuários de acordo com seus atos.

Para garantir essa efetiva proteção da privacidade e os dados pessoais dentro e fora do âmbito da internet, além da Lei 12.965/14, houve a promulgação de leis como: Lei nº 13.709/18 que expandiu e modernizou a forma de proteção dos dados pessoais e Lei Carolina Dieckmann, cada uma com sua particularidade, porém utilizadas de forma conjunta.

Os dados pessoais, protegidos pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 12.965/14, e o que realmente ela deve proteger, foi melhor abordado na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), assunto esse que será tratado de forma mais específica em tópico posterior deste artigo.

2.1 PRINCÍPIOS E ASPECTOS FORMAIS DA LEI

Em seu Capítulo II, a Lei 12.965/14 trata dos direitos e garantias dos usuários, assegurando ao cidadão brasileiro em seu artigo 7º, caput, que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e para isso, disciplinou a forma como os usuários devem utilizar a rede, para que o uso e as interações entre seus usuários sejam feitos de forma segura e democrática. (BRASIL, 2014).

Para garantir essa segurança e democracia, estabeleceu princípios, direitos e garantias específicas para a utilização da internet por meio de seus usuários, além disso, garantiu que seja utilizada de forma livre, direito já assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos IV e IX:

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:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 1988, não paginado).

A Liberdade de Expressão está entre um dos 3 princípios bases da Lei nº 12.965/14 e é assegurado em seu art. 3º, inciso I, determinando “a garantia à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal” (BRASIL, 2014, não paginado).

O princípio da proteção à liberdade de expressão mesmo sendo assegurado na Lei 12.965/14 e como direito fundamental garantido pelos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição Federal, não o tornam absoluto, podendo haver situações que haja conflito com outros princípios (BRASIL, 1988, não paginado).

Em relação a Lei nº 12.965/14, a partir do momento que uma publicação feita em forma de manifestação de pensamento, ofenda com base na raça ou cor, outra pessoa, afetando sua honra, haverá um conflito entre os princípios de liberdade de expressão e privacidade do usuário (BRASIL, 2014, não paginado).

Diante de conflitos deve-se aplicar outro princípio, o da proporcionalidade, como elucida Alexandre Magno Fernandes Moreira: “A proporcionalidade (...) é utilizada como uma forma de ponderação entre dois ou mais princípios constitucionais que estejam em conflito, determinando, em cada caso, qual deve prevalecer sobre o outro.” (MOREIRA, 2010, não paginado).

O Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992 que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 13, conceitua a Liberdade de Pensamento e de Expressão:

(...)Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. (BRASIL, 1992, não paginado)

No entanto, um discurso que incita a violência contra à mulher, ódio contra minorias, os crimes de difamação, calúnia ou injúria não podem ser escondidos atrás de “liberdade de pensamento e expressão”.

Pode-se ressaltar sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade e a má utilização da liberdade de expressão para ofender a honra de outra pessoa, a jurisprudência:

DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA ORAL. PRELIMINAR REJEITADA. DIVULGAÇÃO DE PUBLICAÇÕES EM REDE SOCIAL. FACEBOOK. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO. POSTO DE COMBUSTÍVEL. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. HONRA E IMAGEM. PESSOA JURÍDICA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXCESSO. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA.

(...)

3. Frente à colisão entre direitos fundamentais, imagem de um lado e liberdade de expressão do outro, aplica-se o princípio da proporcionalidade no caso concreto, por meio do qual se operacionaliza o método da ponderação prestigiando-se os direitos que, nas circunstâncias valoradas, ostentem maior interesse público e social.

(...)

6. Não pode ser admitido que as cogitações divulgadas de forma cotidiana pelos cidadãos que usam as redes sociais como escudo para veicular todos os tipos de manifestações, sem se preocupar com a extensão tomada, sob o argumento da liberdade de expressão, atinjam, de forma indiscriminada e livre de comprovação, o direito à honra de outras pessoas. (BRASIL, 2017, não paginado).

Ou seja, o direito à liberdade de expressão e outros direitos devem coexistir, com intuito de garantir um ambiente seguro e democrático, não podendo a liberdade de expressão ser usada como resguardo a práticas de crimes e ações ilícitas.

Para assegurar esse ambiente seguro e democrático a Lei 12.965/14 colocou o princípio da privacidade dos usuários como um de seus pilares, fazendo menção tanto em seu art. 3º, inciso III, como no inciso I do art. 7º, onde dispõe que é inviolável o direito à intimidade e vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 2014, não paginado).

Conforme apotamento de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, o direito à privacidade é:

“A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e

também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano." (BASTOS; MARTINS 1989, página 63.)

O Marco Civil da Internet ao colocar a proteção à privacidade como um de seus pilares, regulamenta através de lei específica e de forma adequada esse direito dentro do meio digital, como discorre Damásio de Jesus e José Antonio Milagre:

"Embora a proteção à intimidade e à vida privada esteja prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. X, o Marco é a primeira lei infraconstitucional que regulamenta o tema e bem esclarece ser cabível indenização por dano moral ou material decorrente de violações à intimidade e vida privada no âmbito da internet." (JESUS; MILAGRE, 2014, p.29)

O direito de proteção da privacidade dos usuários tem um foco especial na Lei nº 12.965/14 porque casos de violação desse direito se tornaram comuns no âmbito da internet.

Alguns desses casos repercutiram no Brasil, como o ocorrido com a atriz Carolina Dieckmann que teve o celular invadido e suas fotos íntimas vazadas. Logo após o ocorrido foi promulgada pelo Congresso Nacional a Lei nº 12.737/12, conhecida como Lei Carolina Dieckmann (BRASIL, 2012, não paginado).

A Lei nº 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann) dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, mais especificamente a "Invasão de dispositivo informático". Para isso alterou o Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 – Código Penal, acrescentando os artigos 154-A e 154-B:

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

(...)

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos." (BRASIL, 2012, não paginado)

A depender do caso o direito de privacidade de um usuário pode ser violado pela má utilização de seus dados, como o caso da atriz Carolina Dieckmann, que teve um dado pessoal (suas fotos íntimas) expostos no ambiente digital, onde a propagação de informações acontece de forma assustadoramente acelerada, tendo, dessa forma, sua intimidade, vida privada, honra e imagem violadas.

Quando a violação da intimidade decorre da divulgação de dados pessoais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais, a Lei 12.965/14 exclui a necessidade de ordem judicial, basta que o ofendido ou seu representante legal notifique a rede social onde está sendo mantido o conteúdo para que haja sua indisponibilização, conforme disposto em seu art. 21:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. (BRASIL, 2014, não paginado).

De acordo com a Lei 12.965/14, em seu artigo 19, para que seja assegurado o direito à liberdade de expressão, os provedores de aplicações de internet só serão responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando, após ordem judicial, não tomar as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, salvo os casos com conteúdo de nudez (BRASIL, 2014, não paginado).

Sobre a classificação dos dados, o site oficial do governo conceitua que: "O dado pessoal é aquele que possibilita a identificação, direta ou indireta, da pessoa natural", exemplo, nome e sobrenome, RG, CPF, retrato em fotografia, endereço residencial, endereço de e-mail, número de cartão bancário, histórico de pagamentos, hábitos de consumo, dados de localização, endereço de IP, testemunhos de conexão (*cookies*), número de telefone. (BRASIL, 2021, não paginado).

Nos dias atuais, praticamente todos os dados pessoais de uma pessoa estão inseridos dentro da internet, como aponta Laura Mendes (2014, p.52) "nós nos tornamos a sociedade que mais gerou dados pessoais na história da humanidade" e acrescenta que

“a personalidade de um indivíduo pode ser gravemente violada com a inadequada divulgação e utilização de informações armazenadas a seu respeito”.

Em 2014 aconteceu um fato bastante curioso e evidencia como os dados pessoais dos usuários podem ser utilizados de forma ilícita. A empresa de telefonia Oi foi multada em R\$ 3,5 milhões por ter violado o direito à privacidade de seus clientes. (CASEMIRO; XAVIER, 2014, não paginado)

Em notícia disponibilizada pelo site O Globo, que discorre do seguinte texto: “RIO - Violação ao direito à privacidade e intimidade e publicidade enganosa. (...) O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC, (...)) iniciou investigações, em 2010, a partir de informações de que a parceria da Oi com a empresa britânica Phorm, consistia no desenvolvimento do *software* “Navegador”, que mapeava o tráfego de dados do consumidor na internet de modo a compor seu perfil de navegação. Tais perfis, segundo o DPDC, eram comercializados com anunciantes, agências de publicidade e portais da *web*, para ofertar publicidade e conteúdo personalizados a esses consumidores. - O serviço era oferecido ao consumidor como uma possibilidade de melhorar a sua navegação, não deixava claro que ele seria monitorada e seu perfil vendido.” (CASEMIRO; XAVIER, 2014, não paginado)

Nota-se que a empresa Oi, agindo de má-fé, omitindo aos seus usuários através de falsa informação de melhor navegação, através do software “Navegador”, mapeava e coletava os dados de navegação de seus usuários (como por exemplo sites visitados) compondo perfis de navegação para serem comercializados, prática que feriu o direito à privacidade e a segurança dos dados pessoais de seus usuários.

Diante dos diversos dados pessoais vinculados na internet e as variadas possibilidades de sua má utilização por terceiros, a Lei 12.965/14 assegura em um de seus princípios a “proteção dos dados pessoais”, regulamentando seu tratamento para que sejam utilizados de forma segura. (BRASIL, 2014, não paginado).

A regulamentação dos dados pessoais dada pela Lei 12.965/14 se dá por exemplo em relação a má-fé na omissão da empresa Oi sobre o real motivo da utilização do software “Navegador”. Pois, assegura aos usuários, em seu art. 7º, incisos VIII e IX, o direito de ter informações claras e completas e o consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais (BRASIL, 2014, não paginado).

Outro direito acolhido pela Lei 12.965/14 é o de “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, (...) salvo mediante consentimento livre”. Dessa forma a lei garante ao usuário a escolha pessoal de fornecer ou não algum dado pessoal a terceiros (BRASIL, 2014, não paginado).

No entanto, mesmo o compartilhamento consensual de algum dado na internet, seja público ou para terceiros, não dá garantia para sua utilização ou apresentação de forma inadequada, e essa má utilização dos dados pode configurar crime.

Nota-se dessa forma, que diante das diversas possibilidades de má utilização dos dados pessoais no meio digital, um princípio específico que trate sobre sua proteção é essencial, concretizando o apontamento de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

"Assim já existiam e continuam existindo, tanto em nossa Constituição Federal como na legislação infraconstitucional (...), regras claras destinada à proteção dos dados pessoais que o art. 3º, III, da Lei n. 12.965/2014 também entendeu por bem "fixar" como princípio "específico" em face do uso da internet no Brasil." (FIORILLO, 2015, p.36)

A grande utilização da internet aumentou o índice de crimes em seu ambiente e foi covardemente causado pelo anonimato que era assegurado pela internet, onde não era possível a identificação e conseqüentemente a punição desses usuários, passando o sentimento de segurança para o cometimento das ações criminosas.

Para dar fim ao anonimato e essa impressão de "terra sem lei", a Lei 12.965/14 dispôs ao Poder Judiciário mecanismos que possibilitam a identificação de usuários em possíveis crimes.

Essa identificação é possível pois a Lei 12.965/14 dispôs de forma detalhada o uso da internet. Começa em seu art. 5º caracterizando o termo internet, terminal e o endereço de protocolo de internet (endereço IP):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;

III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais; (BRASIL, 2014, não paginado)

O usuário ao utilizar à internet por meio de um terminal (todos tem um registro de IP) acessa sites e aplicativos, que são chamados de “aplicações de internet” e conceituados pela Lei 12.965/14 como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (BRASIL, 2014, não paginado).

Se tratando do acesso de usuários a sites e aplicativos, a Lei 12.965/14 em seu art. 15 exige ao provedor de aplicações (constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos) o dever de manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento (BRASIL, 2014, não paginado).

A Lei 12.965/14 em seu art. 5º inciso VIII conceitua que “registros de acesso a aplicações de internet são o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP. (BRASIL, 2014, não paginado).

É exigido também, aos provedores de conexão, ou seja, empresas que fornecem os serviços de conexão à internet, manter os registros de conexão, como dispõe o art. 13 da Lei nº 12.965/14:

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento (BRASIL, 2014, não paginado).

A Lei 12.965/14 em seu art. 5º, inciso VI conceitua que “o registro de conexão é o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados” (BRASIL, 2014, não paginado).

Dessa forma, quando houver real necessidade de identificação de um usuário, poderá o advogado requerer ao Juiz que ordene ao responsável pela guarda para que forneça os registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet, com a finalidade de identificar o usuário, como dispõe o art. 22, caput da Lei 12.965/14 (BRASIL, 2014, não paginado).

Para que seja deferido o pedido, o juiz verificará se há indícios fundamentados do ato ilícito, se os registros solicitados são de real importância para a investigação e o período a qual se referem. Há essa cautela, pois, a disponibilização desses registros caracteriza quebra de sigilo.

3 LEI DE PROTEÇÃO GERAL DE DADOS - LGPD

Como visto, a Lei do Marco Civil da Internet dispõe de diversos artigos que regulamentam o seu uso no Brasil. Porém, a Lei 12.965/14 deixou lacunas importantes, como por exemplo o tratamento mais específico dos dados pessoais de seus usuários.

Diante da quantidade de dados pessoais gerados pela nossa sociedade e o que eles representam para o indivíduo, a existência de lacunas sobre o tema é algo que traz preocupação e necessidade de normas para supri-las.

É de extrema importância tratar de forma adequada o tema, pois como aponta Fernanda Galera Soler (2021, p.13) "(...) a proteção de dados é uma das formas para se proteger a privacidade da pessoa. Esse Direito é parcela do Direito à Privacidade que está positivado em nossa Constituição Federal".

Nota-se a importância de efetiva regulamentação dos dados pessoais, e para tal, o Brasil adotou em 2018 a Lei 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que tem sua proteção delimitada no art. 1º:

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, não paginado)

Existem normas anteriores a Lei nº 13.709/18 que versam sobre a proteção de dados pessoais, como a Lei do Cadastro Positivo (LCP - Lei nº 12.414/2011), Lei de Acesso à Informação (LAI - Lei nº 12.527/2011) e a própria Lei do Marco Civil da Internet (MCI - Lei nº 12.965/2014), mas nenhuma de forma específica e detalhada.

Diante das informações apresentadas no presente artigo, ficou evidente os danos que a má utilização de dados pessoais pode causar à um indivíduo. A Lei 13.709/18 surge da necessidade de uma regra detalhada e específica sobre o uso, coleta, utilização, transferência, ou seja, qualquer operação com dados pessoais.

Como aponta em seu art. 1º, a Lei 13.709/18 dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e o diferencial em relação a proteção desse direito, caracterizado em seu art. 5º inciso X, é a forma específica e detalhada como regulamenta esses dados:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

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, não paginado)

Por meio da proteção dos dados pessoais, ou seja, “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, e a forma detalhada como trata esses dados, a Lei 13.709/18 tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018, não paginado).

Ainda que julgado após promulgação da Lei 13.709/18, vale apontar a decisão histórica dada pelo STF, em ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade analisadas exclusivamente pelo STF) que reconheceu a proteção de dados como direito autônomo e ainda o apontamento feito pelo Ministro Luiz Fux, “a proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana” (FUX, apud KRIEGER, 2021, não paginado).

As palavras do Ministro Luiz Fux complementam o entendimento de Fernanda Galera Soler, “(...) apesar de ser amplamente utilizado e falado em proteção dos dados pessoais, a efetiva proteção é do seu titular. O foco da proteção é a personalidade da pessoa física, uma vez que o tratamento de dados pessoais pode relevar características da intimidade da pessoa, ainda que indiretamente.” (SOLER, 2021, p.22).

Dessa forma, a proteção dos dados pessoais está ligada ao seu portador e não os dados em si, ou seja, busca a proteção dos direitos de seu titular, nesse mesmo contexto, Laura Mendes discorre que:

A disciplina da proteção de dados pessoais emerge no âmbito da sociedade de informação, como uma possibilidade de tutelar a personalidade do indivíduo, contra os potenciais riscos a serem causados pelo tratamento de dados pessoais. A sua função não é a de proteger os dados per se, mas a pessoa que é titular desses dados. (MENDES, 2014, p.49)

Para efetivar essa proteção, a LGPD trouxe como base legal o consentimento. É o titular dos dados que autoriza o uso, coleta, utilização, transferência, ou seja, o tratamento de seus dados pessoais, trazendo explicitamente em seu art. 7º, inciso I, que “o tratamento

de dados pessoais somente poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo titular” (BRASIL, 2018, não paginado).

A Lei 13.709/18 em seu art. 5º conceitua os termos que são utilizados em sua legislação para garantir o entendimento e a efetiva proteção dos dados pessoais, e em seu inciso XII conceitua consentimento como sendo a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018, não paginado).

Dessa forma, põe fim as situações em que ao se acessar sites, os termos de uso e políticas de privacidade nos são expostos de forma escondida, em pequenas letras ou até aceitos de forma automática. Devendo ser expostos de forma clara e objetiva, para que o usuário possa utilizar-se de seu direito em aceitar ou não a forma que o site irá utilizar seus dados.

A principal função da Lei 13.709/18 é regulamentar e garantir o modo como os dados pessoais são utilizados, e para isso trouxe alguns princípios que disciplinam esse tratamento, podendo destacar:

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

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; (BRASIL, 2018, não paginado).

Os princípios trazidos pela Lei 13.709/18 tem um grande impacto nas empresas pois “acrescem mais responsabilidade (...) em relação às suas atividades que devem ser feitas com segurança e respeitando a privacidade dos indivíduos. (...). Há uma melhora no

relacionamento entre empresa e cliente, um aumento da privacidade e segurança dos dados pessoais em qualquer lugar do mundo e também uma mudança por parte das empresas em relação à sua segurança cibernética, tratando os dados com maior seriedade.” (LEI..., 2022, não paginado).

No tratamento de dados pessoais de acordo com a LGPD, além dos princípios deve ser observado a boa-fé. Isso demonstra “o reforço de uma relação de confiança do titular para com o agente de tratamento, que deve ser provocada por este último. A boa-fé, na aplicação voltada à LGPD, se traduz como a lealdade no tratamento dos dados pessoais, ou seja, é a clareza, transparência em um tratamento justo e alinhado à expectativa do titular ante as informações sobre a operação.” (O PRINCÍPIO..., 2022, não paginado).

A LGPD deixa de forma bastante clara que os dados são exclusivos de seu portador, sempre se baseando no consentimento, onde o titular tem total autonomia sobre o tratamento de seus dados, ou seja, exclui qualquer sentido de propriedade da empresa onde estão inseridos.

Para garantir essa autonomia sobre seus dados, a LGPD em seu art. 18 estabeleceu direitos bastante específicos aos seus titulares:

Art. 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 (...)

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular (...);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. (BRASIL, 2018, não paginado).

De forma a apontar sua ampliação na proteção dados pessoais, vale destacar que a Lei 13.709/18 tratou em seções próprias, os dados pessoais sensíveis e os dados pessoais de crianças e adolescente, demonstrando que merecem proteção ainda mais específica:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

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;

(...)

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

(...)

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. (BRASIL, 2018, não paginado)

Nesse sentido, aponta Ricardo Alexandre de Oliveira (2021, p.8) que "a LGPD é uma lei que não encontra fronteiras em segmentos de negócios, tipos societários, natureza da pessoa jurídica ou qualquer coisa desse tipo. Para sua aplicação basta termos diante de nós dados pessoais, simples assim."

Dessa forma, conclui-se que a LGPD diferentemente da Lei do Marco Civil da Internet não se prende somente ao meio digital, portanto, qualquer operação de dados pessoais realizadas por terceiros, detalhadas em seu art. 5º inciso X, em meio físico ou digital, passará ao âmbito de proteção da LGPD e sujeita as sanções por ela imposta. (BRASIL, 2018, não paginado).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido a partir do seu objetivo geral de analisar como atua a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet – MCI) na proteção dos dados pessoais para resguardar o direito à privacidade de seus usuários.

Sendo acrescentado dos objetivos específicos de compreender os princípios e aspectos formais da lei em relação a proteção dos dados pessoais para que seja resguardado a privacidade de seus usuários, como também demonstrar como a Lei 13.709/18 (LGPD) pode auxiliar o MCI na proteção desses dados no âmbito da internet.

Para o seu desenvolvimento foi necessário detalhar o período, de como os dados pessoais eram tratados pelas legislações anteriores, até o momento da criação da Lei 12.965/14, abordando textos legislativos e doutrinas específicas.

Após análise do tema, nota-se o respeito à direitos fundamentais contidos na Constituição Federal, como o direito à privacidade, liberdade de expressão e sigilo de comunicação dos indivíduos abordados.

Constituído também na análise dos princípios bases da Lei 12.965/14, sendo eles a Neutralidade das redes, Liberdade de Expressão e Privacidade do Usuário que regem sua legislação.

O detalhamento do lapso temporal até sua criação, a análise do respeito a direitos fundamentais e a análise dos princípios bases da Lei 12.965/14 foram tratados no primeiro tópico com objetivo de descrever seus elementos utilizados a cumprir o proposto para sua criação, a regulamentação da internet e a proteção dos direitos de seus usuários.

Com intuito de demonstrar como ocorre a regulamentação da internet e a proteção dos direitos de seus usuários, foi inserido um subtópico, abordando os princípios e aspectos formais da Lei 12.965/14 e compreendendo sua relação na proteção dos dados pessoais com foco no direito à privacidade de seus usuários.

A partir disso, salienta de início a importância do princípio da proporcionalidade, que pondera dois ou mais princípios que estejam em conflito, impedindo que direitos resguardados pela Lei 12.965/14, como por exemplo o Direito de Liberdade de Expressão prevaleça sobre o Direito de Privacidade. Essa ponderação assegura que a Lei 12.965/14 conclua sua função de regulamentar a internet, garantindo um ambiente seguro e democrático.

Conclui-se, portanto, que para assegurar a proteção da privacidade de um indivíduo é necessário a efetiva proteção e regulamentação de outros direitos, em destaque no presente trabalho, além da ponderação do Direito de Liberdade de Expressão, o Direito à Proteção de Dados Pessoais.

A violação do direito à privacidade por meio do mau uso de dados pessoais se tornou comum no meio digital, criando a necessidade de legislação com mecanismos suficientes para a proteção efetiva dos dados pessoais.

Em continuidade no subtópico do presente trabalho, fica demonstrado o que são dados pessoais, a facilidade em sua má utilização e o porquê da necessidade de protegê-los. Ficando demonstrado a importância dos mecanismos trazidos pela Lei 12.965/14 que permitem a identificação de um usuário pondo fim a seguridade que o anonimato assegurava.

Por fim, no último tópico, é reforçada através da promulgação da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados), a importância da proteção específica dos dados pessoais, ficando demonstrado que o grande foco em relação a proteção desse direito é o seu titular, em razão dos dados estarem diretamente ligados a personalidade do indivíduo. Desse modo, foi apontado os reforços trazidos pela LGPD, ou seja, os princípios que regem sua legislação, que inovaram e ampliaram a forma como são tratados os dados pessoais e a forma como sua lei específica auxilia a Lei 12.965/14 na proteção efetiva dos dados dos usuários dentro da internet.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014**. Estabelece princípios, garantia, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. (Código Penal de 1940). **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro

de 1969. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS (6º Turma Cível). **Apelação Cível 20150710261670APC (0025509-18.2015.8.07.0007)**. Apelante: AUTO POSTO JP DERIVADOS DE PETROLEO LTDA Apelado: JOEL MIGUEL VALE DA SILVA. Relator: CARLOS RODRIGUES, Distrito Federal, 15 de março de 2017. Publicado no DJE: 18/04/2017. Pág.: 357/420). Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 08 out. 2022.

CASEMIRO, Luciana; XAVIER, Luiza. **Oi é multada em R\$ 3,5 milhões por invasão de privacidade feita por Velox**. O Globo. Publicado em 23 de jul. de 2014. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/oi-multada-em-35-milhoes-por-invasao-de-privacidade-feita-por-velox-13348505>. Acesso em: 09 out. 2022.

GOVERNO DO BRASIL. **Classificação dos Dados**. Site oficial do governo Brasileiro. Publicado em 30 de abr. de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd/classificacao-dos-dados#:~:text=Dados%20Pessoais,-A%20partir%20da&text=O%20dado%20pessoal%20%C3%A9%20aquele,ou%20indireta%2C%20da%20pessoa%20natural>. Acesso em: 29 set. 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Marco Civil da Internet e o Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação: Comentários à Lei n. 12.965/2014**. Disponível em: SARAIVA, 2015. E-book. Acesso em: 16 set. 2022.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco Civil da Internet: Comentários à Lei 12.965/14, de 23 de Abril de 2014**. Disponível em: SARAIVA, 2014. E-book. Acesso em: 10 set. 2022.

KRIEGER, Ana Luiza. **Decisão histórica: STF reconhece direito autônomo à proteção de dados**. Migalhas. Publicado em 26 de out. de 2021. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/353697/decisao-historica-stf-reconhece-direito-autonomo-a-protecao-de-dados>. Acesso em: 08 out. 2022.

LEI de proteção de dados: aprenda a se proteger na internet. Consultor Jurídico. Publicado em 11 de abr. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-11/lei-protecao-dados-aprenda-protger-internet>. Acesso em: 09 out. 2022.

MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor - Linhas gerais de um novo direito fundamental**. Disponível em: SARAIVA, 2014. E-book. Acesso em: 17 set. 2022.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**. Publicado em 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade#:~:text=A%20proporcionalidade%20tamb%C3%A9m%20%C3%A9%20utilizada,p%C3%ABablico%20e%20os%20direitos%20individuais>. Acesso em: 28 set. 2022.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. **LGPD**. Disponível em: SARAIVA, 2021. E-book. Acesso em: 09 out. 2022.

O PRINCÍPIO da boa-fé na perspectiva da privacidade e proteção de dados pessoais. Tripla. Publicado em 03 de fev. de 2022. Disponível em: <https://tripla.com.br/o-principio-da-boa-fe-na-perspectiva-da-privacidade-e-protecao-de-dados-pessoais/#:~:text=A%20boa%2Df%C3%A9%2C%20na%20aplica%C3%A7%C3%A3o,as%20informa%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20opera%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 09 out. 2022.

SOLER, Fernanda Galera. **Proteção de Dados: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD**. Disponível em: SARAIVA, 2021. E-book. Acesso em: 09 out. 2022.

A REFORMA TRABALHISTA E O EMPRESÁRIO DE SI MESMO

ETINON RAMOS DE OLIVEIRA JUNIOR:

Doutorando em Direito pela PUC - São Paulo

INTRODUÇÃO

O debate sobre a “modernização” da legislação trabalhista tem ganho bastante evidência no cenário jurídico brasileiro. Prima facie por se tratar de uma legislação apontada por muitos como antiga e “fora do seu tempo”. Se tomarmos por base, exclusivamente, o ano de sua promulgação, 1943, realmente tratava-se de um período e momento social e, principalmente, um mercado de trabalho, muito diverso do que se tem hoje.

Muitos historiadores e doutrinadores apontam que a CLT teve como influência a “Carta Del Lavoro”, de Benito Mussolini, de 1927, ou seja, ainda mais atemporal. Inúmeros, portanto, eram os pleitos de modernização da legislação.

Dentro deste cenário, foi apresentado no final de 2016, o Projeto de Lei nº 6787/2016. Este projeto vem sendo classificado como a maior mudança ocorrida no Direito Laboral, desde a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, ganhando a denominação de Reforma Trabalhista.

Por óbvio que a proposta de tais mudanças trouxeram grandes debates, com posições divergentes sobre a necessidade ou não da reformulação, sobre a retirada ou não de direitos básicos dos trabalhadores, dentre outros.

Este cenário se agrava ainda mais, diante do momento político vivido, fazendo com que qualquer discussão, por mais relevante e necessária que seja, se torne um combate do “nós contra eles” e desvirtue seu real motivo.

O que se buscará com o presente artigo é demonstrar o quanto os pensamentos do filósofo francês, Michel Foucault, trazidos para a realidade atual, se encaixam no pensamento liberal da presente reforma.

Em especial, buscará demonstrar toda a responsabilidade que se está colocando nas mãos dos trabalhadores, como agentes do próprio destino, o que se encaixa perfeitamente no conceito de “empresário de si mesmo”, descrito por Foucault.

O presente trabalho utilizará o método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas e da dialética jurídica, para o estudo do Projeto de Lei nº 6787/2016, as características deste projeto, os pensamentos de Foucault a respeito do “empresário de si mesmo” dentro de

um conceito de governamentalidade, culminando nas características que a reforma trabalhista têm em comum com o pensamento Foucaultiano.

2 A REFORMA TRABALHISTA

As reformas propostas pelo atual Presidente República, Michel Temer, têm sido uma das suas bandeiras desde que assumiu o país. Dentre estas reformas, destaca-se, juridicamente, a reforma trabalhista.

A princípio, na proposta enviada pelo governo, tratava-se de uma reforma simples, baseada na flexibilização da legislação alicerçada pelos instrumentos coletivos, que são acordos entre sindicatos de trabalhadores e empresas (acordos coletivos) ou sindicatos de trabalhadores e sindicatos de empregadores (convenção coletiva), dando força a eles e assim, valorizando o negociado sobre o legislado.

Inicialmente o projeto previa a alteração de, em média, 7 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, no projeto aprovado na Câmara dos Deputados, seriam aproximadamente 100 alterações, acrescentadas pelo relator do projeto na Câmara dos Deputados, o Deputado Rogério Marinho.

Indubitavelmente, todas estas mudanças trouxeram grandes discussões, tanto políticas, quanto na própria sociedade. Existem várias mudanças importantes e necessárias, porém, a forma como foram propostas e a velocidade com que foram aprovadas fez com que muitos temessem as reformas.

Em um país totalmente dividido, no famoso: “nós contra eles”, onde parece existir apenas dois lados e que toda a população, necessariamente, tem que estar em um desses lados, não poderia ser diferente com as reformas.

O país se dividiu entre aqueles que são contra a reforma trabalhista, sob o ponto de vista principalmente de precarização do trabalho, que tais reformas seriam *in totum* prejudiciais aos trabalhadores, não havendo um ponto sequer favorável. Também tiraria a proteção dada ao trabalhador pelo sindicato, mas este tópico será tratado melhor mais a frente.

De outro lado, aqueles que são a favor da reforma, como uma oportunidade de modernização da legislação trabalhista. Alegam que a realidade mudou e que não pode mais uma lei de 1943 reger as relações de trabalho, sendo necessária uma modernização, trazida pela nova legislação. Outro grande ponto abordado são as indefinições do judiciário, com decisões contraditórias, que serão sanadas no novo texto.

Sem dúvida uma das maiores discussões, e que geraram o maior número de protestos, são as mudanças que atingem de forma direta e indireta os sindicatos. Para a maioria dos sindicalistas, há uma tentativa de enfraquecer o movimento sindical, principalmente com a retirada da contribuição obrigatória. Veja abaixo, a diferença entre o texto em vigor hoje, no artigo 545 da CLT, e como ficará, caso seja aprovado no Senado.

Hoje o texto se encontra com previsão de desconto obrigatório na folha de pagamento do trabalhador, senão veja:

Art. 545 - Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades. 55

Com a nova proposta, o trabalhador teria que autorizar o desconto para que ele ocorra, *in verbis*:

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados. 56

Sem dúvida este é o ponto que mais discussão gerou, seja de forma pública, seja nos bastidores políticos, uma vez que os movimentos sindicais começaram movimentos de greves gerais no país, o que não se via desde 1996.

Os sindicatos alegam que este enfraquecimento, que a princípio poderia ser encarado apenas direcionado aos sindicatos, na verdade replicaria também nos trabalhadores, uma vez que sem dinheiros para se manter, os sindicatos não conseguiriam exercer seu papel de defender os trabalhadores.

Por outro lado, aqueles que são favoráveis se baseiam no ponto que a contribuição compulsória existe em poucos países e de pouca expressão, como o Equador, enquanto em países desenvolvidos como os europeus, não existe a obrigatoriedade.

55 BRASIL. Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08/07/2017.

56 BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 08/07/2017.

Fernanda Garcez Lopes de Souza escreveu, antes mesmo desta discussão, sobre a importância da mudança da estrutura sindical brasileira:

Nesse caso, necessários novos modelos sindicais, totalmente livres, com ampla competência negocial, abertos não só às questões do trabalho, mas também a outras, com as quais guarda proximidade. Essa reforma, no Brasil, induziria à imediata reforma da constituição, dela retirando as travas que os sindicatos brasileiros hoje têm para negociar: 1) o monopólio territorial – um sindicato apenas para cada base territorial, a partir do município (art. 8º, II); 2) a contribuição sindical compulsória (art. 8º, IV) e 3) o Dissídio Coletivo (art. 114, § 2º). Sendo livres, os sindicatos se estabelecerão na base territorial que desejarem, subsistirão dos meios que seus associados fornecerem e terão capacidade de negociar por si mesmos, e não pelo Estado, através da Justiça do Trabalho.⁵⁷

Outro ponto muito explorado por aqueles que defendem a reforma, é o fato de que, se por um lado o sindicato perderá a contribuição compulsória, por outro lado, ganhará um protagonismo ainda maior, principalmente pela mudança onde se sobreporá o negociado sobre o legislado, sendo o poder de negociar, do sindicato.

Veja a redação proposta para o novo artigo 611-A, que pretende trazer a inovação do negociado sobre o legislado:

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; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;⁵⁸

57SOUZA, Fernanda Garcez Lopes de. **Flexibilização no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.professornilson.com.br/Downloads/Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20no%20Direito%20do%20Trabalho.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

58 BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <

Como se pode verificar, há previsão de um rol, desta vez, a princípio, taxativo, uma vez que a previsão no *caput* de que seria “exclusivamente”, de 29 itens que não poderão, caso seja aprovada a reforma, ser flexibilizado através de negociação coletiva.

Dentre este rol é possível verificar e acabar com vários mitos que foram divulgados como direitos que seriam “extintos” com a nova reforma, como por exemplo, décimo terceiro salário, seguro-desemprego, licença maternidade, férias, dentre outros. Estes direitos não poderão ser retirados, nem mesmo alterados, uma vez que a própria reforma prevê sua proteção.

Como se pode verificar, a reforma traz alterações substanciais, e não se conseguirá em um simples trabalho como este analisar todas elas, até porque, não é esta a principal finalidade deste trabalho, mas é de suma importância que se possa entender a amplitude das mudanças propostas, bem como, identificar aquelas mais expressivas e, ao mesmo tempo, polemicas.

Ao mesmo tempo, desmistificar alguns mitos que foram criados, para que a análise da reforma seja feita dentro da realidade do texto apresentado, com tudo aquilo que tem de bom e de ruim, mas sem as desconstruções trazidas por ambos os lados na tentativa de confundir aqueles que não aprofundam o conhecimento sobre o tema.

3 O EMPRESÁRIO DE SI MESMO

O filósofo francês, Michel Foucault, que nasceu em Paris, em 1926, ficando muito conhecido por suas teorias sobre poder e conhecimento, principalmente ao tratar de biopolítica e biopoder. Ao mesmo tempo, traçava um paralelo com o mundo moderno e as mudanças que ele trazia. Muitos apontam como seu auge as obras oriundas do Collège de France nos anos de 1976 a 1979.

Uma de suas teorias vem sendo muito debatidas nos dias de hoje, trata-se do “empresário de si mesmo”, uma crítica derivada do *homo economicus*, que modifica suas práticas, de parceiro de troca, para se tornar empresário, nas palavras de Foucault:

O *homo economicus* é um empresário, e um empresário de si mesmo. Essa coisa é tão verdadeira que, praticamente, o objeto de todas as análises que fazem os neoliberais será substituir, a cada instante, o *homo economicus* parceiro da troca por um *homo*

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 08/07/2017.

economicus empresário de si mesmo, sendo ele próprio seu capital, sendo para si mesmo a fonte de sua renda. 59

Por óbvio, o raciocínio trazido por Foucault na década de 70, era baseado em uma sociedade diferente da que se vivencia nos dias de hoje. Quando da obra do autor, o que havia era uma modificação do comportamento dos homens, o chamado “homo economicus” advindo do liberalismo se torna refém em busca do seu próprio capital, da sua própria renda, se tornando um empresário de si mesmo.

Este sujeito econômico, segundo Foucault, é fruto de um processo mais complexo, que ele se dedicou a estudar, o que ele chama de governamentalidade. Esta pode ser classificada como o processo histórico do poder dos governos ou de um governo específico. Foucault, porém, direcionou seus estudos para o estudo do poder no ocidente, com grande influência liberal.

O resultado do homo economicus de hoje, seria, portanto, resultado de um processo de poder exercido pelo governo, é o que o próprio Foucault traz em sua obra “Nacimiento de la biopolítica”:

E isso também significa que se o indivíduo vai chegar a ser governamentalizado, se vai poder ter influxo sobre ele, será na medida e somente na medida em que é homo oeconomicus. O homo oeconomicus é a interface do governo e o indivíduo. E isto não quer dizer em absoluto que todo o indivíduo, todo o sujeito, seja um homem econômico.⁶⁰

Ora, siga o raciocínio deixado como pegadas pelo autor. O indivíduo sofre total influencia e seus atos estão ligados ao tipo de governo que recebe. O governo, exercendo sua governamentalidade, transforma o homem em “homo economicus”, que nesta posição poderá exercer as atividades que o Estado espera dele.

O empresário de si mesmo é, portanto, uma variação do “homo economicus”, uma forma mais moderna deste, fazendo com que o homem, além de ser economicamente viável para o Estado, é agora, também, empresário de si mesmo, continuando sendo

59 FOUCAULT, Michel. Sécurité, territoire, population. Paris: Gallimard Seuil, 2004. Disponível em: <<http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/mia/shared/mia/cours/IA023/Week%205/Foucault%2c%20Securite%2c%20territoire%2c%20population.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

60 FOUCAULT, Michel. Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collège de France: 1978-1979. Disponível em: <<http://www.inau.gub.uy/biblioteca/seminario/nacimiento%20biopolitica.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

economicamente interessante ao governo, mas trazendo várias novas características positivas.

Vários autores tem se dedicado a escrever sobre este fenômeno, dentre eles, é possível destacar o professor Pablo López Álvarez, titular da Universidad Complutense de Madri, especialista em história da filosofia moderna, que destaca esta mudança do homo economicus em empresário de si mesmo:

Además de la reconsideración de la fuerza de trabajo que supone, interesa a Foucault subrayar el modo en que la teoría del capital humano entronca con la centralidad de la noción de empresa en el neoliberalismo alemán: también en los términos de la teoría del capital humano, el análisis económico coloca como elemento de inteligibilidad de los procesos políticos, económicos y sociales no ya al individuo, sino a la empresa. El homo oeconomicus del liberalismo clásico, comprendido en su relación con la búsqueda de la utilidad, las necesidades y el intercambio, es ahora un hombre que se constituye en su propio capital, su propia fuente de ingresos. Se ha vuelto, por tanto, un empresario, y, más concretamente, «un empresario de sí mismo» (Foucault, 2007, 264). Como ya ocurría en el modelo alemán, pero de una manera más radical, no se trata ya solamente de que el individuo inscriba su existencia en el marco de empresas diversas, en el que su acción adquiere sentido, sino también de que «la vida misma del individuo –incluida la relación, por ejemplo, con su propiedad privada, su familia, su pareja, la relación con sus seguros, su jubilación– lo convierta en una suerte de empresa permanente y múltiple.⁶¹

Hoje a realidade do empresário de si mesmo não se limita apenas a uma mudança de uma comunidade baseada na troca de produtos para uma nova sociedade, econômica e empresarial. Este conceito se ampliou muito e a cada dia surgem mais variações deste empresariamento dos indivíduos, que sequer poderiam ser previstos quando da teoria apresentada por Michel Foucault.

Existe uma nova ordem, na qual busca-se, através do biopoder e da governamentalidade, convencer os indivíduos de que devem eles mesmos tomar as rédeas de suas vidas. “Nessa nova ordem, criam-se as condições de possibilidade para o

61 ÁLVAREZ, Pablo López. Biopolitics, liberalism and neoliberalism: political action and management of life in the late Foucault. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/14099/1/BIOPOLITICA_Pablo_L%C3%B3pez_%C3%81lvarez.pdf>. Acesso em: 08/07/2017.

gerenciamento dos sujeitos, tornando-os autônomos e empresários de si mesmos, bem como para a reconfiguração do papel do Estado.”⁶²

A princípio, poderia parecer apenas uma medida liberal e positiva dos governos, dando aos seus cidadãos o direito de serem livres, de serem donos do seu próprio destino, exercerem suas escolhas por si mesmos, porém, para aqueles que se dedicam a estudar a biopolítica e o biopoder, esta é apenas uma maneira do Estado tirar de si as responsabilidades sociais com os indivíduos, devolvendo a eles esta obrigação, convencendo-os de que eles são livres e capazes, não dependendo mais do Estado para lhes dar subsídios.

Quanto maior for a individualidade do cidadão, menos ele necessitará do Estado. O neoliberalismo teria, portanto, uma característica de capacitar seu povo, para torná-los livres e capazes, e cada vez menos dependentes do governo.

Ora, não parece ser ruim a ideia de pessoas cada dia menos dependentes do governo. Dentro de uma análise mais ampla, e menos parcial, há benefícios nesta independência, bem como, na capacitação e “empoderamento” do cidadão.

Há que se fazer uma reflexão, entre os pontos positivos e negativos trazidos por essa nova forma de governo. Há, sem dúvida, um investimento maior na capacitação do cidadão, principalmente pelo setor privado, o que muitos têm dado o nome de “capital humano”. Ao mesmo tempo, tornar o cidadão, dono do seu próprio destino, retira do governo, várias obrigações para com estas pessoas, que até então, eram suas.

O autor Daniel Salésio Vandresen, escreveu de forma simples e clara, as vértices existentes nesta relação:

Nesta sociedade que se caracteriza como neoliberal, observa-se a prioridade na formação de um Capital Humano (competências e habilidades que um indivíduo tem de produzir renda) para o mercado de trabalho, sendo a educação um elemento estratégico de legitimação de sua governamentalidade. A educação passa a ser valorizada e investida pelo indivíduo, pelas empresas e pelo Estado, com vista a melhorar este capital humano. A busca pela permanente atualização deste capital torna o indivíduo sujeito pelos interesses econômicos, ou seja, seduzido pelos seus estímulos o indivíduo

⁶² SANTOS, Iolanda Universina Montano dos ; KLAUS, V. . O imperativo da inclusão e o sujeito empresário de si na contemporaneidade. *Pedagogia y Saberes*, v. 1, p. 5-124, 2013. Disponível em: <<http://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/PYS/article/viewFile/2135/2028>>. Acesso em: 08/07/2017.

direciona sua vida para escolhas e desejos que ele não fez, já foram estabelecidos por outros. A constituição deste capital humano leva a formação de indivíduos competitivos, movidas pela concorrência. O que torna as relações humanas comercializadas e as relações sociais frágeis. Essa reflexão tem como fundamentação os conceitos de biopoder, biopolítica, capital humano e governamentalidade do filósofo Michel Foucault.⁶³

Para darmos realidade as *benesses* do governo com essa nova filosofia do empresário de si mesmo, é possível utilizar o exemplo mais latente, o do direito à saúde. É indubitável que todos os cidadãos têm direito a saúde, trata-se de um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal.

Ao trazer a ideia do empresariamento de si mesmo, o governo trouxe junto à ideia de que os planos de saúde são uma conquista para o cidadão. O indivíduo que consegue dar a sua família um bom plano de saúde está garantindo um ótimo atendimento, nos melhores hospitais, de maneira efetiva e imediata, logo, está cumprindo sua função com a sua família.

Neste contexto, pouco importa a obrigação constitucional do Estado em oferecer este direito. Tanto é verdade, que até mesmo no Sistema Único de Saúde, conhecido popularmente como SUS, o governo tem se reservado no direito de, caso saiba que o cidadão possui um plano de saúde, cobrar daquele plano, e conseqüentemente do próprio cidadão, que em regra paga uma coparticipação, por um direito que a própria constituição lhe garante, quer seja, a Saúde.

Ocorre que as hipóteses de utilização do indivíduo como empresário de si mesmo não se limitou ao campo público, mas também chegou ao campo privado. É cada vez mais comum encontrar exemplos de incentivos para que o cliente faça aquilo que seria dever da própria empresa, com uma forte campanha do “você é capaz”.

Um dos grandes exemplos da utilização deste poder são os bancos. Diariamente encontra-se nas propagandas a venda do ideal “faça você mesmo”, com a ideia de que você não precisa mais ir até o banco para resolver seus problemas, você não precisa mais ir até o caixa para sacar seu dinheiro, você não precisa mais falar com uma pessoa no banco para resolver seus problemas.

Por óbvio que existe todo um interesse financeiro nisso. O banco, como toda instituição privada, busca o lucro (e tem todo o direito de buscar), e dentro dos seus

63 VANDRESEN, Daniel Salésio. Educação e neoliberalismo: análise aproximativa da formação de um capital humano. Disponível em: <<http://cac-php.unioeste.br/eventos/iisimposioeducacao/anais/trabalhos/63.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

maiores gastos estão aqueles decorrentes da sua folha de pagamento, ou seja, dos trabalhadores que possuem. Quanto menos pessoas se direcionam ao banco, quanto mais pessoas se “autoatendem”, menos pessoas são necessárias no banco, menor será seu custo com folha de pagamento.

Frise-se, novamente, que há vários benefícios na filosofia do empresário de si mesmo, como a capacitação, a preocupação com a formação das pessoas, a inclusão e outros. Porém, há que ser estudado de forma ampla e imparcial o tema, para que se verifiquem os reais impactos deste novo modelo, na sociedade atual.

4 O EMPRESÁRIO DE SI MESMO NA REFORMA TRABALHISTA

Apesar da necessária contextualização sobre a reforma trabalhista proposta pelo Projeto de Lei nº 6787/2016, bem como, da superficial análise dos estudos de Michel Foucault, em relação as suas análises de biopoder e biopolítica através da governamentalidade, e principalmente a criação do empresário de si mesmo. O verdadeiro objetivo deste estudo é apresentar o quanto existe da filosofia do empresário de si mesmo, na reforma trabalhista em tramitação no Senado Federal.

Como já apontado acima, a reforma trouxe consigo uma quantidade enorme de polêmica, seja pelo próprio cenário político conturbado, seja pela própria desinformação, ou mesmo pela utilização dos famosos sistemas de biopoder e biopolítica, pelo governo e por aqueles que lutam contra a reforma, utilizando a resistência.

Talvez por estes motivos, pouco tem sido discutido o próprio texto da reforma, havendo um debate apenas pobre e raso, baseado em conceitos maximizados, de um lado o da precarização do trabalho, eivado de heresias, como o fim de alguns direitos garantidos pela própria reforma. De outro lado, pouco debate acerca da reforma, com uma aprovação vertiginosa, sem debates mais aprofundados.

Por todos estes motivos, e talvez por outros, poucos se debruçaram sobre uma análise mais minuciosa do próprio texto. Em uma destas análises, é possível verificar na reforma, uma alta dose de empresariamento do trabalhador.

Inicialmente, cabe ressaltar que mudanças são salutares, e o fato de se buscar trazer as leis trabalhistas para uma realidade atual pode ser louvável. A professora Mariângela de Oliveira Guaspari, destaca a importância de se dar contemporaneidade as leis:

É inegável que o ordenamento jurídico não pode ser estático e deve acompanhar as transformações sociais, culturais e econômicas de cada país. O direito nasce dos fatos e, na medida em que eles se

alteram, deve compatibilizar-se com as necessidades da sociedade. Esse dinamismo do ordenamento jurídico é benéfico, pois demonstra a busca do homem pelo aperfeiçoamento. Contudo, é notório, também, que estamos vivendo uma onda reformista, em nome da efetividade, que vem solapando dogmas jurídicos relativos à dignidade do trabalhador.⁶⁴

Não caberá a este estudo, posicionar-se sobre a necessidade de uma mudança legislativa para que se possa atualizar uma lei, ou se apenas bastaria que o aplicador do direito levasse em considerações essas mudanças em sua decisão.

O fato é que, a proposta de mudança de parte da legislação trabalhista, veio também recheada de políticas liberais, como a livre iniciativa, a intervenção mínima do Estado e ,como já dito, o empresariamento de si mesmo.

O primeiro exemplo onde pode-se encontrar o empresário de si mesmo no texto da reforma trabalhistas é na proposta de mudança do artigo 59, em seu § 5º onde se tem a previsão de que "O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses."⁶⁵.

Chama atenção a proposta, uma vez que o banco de horas, desde a sua instituição, em 2001, através do acréscimo do §2º no artigo 59, vem sendo discutido seus limites. Tendo sido pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 85, que o banco de horas não pode ser firmado através de acordo individual entre trabalhador e empresa, mas tão somente através de negociação coletiva.

Tal preocupação, segundo o Tribunal, se dava à complexidade do instrumento e das consequências do mesmo, uma vez que a compensação da jornada de trabalho poderia ocorrer em até um ano, sendo necessária uma boa negociação do instrumento entre as partes.

Dar a o trabalhador a liberdade de pactuar sobre o banco de horas é o primeiro passo para transforma-lo em empresário de si, trazendo para ele a responsabilidade de, através de acordos individuais, pactuar novos limites para o seu contrato de trabalho.

64 Guaspari, Mariângela de Oliveira. Reforma Trabalhista: Uma Visão Crítica. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/240907.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

65 BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 08/07/2017.

Outra parte que traz consigo, claramente, uma grande carga do empresariamento de si mesmo, é a vedação de que o profissional que firma contrato de autônomo, de livre e espontânea vontade, dentro das formalidades legais, não poderá gerar vínculo empregatício posteriormente: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”⁶⁶.

Este tópico, talvez, seja a que melhor traduz o conceito, pois, atua em duas frentes do empresário de si mesmo, primeiramente na parte da economia, que já vem estudando esse fenômeno, onde cada dia mais as pessoas são influenciadas a serem “donas do seu próprio negócio”. Em um segundo aspecto, o do próprio trabalhador, que uma vez optado pela opção de contratar como profissional autônomo, não poderá requer vínculo empregatício, tendo, portando, toda a responsabilidade em suas mãos.

Sem dúvida, a parte que o trabalhador receberá o poder de tomar as decisões, ou de ser empresário de si mesmo, é na jornada de trabalho. Há na proposta vários tópicos em que o trabalhador poderá, através de acordo individual, autorizar variações em sua jornada.

O primeiro a ser tratado é uma novidade na legislação, quer seja, o trabalho intermitente, que consiste em permitir que o trabalhador possa prestar serviços sem uma jornada fixa, recebendo apenas pelas horas trabalhadas, *in verbis*:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, **ou para prestação de trabalho intermitente**.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.⁶⁷

⁶⁶ Ibidem. Acesso em: 08/07/2017.

⁶⁷ BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 08/07/2017.

Além de ser uma novidade na legislação trabalhista, e poder ser negociado através de contrato individual de trabalho, o trabalho intermitente se aproxima muito do trabalhador autônomo, com a diferença que, apesar de trabalhar por hora, e sem a garantia de uma jornada mínima, estas horas serão computadas mensalmente para o recebimento de todos os direitos trabalhistas de um trabalhador com jornada comum.

O legislador, mais à frente na proposta, no artigo 452-A, teceu um pouco mais de detalhes e um pouco mais de responsabilidade sobre o trabalhador que opte por trabalhar de forma intermitente:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.⁶⁸

São várias as responsabilidades que serão assumidas pelo trabalhador em regime intermitente, dentre elas a obrigação de resposta ao empregador, quanto a sua proposta em até um dia útil. Outra obrigação é a de que, uma vez aceita a proposta, compareça para o trabalho, sob pena de ter que pagar ao empregador, em até 30 dias, uma multa de 50% da remuneração que seria devida. Apesar de não se tratarem de nenhum absurdo, é uma mudança radical nas formas de contratações, trazendo cada vez mais responsabilidades ao trabalhador, o que não era usual.

Mais improvável ainda é a possibilidade que este trabalhador, que deixa de comparecer ao local de trabalho, possa ter que indenizar o seu empregador com uma

⁶⁸ Ibidem. Acesso em: 08/07/2017.

multa, algo que se encontra em raríssimas hipóteses das leis trabalhistas, e caso seja aprovada, quebrará um paradigma de que não se pode “pagar para trabalhar”.

Todas estas mudanças são expressivas e trazem uma grande gama de responsabilidades para os trabalhadores, claramente dentro da filosofia foucaultiana do empresariamento de si mesmo. Porém, nenhuma destas mudanças é tão significativa quanto as hipóteses de hiperssuficiência do trabalhador.

Uma das mais criticadas mudanças da reforma traz uma nova figura no Direito do Trabalho, o hiperssuficiente. Aquele que pelo seu nível de formação e pela sua alta remuneração, seria tratado com regras distintas e teria o poder de transacionar de forma direta com o empregador, uma vez que se presume, por sua posição, ter plenas condições de fazê-lo.

Para melhor interpretação do hiperssuficiente trazido pela reforma, é preciso inicialmente entender que no Direitos do Trabalho, o trabalhador é presumidamente hiperssuficiente. Esta hiperssuficiência aparece de várias formas no processo, seja na gratuidade judiciária também presumida, mesmo se comprovado possuir emprego, seja na não necessidade de pagamento de depósito recursal como preparo do recurso, o que é devido para o empregador, seja no não pagamento de honorários periciais, mesmo quando a perícia é contrária e com pedidos absurdos.

Sem dúvida, essa hiperssuficiência presumida, aliada aos casos concretos derivados dos exemplos acima, trouxeram uma nova proposta na reforma, de criar um rol de hiperssuficientes, sobre os quais não se poderá presumir a hiperssuficiência. Por outro lado, também ganhará esses trabalhadores um grande poder de decisão sobre seu próprio contrato de trabalho, sendo dono do seu próprio destino.

O primeiro caso em que se encontra esta hipótese é na proposta do artigo 444, que trata da possibilidade de ser o contrato objeto de livre estipulação entre as partes, ou seja, em comum acordo, poderiam as partes mudar as bases da relação contratual inicial. O *caput* do artigo em si, não mudou, mas apenas a incrementação do parágrafo único, que prevê que no caso dos trabalhadores “portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” aplicar-se as hipóteses do artigo 611-A, *in verbis*.

Art. 444. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a

duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.⁶⁹

Sem dúvida esta é uma das maiores responsabilidades que o trabalhador receberá com a reforma. O que o texto da possível nova lei quer dizer é que, se o trabalhador for portador de diploma de nível superior e receber mais que duas vezes o valor de benefício da previdência, tudo aquilo que ele pactuar com seu empregador terá força de negociação coletiva, sobrepondo-se, inclusive sobre a lei, pois é isto que prevê o artigo 611-A, nestes termos: "A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...)"⁷⁰.

Mais uma vez buscou o legislador dar ao trabalhador o poder de negociar o próprio contrato com seu empregador, sendo que no caso daqueles que estão sendo classificados como hiperssuficientes, este poder é tão grande que o pactuado poderá se sobrepor sobre a própria lei.

Outra hipótese em que se trouxe a figura do trabalhador hiperssuficiente foi o artigo 507-A, com uma inovação inesperada, onde possibilitará que estes trabalhadores com curso superior e altos salários, possam pactuar cláusula de arbitragem, *in verbis*:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.⁷¹

Os critérios são os mesmos, possuir curso superior e renda superior a duas vezes o limite da previdência, caracterizando o que vem sendo chamado de hipersuficiência, porém, nunca existiu qualquer hipótese, sequer ventilada, de existir arbitragem no Direito do Trabalho.

Ocorre que, ao mesmo tempo, é dado ao trabalhador uma alta carga de responsabilidade e poder sobre o seu contrato de trabalho, principalmente a esta nova categoria de hipersuficiente. Sem dúvida, uma hipótese moderna do empresário de si mesmo de Foucault dentro das relações de trabalho.

69 Ibidem. Acesso em: 08/07/2017.

70 Ibidem. Acesso em: 08/07/2017.

71 Ibidem. Acesso em: 08/07/2017.

Não tem a finalidade, este estudo, de tomar uma posição sobre o quanto de bom e de ruim traz este empresariamento de si mesmo nas relações de trabalho promovidas pelo projeto de lei 6787/2016, mas sim, demonstrar que as ideias básicas trazidas por Michel Foucault, apesar de precisarem ser interpretadas de maneira contemporâneas, estão presentes nos dias atuais, sobretudo, o empresário de si mesmo, tão comum nos dias de hoje nas relações consumerista e nas relações com o Estado, como se pode ver, estão presentes também nas relações de trabalho.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que as mudanças trazidas pela reforma trabalhista são bastante expressivas. A mudanças de mais de cem artigos de um código, de uma só vez, causa temor em muitos operadores do direito.

Agrave-se o fato acima, com um cenário político totalmente devastado, com denúncias e descobertas de corrupção diária, envolvendo grandes autoridades, principalmente do legislativo e executivo.

Todos estes fatos, juntamente com a ausência de uma discussão mais aprofundada, fizeram com que o debate fosse esvaziado, pairando apenas um discurso de “nós contra eles” e, de um lado, os representantes dos trabalhadores, sustentando que haverá a precarização do trabalho e o desemprego, e de outro, a classe empresária, dizendo que sem estas reformas a classe não conseguirá se manter, pois, segundo eles, temos um judiciário totalmente protecionista.

Sem tomar partido nesta discussão, fato é que a reforma trouxe vários pontos inovadores em suas mudanças. Analisando de forma pormenorizada, identifica-se algumas características liberais na nova lei, baseada na livre iniciativa, na valorização do contrato entre as partes e da livre negociação.

Dentre essas inovações, chama a atenção uma teoria trazida por Foucault, em sua obra, quer seja, “o empresário de si mesmo”. Para Foucault, o homem econômico, quando migra de um sistema de troca, até então existente, para um sistema de compra e venda, sendo convencido de que é melhor ser um “empresário”, está sendo induzido por meio do que ele denomina governamentalidade, a ser um empresário de si mesmo.

Por óbvio este empresário de si mesmo se modernizou, e podemos encontrar ele em várias outros exemplos, cada vez mais real. Um ótimo exemplo, na própria iniciativa privada, são as propagandas, cada dia maiores, induzindo o consumidor a ser “empresário de si mesmo”, fazendo o trabalho do banco por exemplo, se autoatendendo, utilizando aplicativo, caixas eletrônicos, e diminuindo cada vez mais o trabalho do próprio banco.

Da mesma forma, é possível perceber tais características do “empresário de si mesmo” na reforma trabalhista, em vários artigos. Porém, o principal dele, nos parece ser a criação de uma figura do “hipersuficiente”, definido como aquele que recebe mais do que dois tetos da previdência social e possui curso superior. Por ser considerado “hipersuficiente” este trabalhador receberá grandes responsabilidades, diferentes dos demais, tais como, poder estabelecer cláusula de arbitragem, pactuar livremente sobre seu contrato de trabalho, pactos estes que podem, inclusive, se sobrepor à lei.

Pode-se concluir, portanto, que os conceitos de Michel Foucault são cada vez mais atuais. Seus ensinamentos de biopoder, biopolítica, governamentalidade, e em especial, do “empresário de si mesmo”, podem ser totalmente identificados no cenário atual do país.

Na reforma trabalhista, especificamente, existem vários pontos em que se pode identificar este “empresariamento de si mesmo”, atribuindo ao trabalhador uma responsabilidade cada vez maior dentro da relação de trabalho, através de um novo modelo de ativismo e protagonismo do trabalhador, fazendo com que eles sejam, cada dia mais, agentes do próprio destino, empresários de si mesmos.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Pablo López. Biopolitics, liberalism and neoliberalism: political action and management of life in the late Foucault. Disponível em: < http://eprints.ucm.es/14099/1/BIOPOLITICA_Pablo_L%C3%B3pez_%C3%81lvarez.pdf>. Acesso em: 08/07/2017.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08/07/2017.

BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 08/07/2017.

BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 08/07/2017.

BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&file name=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 08/07/2017.

BRASIL. Poder Executivo. Projeto de Lei 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550864&file name=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 08/07/2017.

FOUCAULT, Michel. Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collège de France: 1978-1979. Disponível em: <
<http://www.inau.gub.uy/biblioteca/seminario/nacimiento%20biopolitica.pdf> >. Acesso em: 08/07/2017.

FOUCAULT, Michel. Sécurité, territoire, population. Paris: Gallimard Seuil, 2004. Disponível em:
<<http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/mia/shared/mia/cours/IA023/Week%205/Foucault%2c%20Securite%2c%20territoire%2c%20population.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

GUASPARI, Mariângela de Oliveira. Reforma Trabalhista: Uma Visão Crítica. Disponível em: <
<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/240907.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

SANTOS, Iolanda Universina Montano dos ; KLAUS, V. . O imperativo da inclusão e o sujeito empresário de si na contemporaneidade. Pedagogia y Saberes, v. 1, p. 5-124, 2013. Disponível em: <
<http://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/PYS/article/viewFile/2135/2028>>. Acesso em: 08/07/2017.

SOUZA, Fernanda Garcez Lopes de. **Flexibilização no Direito do Trabalho**. Disponível em: <
<http://www.professornilson.com.br/Downloads/Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20no%20Direito%20do%20Trabalho.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

VANDRESEN, Daniel Salésio. Educação e neoliberalismo: análise aproximativa da formação de um capital humano. Disponível em: <
<http://cac- php.unioeste.br/eventos/iisimposioeducacao/anais/trabalhos/63.pdf>>. Acesso em: 08/07/2017.

A POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA

ISADORA TAVARES BEZERRA:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a possibilidade de retratação da vítima de violência doméstica e familiar sob o bojo da Lei Maria da Penha. O objetivo geral é analisar a retratação da vítima na Lei Maria da Penha mediante os novos parâmetros definidos pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Quanto aos objetivos específicos tem-se, apontar os índices de violência contra a mulher no Brasil, abordar os aspectos gerais envolvendo a Lei Maria da Penha como a sua contextualização histórica e investigar a dicotomia entre legislação e jurisprudência sobre a possibilidade de retratação da vítima. Utiliza-se o método dedutivo, com técnica exploratória bibliográfica. Em relação aos resultados, verifica-se que há um confronto entre a atualização da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça e o imposto na Lei Maria da Penha. Portanto, é possível a retratação da vítima, porém, a audiência de retratação apenas será exigível na hipótese em que a mulher manifestar interesse pela retração ou houverem indícios nesse intuito no bojo processual.

Palavras-chave: Audiência; Lei Maria da Penha; Mulher; Violência; Retratação.

ABSTRACT: The approach of the present work is based on the analysis of the possibility of retraction of the victim of domestic and family violence under the Maria da Penha Law. The general objective is to analyze the victim's retraction in the Maria da Penha Law through the new parameters defined by the jurisprudence of the Brazilian Courts. As for the specific objective, one has to point out the rates of violence against women in Brazil, to address the general aspects involving the Maria da Penha Law as its historical context and to investigate the dichotomy between legislation and jurisprudence on the possibility of recanting the victim. The research problem encompasses the divergence between legislation and jurisprudence on the possibility of retraction of women victims of domestic and family violence. The deductive method is used, with a bibliographic exploratory technique. In relation to the results, it appears that there is a confrontation between the update of the matter by the Superior Court of Justice and the tax in the Maria da Penha Law. Therefore, the victim's retraction is possible, however, the retraction hearing will only be required in the event that the woman expresses interest in the retraction or there are indications to that effect in the procedural context.

Keywords: Audience; Maria da Penha Law; Women; Violence; Retraction

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL. 3 ASPECTOS JURÍDICOS DA LEI MARIA DA PENHA. 4 ANÁLISE DA RETRATAÇÃO DA VÍTIMA NA LEI MARIA DA PENHA ANTE AO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAIS BRASILEIROS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O foco do trabalho é investigar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, na atual circunstância do ordenamento brasileiro, analisando o embate entre doutrina e jurisprudência relativo a retratação da vítima. A Lei 11.340/2006 batizada de Lei Maria da Penha foi editada pelo legislador brasileiro para coibir a violência contra a mulher no Brasil, perante o âmbito doméstico e familiar, tendo em conta que a legislação era omissa quanto a punição dos agressores.

Pode-se destacar que a possibilidade de retratação da vítima na Lei Maria da Penha é atrelada ao um contexto de muitos debates, sendo dúvida recorrente, já que a Lei Maria da Penha tem procedimento próprio no que corresponde a possibilidade de retratação da vítima ao disciplinar em seu artigo 16 que apenas será admitida renúncia à representação perante ao juiz por meio de audiência.

A problemática do estudo está sustentada pela divergência entre o previsto na Lei Maria da Penha ao disciplinar em seu artigo 16 que apenas será admitida renúncia à representação perante ao juiz por meio de audiência e a decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.946.824/SP (no informativo 743) firmando o entendimento que a realização de audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha somente é necessária se a vítima manifestar o interesse em desistir da representação, anteriormente ao recebimento da denúncia.

Vale destacar que até o julgamento do Recurso Especial 1.946.824/SP, a depender do crime e o enquadramento do tipo penal (ação penal), a mulher poderia se retratar, mas com ocorrência da realização de audiência para analisar o fato.

Desse modo, se vislumbra que há um paradoxo criado pela jurisprudência que pode ir em desencontro com a Lei Maria da Penha, a respeito da vontade de retratação da vítima. O motivo que ensejou a escolha do tema do respectivo estudo consiste em compreender a razão pela qual muitas vítimas se retratarem da violência sofrida. Também se faz necessário compreender como está ocorrendo a aplicação da Lei 11.340/2006, pois muitas mulheres já sofreram e ainda sofrem violência doméstica e familiar, e tem receio de procurarem as autoridades para reivindicar seus direitos pelo medo de serem desacreditadas ou sofrerem mais humilhações.

Assim, como objetivo geral, o trabalho analisará a possibilidade de retratação da vítima na Lei Maria da Penha mediante os novos parâmetros definidos pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

Essa pesquisa utiliza-se a metodologia do trabalho jurídico que é “voltada às instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico” (BITTAR, 2015, p. 53).

O método é o dedutivo que “corresponde a extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas” (BITTAR, 2015, p. 34). Procedendo do geral para o particular (BITTAR, 2015, p. 34). A técnica utilizada é exploratória bibliográfica.

De modo a resolver a problemática, foram sistematizados objetivos específicos que condizem com os capítulos do estudo, o primeiro se remete a apontar os índices de violência contra a mulher no Brasil, em seguida, trata-se dos aspectos gerais envolvendo a Lei Maria da Penha como a sua contextualização histórica e no terceiro ponto se aborda a dicotomia entre legislação e jurisprudência sobre a possibilidade de retratação da vítima.

2.A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

A violência contra a mulher, embora seja um assunto bastante discutido atualmente, é algo que aflige o contexto social, desde o início das civilizações, conforme será demonstrado neste capítulo. Além do mais, será abordado o cenário da violência contra a mulher no Brasil nos últimos anos.

Nas sociedades mais primitivas, os homens utilizavam da força como meio de sobrevivência e defesa perante a sociedade. Sendo as mulheres consideradas como meros objetos voltadas somente para criação dos filhos e o cuidado do lar. Essa era primitiva, intitulada como sociedade patriarcal, em que o homem exercia sobre toda família um poder de superioridade (PORTO, 2007).

Com isso, a história mostra que a violência contra a mulher é prática tão antiga quanto a construção da sociedade. Após anos de submissão, repressão aos desejos íntimos, e desvalorização no mercado de trabalho, as mulheres conseguiram elevar-se ao patamar jurídico-normativo, em relação ao que já era previsto para os homens (BRASIL, 2018).

Direcionando para contexto histórico da violência no Brasil. No período colonial, o poder do homem sobre a mulher era absoluto, “tanto que ele possuía autorização legal para utilizar de violência, como medida para manter sua esposa submissa, sendo permitido que os maridos utilizassem da chibata para castigar suas companheiras” (GIORDANI, 2006, p. 68).

A temática de proteção a mulher, contra a violência, passou a ter relevância no Brasil, a partir da década de 1970, resultado da abordagem no contexto mundial. Com o advento da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher em 1994 (Convenção de Belém do Pará), qualquer ação ou conduta, pautada no gênero, que ocasione morte, dano, sofrimento físico, sexual ou psicológico contra a mulher, passou a ser criminalizada (COSTA, 2021).

Relativamente a isso, o artigo 3º da Convenção de Belém do Pará, pressupõe que “Artigo 3º. Toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994, não paginado).

A edição da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela Organização das Nações Unidas (1979), foi quem respaldou as novas garantias normativas destinadas as mulheres:

Artigo 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Artigo 2º - Os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

(...) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979, p. 8)

No contexto histórico do cenário internacional, a punição a violência contra a mulher está ancorada em convenções de organizações internacionais. Já quanto as legislações destinadas a proteção da mulher contra a violência, serão descritas apenas no segundo capítulo. Como pressuposto da violência sofrida pela mulher, ao longo da construção da sociedade brasileira, cita-se ainda a antiga disposição do Código Criminal do Império do Brasil:

Art. 250. A mulher casada, que cometer adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos. A mesma pena se imporá neste caso ao adúltero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.

(BRASIL, 1830, não paginado)

Os mencionados artigos tratavam da questão do adultério, criminalizando a conduta da mulher, e impondo pena de prisão com trabalho. Para que o homem fosse punido com o mesmo crime, o Código dispunha a necessidade de reconhecimento de concubinato publicamente (BRASIL, 1830).

Vale mencionar que a Constituição Federal de 1988, pode ser qualificada como um marco para evolução normativa de proteção as mulheres, ao dispor sobre a igualdade entre homens e mulheres, possuindo o mesmo patamar de direitos e deveres ante o ordenamento pátrio (BRASIL, 2022).

Esse arcabouço constitucional é sinônimo da luta por igualdade, tem destaque à medida que rompe com a sociedade patriarcal, da figura da mulher como submissa ao homem como chefe da família (SARDENBERG; TAVARES, 2016).

No entanto, “a promulgação da Constituição Federal de 1988, não foi suficiente para alterar a cultura e o modo como a mulher era tratada pela sociedade, especialmente por seus companheiros, que continuam a práticas violência contra suas mulheres” (LIMA et al, 2016, p. 142).

Deste modo, até então, imperava no país, uma política sexista, deixando impunes muitos assassinados de mulheres, sob o argumento da legítima defesa da honra, ou seja, predominava grande impunidade à violência impetrada contra as mulheres (PINAFI, 2007). A respeito disso, recentemente, a tese da legítima defesa da honra, foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal (STF):

REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ARTIGOS 23, INCISO II, E 25, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E ART. 65 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. “LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA”. 1. “Legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor

reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal. 2. A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. 3. Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. (STF-ADPF 779/DF- DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 15/03/2021, Publicação: 20/05/2021).

Assim, por unanimidade, no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental n. 779/DF, o Tribunal firmou como inconstitucional a tese da legítima defesa da honra, frente a violência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, e da igualdade de gênero (BRASIL, 2021).

Com a evolução da sociedade, as regras e costumes, passam a ser relativizados, e a violência contra a mulher deixa de ser aceita, assim, a legitimidade do marido sobre as agressões contra a mulher, passa a ser criminalizada (BRASIL, 2018). Todavia, a cada ano que passa, os índices de violência contra a mulher no Brasil aumentam (ENGEL, 2015).

Conforme o Atlas da Violência 2021, ao analisar as taxas de homicídio de 2009 a 2019, apesar do Brasil ter apresentado uma redução de 18,4% nas mortes entre 2009 e 2019, em 14 das 27 unidades federativas, a violência contra a mulher aumentou. Em 2019 aproximadamente 3.737 mulheres foram assassinadas no país. Outras 3.756 foram mortas de forma violenta, no mesmo ano, mais sem indicação da causa da morte, os casos maiores de taxas de homicídio ocorreram em Roraima, Acre e Amazonas (CERQUEIRA, 2021).

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), quanto aos homicídios de mulheres e feminicídios no Brasil e Unidades da Federação, em 2020 o quantitativo de mulheres assassinadas foi de 3.999, (com taxa de 3,7%, dentro do comparativo de 100 mil mulheres). Em 2021, contabilizou-se cerca de 3.878 mulheres vítimas de violência, a taxa de homicídios foi de 3,6%.

Na pesquisa Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, realizada pelo Instituto Data Senado, lançado em audiência pública na Comissão de Direitos Humanos, o estudo realizado a cada dois anos, desde 2005, revela na edição de 2021, um crescimento de 4% na percepção das mulheres sobre a violência, comparados as edições anteriores, o estudo ouviu 3 mil mulheres entre 14 de outubro a 5 de novembro, de acordo com os dados colhidos, cerca de 18% das mulheres entrevistadas e agredidas, relataram que convivem com o agressor. Para 75% o medo faz com o que a mulher não denuncie. O estudo demonstra ainda que 68% das mulheres brasileiras, conhecem vítimas de violência doméstica ou familiar e 27% declaram já ter sofrido algum tipo de agressão por parte do companheiro (SENADO FEDERAL, 2021).

Com relação aos impactos da pandemia na violência doméstica e familiar. De acordo com o Relatório Visível e Invisível: a Vitimização das mulheres, realizado em 2021, elaborado pelo Fórum de Segurança Pública com parceria do Data Folha:

(...) 1 em cada 4 mulheres brasileiras (24,4%) acima de 16 anos afirma ter sofrido algum tipo de violência ou agressão nos últimos 12 meses, durante a pandemia de covid-19. Isso significa dizer que cerca de 17 milhões de mulheres sofreram violência física, psicológica ou sexual no último ano. Na comparação com a pesquisa de 2019, verificamos um leve recuo do percentual de mulheres que relataram ter sofrido violência, mas dentro da margem de erro da pesquisa, que é de 3 pontos para mais ou para menos (27,4% em 2019 e 24,4% em 2021), configurando estabilidade. (VISÍVEL E INVISÍVEL: A VITIMIZAÇÃO DE MULHERES NO BRASIL, 2021, p. 10)

O Relatório dispõe ainda que cerca de 73,5% da população brasileira, acredita que a violência contra as mulheres cresceu durante a pandemia do Covid-19 e 51,1% dos entrevistados relatam ter visto uma mulher sofrer algum tipo de violência no seu bairro ao longo dos últimos doze meses.

Desse modo, a evolução histórica da violência contra a mulher, embora sendo difícil de ser exemplificada, ao ser comparada com as estatísticas de homicídios e números de agressões atuais, torna-se algo alarmante do ponto de vista social e jurídico, e que necessita de uma análise mais abrangente.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme visto no capítulo inicial, em conformidade com o cenário internacional, o Brasil adotou vários mecanismos legais de proteção a violência contra a mulher, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Isso posto, a Constituição Federal de 1988, estabelece no artigo 226 que o Estado deverá assegurar a assistência à família, protegendo cada um dos integrantes, e criar mecanismos para prevenir a prática de violência no âmbito das relações familiares e domésticas (BRASIL, 2022).

A violência é classificada como fenômeno mundial, presente em diferentes relações sociais que incluem questões políticas, filosóficas, psicológicas, antropologias e religiosas. É algo que transcende as épocas, e foi perpetuado na história, estando presente nos dias atuais, representa um problema complexo e que gera grande impacto social (COELHO; SILVA, 2020).

É aparente, tanto no cenário internacional, como no regional, a proteção aos direitos que visam garantir um bem-estar a mulher. Não obstante, em razão dessas previsões, o legislador brasileiro, conduziu a instituição da chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

Essa denominação a lei, é uma homenagem a Maria da Penha Fernandes que ficou paraplégica, em decorrência de uma tentativa de homicídio praticada por seu marido:

Em uma simulação de assalto, na cidade de Fortaleza, em 1983. Decorridos alguns dias, ele tentou eletrocutá-la durante o banho, mas não conseguiu ceifar a vida dela. Passados mais de 19 anos, em 2002, o algoz foi preso, cumprimento apenas dois anos de prisão, após a anulação do julgamento e interposição de recurso. Em razão desse quadro caótico, o caso Maria da Penha foi levado à Comissão Internacional dos Direitos Humanos. Em 2001, essa comissão reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro na omissão relacionada a violência doméstica, sendo-lhe aplicadas recomendações para o cumprimento dos compromissos previstos nos tratados e convenções que cuidam da matéria. (GARCIA, 2019, p. 44)

Nota-se que o Brasil, foi praticamente obrigado a editar uma norma específica que tratasse com mais seriedade a violência doméstica e familiar contra a mulher, diante disso, a Lei Maria da Penha é implementada.

Apesar das garantias impostas na Constituição de 1988, ainda existiam resquícios da imagem da mulher como alguém que necessitava de maior proteção legal. Logo, essa lei representa, símbolo do movimento contra os abusos cometidos a mulher, pois criou-se mecanismos para endurecer o rigor das penalidades contra as agressões físicas e psicológicas contra a mulher, além de orientar ações punitivas para os agressores (PERSEGUINI, 2015). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, declarou a constitucionalidade dos artigos previstos na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2012).

O artigo 5º da Lei Maria da Penha conceitua a violência doméstica e familiar, dentro dos efeitos legais, como sendo:

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

- I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

BRASIL, 2006)

Vale acrescentar que o artigo 6º dessa mesma norma jurídica, expõe que a violência doméstica e familiar contra a mulher, é qualificada como uma das formas de violação aos direitos humanos, e por consequência, aos direitos fundamentais expresso na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2006).

Além do mais, o artigo 7º dispõe sobre as formas de violência contra a mulher, em rol totalmente exemplificativo. O inciso I, expõe como sendo violência física, qualquer

conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher (BRASIL, 2006). No inciso II, tem-se a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que cause a mulher dano emocional, esse conceito foi modificado pela Lei 13.772/2018, incluindo-se a violência a intimidade da mulher, como a divulgação de vídeos, imagens, e informações pessoais, sem o consentimento (BRASIL, 2018).

Já o inciso III do artigo 7º, prevê que a violência sexual, como a conduta que constranja a mulher a manter, presenciar, ou participar de relações sexuais contra a sua vontade, mediante uso de força, que a induza a comercializar a sexualidade, impedi-lá de tomar remédios contraceptivos, limitações de seus direitos sexuais e reprodutivos de qualquer natureza, como forçá-la a ficar grávida, fazer aborto, ou a entrar para o mundo da prostituição (BRASIL, 2006).

Por fim, os incisos IV e V, do artigo 7º, determinam, respectivamente, sobre a violência patrimonial, que é reiterada por condutas que restringem, subtraem, ou destituem a mulher de seus bens, objetivos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, valores, direitos, e recursos econômicos. Por pressuposto, a violência moral se configura quando a mulher é caluniada, difamada e injuriada (BRASIL, 2006).

A partir desse contexto, destaca-se como violência contra a mulher, qualquer ato de violência no gênero que produza ou possa resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais, ou mentais a mulher, nessas determinações também devem ser incluídas, as restrições, ameaças, coerções ou privação da vida pública e privada da mulher (COSTA; COSTA; SILVA, 2021).

Para cumprir a finalidade para qual foi criada, ou seja, barrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao longo da disposição de seus artigos, concede as mulheres providências de assistências e prevenção, bem como medidas protetivas de urgência, elencando ainda a atuação do Ministério Público, e da Defensoria Pública, promovendo alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, e o atendimento especial em sede de Polícia Judiciária (GARCIA, 2019).

A Lei Maria da Penha, provocou também a criação de outras regras normativas, como a Lei 13.104/2015, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora por crime de homicídio, incluindo o feminicídio no rol de crimes hediondos (BRASIL, 2015).

Além das alterações no âmbito penal, nos últimos anos, a Lei Maria da Penha modificou e ao mesmo tempo, impôs outras legislações, como a Lei 13.505/2017 para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar ao atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidoras do sexo feminino (BRASIL, 2017).

Estabelecendo ainda Lei 13.641/2018 para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2018). A Lei 13.894/2019 que alterou a Lei Maria da Penha, definindo a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, no foro de residência das mulheres, nas ações de divórcio, anulação de casamento, dissolução de união estável, garantindo ainda a prestação de assistência judiciária as vítimas de violência (BRASIL, 2019).

Em importante alteração, a Lei 13.984/2020 estabelece entre as medidas protetivas, a frequência do agressor em centro de educação, reabilitação e acompanhamento psicossocial (BRASIL, 2020). A Lei 14.188/2021 permitiu o afastamento imediato do agressor do lar, do domicílio ou outro local de convivência que este detinha com a vítima (BRASIL, 2021). Em conclusão, a Lei 14.310/2022 determinou que após a concessão das medidas protetivas de urgência, essas seriam imediatamente registradas no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2022).

Por conseguinte, as medidas protetivas de urgência “são medidas provisionais instauradas por procedimento cautelar, mas apresentam conteúdo satisfativo, ou seja, são medidas satisfativas cobertas pelo procedimento cautelar em sua concessão” (SILVA, 2017, p. 80).

As medidas protetivas de urgência estão previstas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, e são delineadas como:

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

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

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

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

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI - comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

(BRASIL, 2020)

Logo, em decorrência da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, as mulheres vítimas de violência, passaram a ter o direito de requerer as medidas protetivas de urgência, que se dividem em duas:

As medidas contra o agressor e as medidas em benefício da mulher. No que tange às medidas contra o agressor, tem-se: o afastamento do agressor do local ou do lar onde convive com a agredida; proibição de aproximar-se ou frequentar determinados lugares, como o local de trabalho ou até mesmo a residência da vítima; proibição de aproximar-se ou manter contato com a vítima, familiares e testemunhas da agressão; restrição ou suspensão das visitas aos filhos, assim como pagamento de alimentos provisórios a estes como também para a vítima; restrição do porte de arma ou apreensão de arma de fogo. Tais medidas estão elencadas no artigo 22 da Lei nº 11.340/06. Já as medidas em benefício da mulher são as seguintes: encaminhamento a programas de proteção e atendimento a mulher em situação de violência doméstica, tanto a vítima quanto seus dependentes; garantia de retorno ao lar, juntamente com seus filhos, após ser determinado o afastamento do agressor; direito da vítima sair do lar com seus filhos, no caso de perigo ou de permanecer, com o afastamento ou prisão do agressor; ainda, determinar a separação de corpos. De acordo com o artigo 23 da Lei nº 11.340/06. (OLIVEIRA, 2015, p.56-57)

As medidas de urgência contra o agressor e em benefício da mulher, tem como finalidade afastar o agressor da vítima, possibilitando com que se evite a continuidades das agressões e também o agravamento dessa violência, que pode resultar na morte da vítima (OLIVEIRA, 2015).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, fomenta a importância das medidas protetivas de urgência:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ABSOLVIÇÃO POR EXCLUDENTE DE ILICITUDE. LEGÍTIMA DEFESA. INVIABILIDADE. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ORAL COLIGIDA NOS AUTOS. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. CULPABILIDADE. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE. FRAÇÃO. PROPORÇÃO. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. DURAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. "(...) No que tange às medidas protetivas de urgência, o viés da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) é assegurar a integridade física e psicológica da vítima, de forma integral, estando tal fato atrelado a um juízo de necessidade, ou seja, devem ser aplicadas enquanto forem necessárias... Com efeito, é claro que a proteção a ser fornecida pelo Estado às mulheres, que se encontram em situação como a dos autos, é integral. Sendo assim, as medidas protetivas devem perdurar enquanto estiver mantido o ânimo do agressor na prática da conduta violenta, cabendo a ele demonstrar que mudou a sua atitude. A análise sobre o assunto é feita caso a caso, de modo que reste provado que o agressor não mais irá atentar contra a dignidade física e psíquica da ofendida". (Grifo nosso). (TJDFT-Acórdão 1265728, 00005410420188070011, Relator: Robson Barbosa De Azevedo, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 16/7/2020, publicado no PJe: 29/7/2020).

Fazendo uma breve discussão. No que corresponde, a efetividade da Lei Maria da Penha, a doutrina sustenta que embora a legislação tenha mais de uma década de vida, e contribua para o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda há muito a ser feito, especialmente considerando os índices de violência contra a mulher. Somente com a evolução legislativa, mudança de ideologia social, elaboração de políticas públicas eficientes, se conseguirá reduzir os números vergonhosos e desumanos da violência contra a mulher (GARCIA, 2019).

É fato que, a lei traz um cunho social, e sua aprovação promoveu e estimulou as mulheres a denunciarem violências sofridas, as crescentes denúncias evidenciam que as mulheres se sentem respaldadas, e constata que tais fatos, mesmo comuns no contexto social, não recebiam a devida atenção (PERSEGUINI, 2015).

Além disso, “a morosidade dos procedimentos legais, aliados à falta de estrutura física, dos órgãos responsáveis pela adequada fiscalização no cumprimento destas medidas, são fatores que contribuem para que as finalidades objetivadas na lei não sejam alcançadas” (AQUINO, 2019, p. 56).

Não restam dúvidas, que além de coibir a violência doméstica e familiar, a Lei Maria da Penha, conseqüentemente, legislou sobre a atuação dos órgãos de segurança pública em relação a adoção de medidas preventivas, com a possibilidade de integralização das instituições, atuando em conjunto no combate a violência contra a mulher (CARVALHO, 2017).

Conquanto, a Lei Maria da Penha foi elaborada pelo legislador brasileiro, após uma interferência de órgãos internacionais, que forçaram a implementação de norma que punisse aqueles que cometessem violência contra a mulher, de forma mais severa. É certo que, desde a entrada em vigor, a referida lei é considerada marco regulatório do combate e proteção a violência contra mulher, ao deliberar sobre medidas protetivas que acompanham a mulher a contar do momento da denúncia.

4. ANÁLISE DA RETRATAÇÃO DA VÍTIMA NA LEI MARIA DA PENHA ANTE AO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAIS BRASILEIROS

Posteriormente ao entendimento sobre as vertentes jurídicas envolvendo a violência contra a mulher no Brasil e as disposições da Lei Maria da Penha, se passa a abordagem da possibilidade de retratação da vítima de violência doméstica e familiar no contexto da Lei Maria da Penha e da jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

No Direito Penal, a depender da natureza do crime praticado, será aplicada uma ação penal específica ao caso. Os crimes podem ser classificados como sendo de ação penal pública ou ação penal privada. Assim, é importante se realizar doutrinariamente a diferenciação das ações penais, ou seja, entre a ação penal pública (condicionada ou incondicionada) e a ação privada:

A ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou seu representante legal, o oferecimento da denúncia quanto a conclusão do processo, será feito pelo Ministério Público, que ao receber o inquérito policial, deverá oferecer a denúncia. Na ação penal incondicionada, o bem jurídico violado é de interesse público, e conseqüentemente, o titular da ação penal é o próprio Estado, personificado pelo Ministério Público. Em regra, a ação penal será

sempre publica incondicionada, salvo em casos que a lei expressamente prever. (LECHENAKOSKI, 2021, p. 243-255)

Destarte, quando o delito atinge o bem jurídico tutelado de interesse da vítima, a ação será privada, é fundamentalmente regida por princípios, entre eles o princípio da oportunidade, da disponibilidade e da indivisibilidade. Portanto, a ação penal apenas se procederá com a provocação da vítima, e caso está seja menor de 18 anos, será nomeado curador, na circunstância de não existir representante legal. (LECHENAKOSKI, 2021).

Na regra geral, nos casos de violência doméstica, aplicam-se a ação penal pública em suas espécies, incondicionada e condicionada a representação da ofendida. Frisa-se que a Lei Maria da Penha tem procedimento próprio quando se trata de possibilidade de retratação da mulher que foi agredida. O artigo 16 dispõe que:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

(BRASIL, 2006)

Logo, nas ações penais públicas condicionada à representação da vítima, ao qual se trata o artigo 16 da Lei Maria da Penha, a renúncia será admitida somente perante o juiz, com a realização de audiência, antes do recebimento da denúncia pelo Ministério Público (BRASIL, 2006).

Cita-se que entre os tipos penais condicionados a representação, estão o perigo de contágio venéreo (artigo 130 do Código Penal), crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal), perseguição (artigo 147-A do Código Penal) e furto de coisa comum (artigo 156 do Código Penal). O prazo do direito de queixa ou representação tem vigência de seis meses contados da data do crime (BRASIL, 1940).

No mesmo seguimento a doutrina afirma que a desistência nas ações penais públicas condicionadas à representação dispostas no artigo 16 poderá ocorrer:

(...) desde que a vítima a formalize perante a autoridade judiciária em audiência própria e desde que ocorra antes do recebimento da denúncia pelo juiz, ouvido o Ministério Público. Para alguns doutrinadores, a realização da audiência objetiva dificultar a desistência da vítima, reforçando o investimento estatal já

promovido para a proteção destas mulheres desde o momento em que ela buscou o aparato jurídico-policial. (SOUZA, 2017, p. 23)

Desse modo, defende-se o disciplinamento do artigo 16 da Lei Maria da Penha, devendo-se marcar a audiência, com presença do magistrado e ouvido o Ministério Público, visando garantir que a desistência não seja constante, frente a pressão ou ameaça do agressor a vítima (SOUZA, 2017).

Com isso, a retratação da vítima é admitida se feita perante o juízo, aquelas retratações feitas na delegacia não serão consideradas. Essa previsão é interessante, pois permite um contato direto entre vítima, Juiz e representante do Ministério Público, que poderão conscientizar a mulher sobre a necessidade de prosseguimento dos autos. Se a vítima não comparecer em juízo, o Ministério Público, poderá dar prosseguimento no processo (CAVASSI, 2022).

Então, sob a égide do artigo 16 da Lei Maria da Penha, é possível que a mulher desista da denúncia, mas somente nos casos de ação penal pública condicionada a representação, e desde que essa retratação ocorra antes do recebimento da denúncia e após ouvido o Ministério Público em audiência especialmente realizada para deferir sobre a questão. Nos crimes de violência doméstica, que envolvam lesão corporal, mesmo que leve, serão regidos pela ação pública incondicionada, e haverá o prosseguimento da acusação, mesmo se a mulher não desejar (SOUZA, 2022).

Nesse seguimento, em 2012, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424 assegurou que:

AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. (STF- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4424/DF, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 09/02/2012, Publicação: 01/08/2014).

Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segue o exposto no artigo 16 da Lei Maria da Penha, conquanto, a renúncia a representação, não é possível nos casos de violência contra a mulher, processados por meio de ações penais incondicionadas à representação da vítima.

A Súmula nº 542 do Superior Tribunal de Justiça, consolida o posicionamento da jurisprudência ao prevê que “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada” (BRASIL, 2015).

Entretanto, o Informativo nº 743 do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.946.824/SP, firma novo entendimento:

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. ART. 16 DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA EM MOMENTO ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NECESSIDADE. (STJ- AgRg no Resp 1.946.824-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 14/06/2022, DJe 17/06/2022).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a realização da audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha, será necessária, apenas se a vítima manifestar interesse pela realização, de qualquer maneira, em momento anterior ao oferecimento da denúncia pelo representante do Ministério Público. Isso torna a audiência facultativa, exigindo-se que a vítima informe nos autos interesse pela desistência (BRASIL, 2022).

Por consequência, o magistrado de primeiro grau deve designar a audiência prevista no artigo 16, quando surgir algum indício, antes do recebimento da denúncia, e desde que comprovada a intenção da vítima em se retratar da representação (BRASIL, 2022). Em outra ocasião, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão de março de 2022, a corte assentou que:

(...) II - Assente nesta Corte que, 'Nos termos do art. 16 da Lei nº 11.340/06, 'nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público (...)' (HC n. 196.592/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 4/5/2011). III - Soma-se a isso que, nos casos de crime de estupro praticado mediante violência real, mesmo se praticado antes das alterações trazidas pela Lei n. 12.015/09 ao Código Penal, a ação penal ainda será pública incondicionada, tendo em vista a aplicação, na hipótese, do enunciado da Súmula 608/STF: 'No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal

é pública incondicionada'.(...) (STJ-RHC n. 161.470/RJ, Relator : Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) Recorrente : J C C O, Recorrido: Ministério Público Do Estado Do Rio De Janeiro, Julgado em 29/03/2022).

Neste caso, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 161470 – Rio de Janeiro, o Superior Tribunal de Justiça, assentia suas deliberações, com base na disposição legal, fundamentando sua decisão conforme ao estrito especificamente no artigo 16 da Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2022).

Porém, anterior ao Informativo nº 743, com nova disposição pelo Superior Tribunal de Justiça, a matéria de retratação em sede de Lei Maria da Penha, já era suprida pela jurisprudência pátria:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE AMEACA EM CONTEXTO DE VIOLENCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA AMULHER. PRELIMINARES DE NULIDADE. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. PRELIMINARES REJEITADAS. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DA VITIMA. RELEVANCIA ESPECIAL. RECURSO CONHECIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DESPROVIDO. 1. Segundo o artigo 16 da Lei nº 11.340/2006, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público?. Isso implicar dizer que a retratação após o recebimento da denúncia não impede o prosseguimento da ação penal. (TJDF-Classe do Processo: 07022439720208070002-(0702243-97.2020.8.07.0002 - Res. 65 CNJ), Registro do Acórdão Número: 1371068, Data de Julgamento: 09/09/2021, Órgão Julgador:3ª Turma Criminal, Relator: Demetrius Gomes Cavalcanti, Data da Intimação ou da Publicação: Publicado no PJe: 22/09/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada).

O entendimento já consolidado presumia que a vítima se retratasse da representação ofertada, antes do recebimento da denúncia, somente com a realização da audiência de retratação. Devido à disposição no Informativo nº 743, essa audiência apenas

será realizada se a ofendida se manifestar pelo interesse da retratação ou houverem indícios nesse intuito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da violência contra a mulher, vem se refletindo no contexto social, por vários séculos. No Brasil, o combate a violência contra a mulher, foi consolidado apenas com a criação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) que estabelece uma proteção jurídica, e punitiva a violência doméstica e familiar.

De modo a cumprir sua finalidade, no transcorrer de seus dispositivos, a Lei Maria da Penha permite que as mulheres possam utilizar de medidas de assistência e prevenção a violência, como é o caso das medidas de urgência, que ao serem instauradas cautelarmente, visam afastar o agressor da vítima, e impedir a reincidência do crime, que pode levar a mulher a morte.

Contudo, a morosidade presente no sistema Judiciário, em conjunto com a precariedade de fiscalização dos órgãos de proteção à mulher, não contribuem para que as objetividades da Lei Maria da Penha, possam cumprir seu papel de forma plena, representando cada vez mais, o crescente índice da violência contra a mulher no território brasileiro.

Além disto, observa-se que a construção normativa da violência contra a mulher, mesmo que atualmente seja revestida de tutela jurídica bastante abrangente, ao se comparar com os índices de homicídios e agressões, é algo alarmante e que necessita de maior efetividade no combate por parte do Estado, e sociedade.

Conforme visto, pelo pressuposto que no Direito Penal incidem vários tipos de ações penais. Na Lei Maria da Penha aplicam-se a ações penais em duas modalidades, a ação pública incondicionada e condicionada a representação.

Nessa premissa, surgem conflitos normativos e doutrinários, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial 1.946.824/SP do Superior Tribunal de Justiça (Informativo nº 743), firmando entendimento que a realização de audiência de representação prevista na Lei Maria da Penha no artigo 16, é necessária somente em casos que a vítima manifestar o interesse pela realização, de qualquer maneira, ou quando houverem indícios disso no processo, devendo manifestar seus interesses, antes do oferecimento da denúncia pelo duto representante do Ministério Público.

Desse modo, verifica-se confronto entre a atualização da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça e o imposto na Lei Maria da Penha.

Conclui-se que em decorrência dos avanços sociais, a legislação vai se adequando as realidades da população, como conclusão disso, ocorre uma relativização do disposto na lei. Portanto, verifica-se que é possível a retratação da vítima de violência doméstica e familiar, porém, a audiência de retratação apenas será exigível na hipótese em que a mulher manifestar interesse pela retração ou existir algum indício da sua vontade no bojo processual.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ano 16 - 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 02 set. 2022.

AQUINO, Juliana Ramos de. **Da expectativa à realidade:** a aplicação da medida protetiva de limite mínimo de distância entre vítima e agressor na lei maria da penha. Universidade do Sul de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Brasília/DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher:** um olhar do Ministério Público brasileiro. – Brasília: CNMP, 2018.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência

contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017**. Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.894, de 29 de outubro de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para prever a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável nos casos de violência e para tornar obrigatória a informação às vítimas acerca da possibilidade de os serviços de assistência judiciária ajuizarem as ações mencionadas; e altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para prever a competência do foro do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar para a ação de divórcio, separação judicial, anulação de casamento e reconhecimento da união estável a ser dissolvida, para determinar a intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, e para estabelecer a prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13894.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.984, de 3 de abril de 2020.** Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

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: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.310, de 8 de março de 2022.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para determinar o registro imediato, pela autoridade judicial, das medidas protetivas de urgência deferidas em favor da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14310.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **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 previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.188-de-28-de-julho-de-2021-334902612>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Classe do Processo: 00005410420188070011 - (0000541-04.2018.8.07.0011 - Res. 65 CNJ) - Segredo de**

Justiça, Registro do Acórdão Número: 1265728, Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal, Relator: Robson Barbosa De Azevedo, Data de Julgamento: 16/07/2020, Data da Intimação ou da Publicação: Publicado no PJe: 29/07/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/medidas-protetivas/medidas-protetivas-e-de-assistencia-a-vitima-de-violencia-domestica>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Classe do Processo: 07022439720208070002 - (0702243-97.2020.8.07.0002 - Res. 65 CNJ), Registro do**

Acórdão Número: 1371068, Data de Julgamento: 09/09/2021, Órgão Julgador: 3ª Turma Criminal, Relator: Demetrius Gomes Cavalcanti, Data da Intimação ou da Publicação: Publicado no PJe: 22/09/2021, Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/audiencia-de-retratacao-previa-manifestacao-da-ofendida>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 161470 – Rio De Janeiro**, Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR) Recorrente : J C C O, Recorrido: Ministério Público Do Estado Do Rio De Janeiro, Julgado em 29/03/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200606948&dt_publicacao=05/04/2022. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 779 – Distrito Federal**. Relator (a): Min. Dias Toffoli, Repte.(s) : Partido Democrático Trabalhista, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 15/03/2021. Publicação: 20/05/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 4424 – Distrito Federal**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Repte.(S) : Procurador-Geral da República, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 09/02/2012, Publicação: 01/08/2014). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur270575/false>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.946.824 – São Paulo**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 14/06/2022, DJe 17/06/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência número 743**. Brasília, 8 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/12573/1266>. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SÚMULA N. 542**. Ementa: A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Terceira Seção, em 26.8.2015. DJe 31.8.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória De Constitucionalidade 19 – Distrito Federal**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Reqte.(S) : Presidente Da República, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 09/02/2012, Publicação: 29/04/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur262141/false>. Acesso em: 21 set. 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Claudio Frederico de. **Evolução da segurança pública municipal no Brasil**. Curitiba: InterSaberes, 2017.

CAVASSINI, Vanessa Medina. **A Impossibilidade de desistência da Ação Penal contra o réu na Lei Maria da Penha**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 out 2020, 04:44. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55301/a-impossibilidade-de-desistncia-da-ao-penal-contra-o-ru-na-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 21 set 2022.

CERQUEIRA, Daniel. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.

COSTA, Alex Junio Duarte. O contexto histórico da violência contra mulher e a atuação do psicólogo. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 06, Ed. 07, Vol. 04, pp. 21-37. Julho de 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/psicologia/historico-da-violencia>. Acesso em: 04 set. 2022.

COSTA, Adriana Carneiro; COSTA, Eliane dos Santos; SILVA, Luzinete Abreu. **Papel do enfermeiro frente a violência contra a mulher**. Belém: Neurus, 2021.

ENGEL, Cíntia Liara. **A violência contra a mulher**. Governo Federal em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). (2015). https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf. Disponível em: Acesso em: 05 set. 2022.

GARCIA, Thiago. **Tudo que você precisa saber sobre**: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância. São Paulo: Rideel, 2019.

GIORDANI, Anney Tojeiro. **Violências contra a mulher**. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2006.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno. **Processo penal e sistema acusatório**: análise crítica dos sistemas processuais penais ao ônus da prova. Curitiba: InterSaberes, 2021.

MARTINELLI, Aline. Violência contra a mulher: uma abordagem histórica. **Teoria Jurídica Contemporânea**, 5:2, julho-dezembro 2020, PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 12-44.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Cedaw, 1979. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 04 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão interamericana de direitos humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral). Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 06 set. 2022.

OLIVEIRA, Andressa Porto de. **A eficácia da lei maria da penha no combate à violência doméstica contra a mulher**. Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Santa Cruz do Sul, 2015.

PERSEGUINI, Alayde. **Responsabilidade social**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

PINAFI, Tânia. **Violência conta a mulher**. Governo do Estado de São Paulo. Artigo publicado na edição nº 21 de abril/maio de 2007. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/#:~:text=A%20viol%C3%Aancia%20contra%20a%20mulher%20tem%20ra%C3%ADzes%20profundas%20que%20est%C3%A3o,da%20viol%C3%Aancia%20contra%20a%20mulher.> Acesso em: 07 set. 2022.

PORTO. Pedro Rui Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/06 – Análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007.

SARDENBERG, Cecilia M.; TAVARES, Márcia S. **Violência de gênero contra mulheres**: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento [online]. Salvador: EDUFBA, 2016, 335 p. Bahianas collection, vol. 19. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788523220167>. Acesso em: 05 set. 2022.

SENADO FEDERAL. **Violência contra a mulher aumentou no último ano, revela pesquisa do DataSenado.** Agência Senado, 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/09/violencia-contra-a-mulher-aumentou-no-ultimo-ano-revela-pesquisa-do-datasenado>. Acesso em: 07 set. 2022.

SILVA, José Wellinton Parente. **A (in) eficácia da legislação e os instrumentos alternativos de combate a violência contra a mulher:** dos pressupostos do Código Penal Brasileiro a aplicação da Lei Maria da Penha. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

SOUZA, Carolina Gomes Monteiro. **Retratção na Lei Maria da Penha:** um estudo psicossocial. Maceió, 2017.

SOUZA, Sérgio Carlos. **Desistência da mulher no processo de violência doméstica.** Folha Vitória, 2022. Disponível em: <https://www.folhavoria.com.br/geral/blogs/direito-ao-direito/2022/04/06/desistencia-da-mulher-no-processo-de-violencia-domestica/>. Acesso em: 17 set. 2022.

VISÍVEL E INVISÍVEL: A VITIMIZAÇÃO DE MULHERES NO BRASIL. Colaboradores: Samira Bueno, Juliana Martins, Amanda Pimentel, Amanda Lagreca, Betina Barros, Renato Sérgio de Lima. Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com o Data Folha. 3. ed. 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 03 set. 2022.

LINEAMENTOS DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

BEATRIZ ROCHA CAVALCANTE:

Graduanda em Direito pela UNITINS
- Universidade Estadual do
Tocantins.

FERNANDA MATOS FERNANDES DE OLIVEIRA JURUBEBA

(coautora)

RESUMO: O lineamento do princípio da capacidade contributiva, está encorpado por um conjunto de subprincípios que atendem os tributos nas suas especificidades trazendo segurança ao patrimônio e ao mínimo existencial do indivíduo, uma vez que institui a vedação ao confisco. Veremos também que o princípio da capacidade contributiva, presente na CRFB/88, ao atribuir a observância da capacidade econômica de cada indivíduo, é uma forma do Estado manter o bem comum. Mas também, observaremos as falhas presentes no princípio aqui estudado, demonstrando que apesar da intenção de proteção a eficácia do princípio não ocorre em sua totalidade.

Palavras-chave: Capacidade contributiva; capacidade econômica; tributação; vedação ao confisco; mínimo existencial; limitações; competência; princípios; isonomia.

ABSTRACT: The lineament of the principle of ability to pay is embodied by a set of sub-principles that meet the taxes in their specificities, bringing security to the patrimony and the existential minimum of the individual, since it establishes the prohibition of confiscation. We will also see that the principle of contributory capacity, present in CRFB/88, by attributing the observance of the economic capacity of each individual, is a way for the State to maintain the common good. But we will also observe the flaws present in the principle studied here, demonstrating that despite the intention of protection, the effectiveness of the principle does not occur in its entirety.

Keywords: Contributive capacity; economic capacity; taxation; prohibition of confiscation; existential minimum; limitations; competence; principle; isonomy.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo trabalhar as limitações ao poder de tributar com enfoque no princípio da capacidade contributiva e a essencialidade da sua aplicação na tributação, com a finalidade de trazer ao leitor de forma simples e de fácil entendimento maior conhecimento sobre uma área que o afeta diretamente.

Na condição de princípio fundamental do sistema tributário, a capacidade contributiva, constrange o legislador a eleger apenas manifestações de força econômica para compor a hipótese de incidência das normas tributárias, considerando as características pessoais do contribuinte na conformação da base de cálculo. Relaciona-se, ainda, com a isonomia tributária, com a vedação de tributos com efeito de confisco, com a seletividade, pessoalidade e progressividade.

Com o intuito de trazer uma visão panorâmica da capacidade contributiva no sistema tributário, o presente artigo foi estruturado em três capítulos, com suas respectivas subdivisões.

O primeiro capítulo apresenta as competências distribuídas pela CRFB/88 do poder de tributar aos Entes Federativos e os princípios tributários norteadores de tal tributação, com foco no princípio da isonomia e da capacidade contributiva. O segundo capítulo traz escorço histórico do princípio em alusão demonstrando também objetivos do princípio da capacidade contributiva, com as suas noções gerais e definição. Finalmente, no terceiro e último capítulo analisa-se a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva, principalmente em relação aos impostos pessoais, aos impostos reais abordando a necessidade da seletividade e progressividade, e ainda com relação aos tributos vinculados.

Por fim, traz exemplificações do que foi exposto por meio de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal.

2 O PODER DE TRIBUTAR E SUAS LIMITAÇÕES

O poder de tributar, ou seja, a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a cobrança de tributos é distribuída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que as define considerando um conjunto de princípios e normas para limitar a atuação de cada Ente público sobre o patrimônio do contribuinte.

Para o autor Roque Antonio Carrazza, o poder de tributar, não é o termo correto a ser utilizado, tendo em vista a série de disposições constitucionais que retiram esse poder de tributar (absoluto e incontestável) do entes, distribuindo-lhes apenas a competência tributária que é regrada e disciplinada pelo direito. (CARRAZA, 2015).

Eduardo Sabbag explica a cobrança de tributos como o meio que o Estado utiliza para a geração de receitas com a finalidade de suportar as despesas necessárias à consecução de seus objetivos, logo, vê-se essa relação tributária como uma relação jurídica e não de "poder" em seu sentido negativo e literal. Principalmente quando se considera o

fato de que o Fisco não tem a liberdade para arrecadar como bem entender e quanto necessitar. (SABBAG, 2012).

A limitação ao poder de tributar exercida pelas garantias constitucionais constitui uma barreira para o exercício arbitrário da tributação. Com o intuito de impedir que a tributação tenha efeito confiscatório, ou seja, para que não tenha característica de penalidade (multa).

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 150, 151, 152 e 173, limita a maneira e as situações em que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios poderão exercer o seu poder de tributar, garantindo aos contribuintes segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firmada no sentido de que as limitações ao poder de tributar são consideradas cláusulas pétreas, e portanto, são insuscetíveis de supressão ou qualquer tentativa que relaxe as determinações de tais garantias constitucionais. Veja-se:

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, **violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):** 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos,

inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

(ADI 939, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755) (sem grifos no original)

Além dos artigos destacados na CRFB/88, a segurança do patrimônio do contribuinte é garantida também por legislação específica como o Código Tributário Nacional (Lei N° 5.172/66), que institui normas aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar.

2.1 Competência tributária

Eduardo Sabbag leciona que a competência tributária é a habilidade privativa e constitucionalmente atribuída ao ente político para que este, com base na lei, proceda à instituição de exação tributária, ou seja, a Constituição Federal outorga competência para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de lei, o façam. (SABBAG, 2012)

O Código Tributário Nacional, prevê no seu artigo 6º, a respeito da atribuição das competências aos Entes Políticos para legislarem sobre matérias do direito tributário, *in verbis*:

Art. 6º A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, e observado o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencerá à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos.

Roque Carrazza entende que o exercício da competência tributária é uma das manifestações do exercício da função legislativa, que flui da constituição. Em suma, criar tributos é legislar; arrecadá-los, administrar. (CARRAZZA, 2014).

A competência tributária se divide em: privativa, comum, residual e extraordinária.

A competência privativa, também conhecida como exclusiva, dá somente a um ente federativo o poder de tributar sobre determinado fato, por exemplo a exclusividade da União para a instituição do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) prevista no artigo 153, IV, CF. Tal competência diz respeito aos impostos e está prevista no texto constitucional nos artigos 153, 155 e 156.

A competência comum é aquela atribuída a mais de um ente para que legislem sobre o mesmo assunto, entretanto permanecendo cada pessoa política dentro da própria capacidade, como por exemplo o artigo 145 da Constituição, veja-se:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

A competência residual ocorre quando a Constituição dá a União o poder de legislar, por via de **Lei Complementar**, tributos que não foram previstos por ela, como visualiza-se no artigo 154, inciso I, da CF que prevê que *a União poderá instituir mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.*

A competência extraordinária, é atribuída somente à União, e criada para os casos de guerra externa, permitindo instituir, temporariamente, impostos extraordinários compreendidos ou não em sua competência tributária, conforme artigo 154, inciso II da CF e 76 do CTN:

Art. 154. A União poderá instituir:

II - na **iminência ou no caso de guerra externa**, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Art. 76. Na iminência ou no caso de guerra externa, a União pode instituir, temporariamente, impostos extraordinários compreendidos ou não entre os referidos nesta Lei, suprimidos, gradativamente, no prazo máximo de cinco anos, contados da celebração da paz.

No geral, a competência tributária é privativa, irrenunciável, inalterável, facultativa, incaducável e indelegável.

2.2 Princípios tributários

Os princípios constitucionais tributários possuem como principal objetivo a “exclusão” do poder de tributar dos entes públicos, ou seja, embasam o limite interposto na Constituição da República, que ao distribuir a competência de cada Ente Público para legislar sobre determinado tributo não deixam espaço para um exercício de competência absoluta similar ao exercício de poder.

São eles:

Princípio da legalidade tributária que presente no inciso I do artigo 150 da Constituição veda a exigência ou instituição de tributos sem que a lei o estabeleça, sendo composto pelos ideais de justiça e segurança jurídica; **Princípio da irretroatividade** segundo o qual os entes federativos não podem cobrar tributos e relação a fatos ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, cabendo não somente ao aplicador da lei, mas ao legislador que fica vedado de ditar regra para tributar fato passado ou para majorar tributo que, segundo a lei da época, gravou esse fato; **Princípio da anterioridade** possui a finalidade de propiciar tempo para que o sujeito passivo da relação jurídico-tributária se prepare para arcar com tributação nova ou mais onerosa, vedando a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (artigo 150, III, b, da Constituição).

Princípio da isonomia, que veda aos entes federativos a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida; **Princípio da capacidade contributiva**, busca que a tributação ocorra de maneira

proporcional à capacidade econômica do contribuinte, materializando o princípio da isonomia visando justiça social; **Princípio da vedação do confisco**, está previsto no artigo 150, II, da Constituição Federal e proíbe a utilização do tributo como efeito de confisco, ou seja, impede que, a pretexto de cobrar tributo, se apose o Estado dos bens do indivíduo; **Princípio da liberdade do tráfego**, proíbe aos entes o estabelecimento de limitações ao tráfego por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; e o **Princípio da uniformidade geográfica**, presente no artigo 151 da CF, determina que a União não pode instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional.(AMARO, 2014).

2.2.1 Princípio da isonomia tributária

O princípio da isonomia no ordenamento jurídico pátrio preza pela isonomia material e está previsto no artigo 150, inciso II da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:**

[...]

II - **instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente**, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Luciano Amaro conceitua que o princípio da isonomia “implica, em primeiro lugar, que, diante da lei “X”, toda e qualquer pessoa que se enquadre na hipótese legalmente descrita ficará sujeita ao mandamento legal. Não há pessoas “diferentes” que possam, sob tal pretexto, escapar do comando legal, ou dele ser excluídas”. Ele ainda acrescenta que “os indivíduos (contribuintes) não de ser tratados, pois, com igualdade aqueles que tiverem igual capacidade contributiva, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes, e, portanto, diferentes capacidades de contribuir”. (AMARO, 2014, pág. 159 e 160).

A efetivação da isonomia será proporcionada, no âmbito material, por meio do estabelecimento de critérios de discriminação, que na seara tributária, o critério é a capacidade contributiva. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, há 4 elementos para que um fator de discriminação legal seja compatível com o princípio da isonomia: A desequiparação deve atingir a coletividade genérica; As situações/pessoas desequiparadas devem ser distintas entre si; Deve existir, e abstrato, uma correlação lógica dos fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico e função deles estabelecida pela norma jurídica; e deve

resultar em uma diferenciação de tratamento jurídico fundado em alguma razão valiosa para o bem público. (MELLO, 2017).

2.2.2 Princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva, previsto no artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal, é aplicável a todas as espécies de tributos, tornando a capacidade contributiva do sujeito passivo da relação jurídico-tributária o critério de discrimen.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º **Sempre que possível**, os impostos terão caráter pessoal e **serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte**, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O dispositivo citado não atribui uma faculdade ao legislador para observar a capacidade econômica do contribuinte, mas a exigência de sempre que possível respeitar tal princípio. A capacidade contributiva não analisa somente o valor da renda, mas também como ela é utilizada, ou seja, as características pessoais de cada contribuinte, observando a capacidade que cada um detém para contribuir com os cofres públicos por meio do pagamento de tributos.

3. DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: NOÇÕES GERAIS

O princípio da capacidade contributiva previsto no artigo 145, parágrafo 1º, CF, orienta que a tributação ocorra levando em consideração a capacidade econômica do contribuinte, ou seja, obedecendo a regra primordial do princípio da isonomia em que é instituído tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações desiguais no que diz respeito à capacidade econômica para contribuir.

Dessa forma, a tributação de acordo com a capacidade contributiva dos indivíduos traz a ideia de que os tributos, tendo como finalidade o bem comum, devem amoldar-se às particularidades de cada indivíduo, descartando assim uma aplicação generalizada dos tributos, evitando o efeito de confisco.

3.1. Definição do princípio da capacidade contributiva

Os conceitos de patrimônio, rendimento, e as atividades econômicas do contribuinte são conceitos estritamente correlacionados à definição do princípio da capacidade contributiva, guardando uma relação de interdependência entre si.

Para o autor Luciano Amaro, tal princípio inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água (AMARO, 2014). Por esse ponto de vista, entende-se que o princípio da capacidade contributiva visa somente a preservação da eficácia da lei de incidência, situação em que muitos contribuintes se veem desamparados pelo estado, porque a tal definição leva como sujeito principal o interesse do estado em arrecadar tributos, ainda que tal arrecadação seja de interesse público em prol do bem comum.

Mas, Luciano Amaro também enfatiza que o princípio tem o objetivo de preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício de sua profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica. (AMARO, 2014).

As expressões capacidade contributiva e capacidade econômica, ainda que muitas vezes usadas de forma geral como sendo equivalentes, não se confundem. O artigo 145, §1º da Constituição, se utiliza da expressão "capacidade econômica" referindo-se ao patrimônio, aos rendimentos e à atividade econômica do contribuinte, ou seja, os meios de subsistência do contribuinte, o livre exercício de sua profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais.

A capacidade econômica aproxima-se, ainda, de outros postulados, que sob ângulos diferentes, perseguem objetivos análogos e em parte coincidentes: a personalização, a proporcionalidade, a progressividade e a seletividade. (AMARO, direito tributário brasileiro, 2014).

Já a capacidade contributiva, conforme Luciano Amaro, ainda que englobe a capacidade econômica, se apresenta sob diferentes aspectos, de acordo com o tipo de imposto, ou seja, ora se afere a capacidade contributiva por meio da renda, ora do patrimônio, ora do consumo de bens ou serviços. (AMARO, 2014).

Pelo exposto, é possível concluir que o princípio da capacidade contributiva preza pela instituição e arrecadação de tributos para manutenção do bem comum, de forma que não comprometa os direitos fundamentais do contribuinte na sua individualidade. Sendo sua instituição iniciada no momento da legislação dos tributos até à arrecadação dos mesmos.

3.2. ISONOMIA/IGUALDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da isonomia tributária está previsto no artigo 150, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispondo que *"sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos"*, visando garantir a distribuição de riqueza e aplicabilidade da justiça social.

Luciano Amaro leciona que o princípio da isonomia ao exigir que, "diante da lei "x", toda e qualquer pessoa que se enquadre na hipótese legalmente descrita ficará sujeita ao mandamento legal. Não há pessoas "diferentes" que possam, sob tal pretexto, escapar do comando legal, ou dele ser excluídas." O princípio da igualdade está dirigido ao aplicador da lei, significando que este não pode diferenciar as pessoas, para efeito de ora submetê-las, ora não, ao mandamento legal (assim como não lhe faculta diversificá-las, para o fim de ora reconhecer-lhes, ora não, benefício outorgado pela lei). Há também um segundo aspecto a ser analisado, no qual o princípio se dirige ao próprio legislador e veda que ele dê tratamento diverso para situações iguais ou equivalentes. (2014, pág. 159).

Conforme já anteriormente explanado, constata-se que a isonomia deriva do princípio constitucional da igualdade, vedando a discriminação arbitrária entre as pessoas que se encontram sob situações equivalentes, assim como também veda o tratamento igualitário sobre pessoas que se encontram sob situações diversas, objetivando que a tributação não tenha efeito de confisco, e que o próprio legislador não aplique tratamento diferenciado por favoritismo ou perseguição.

O artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa que *"sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte"*, objetivando assim uma tributação justa, na qual cada indivíduo contribui para o cumprimento do bem comum, administrado pelo Estado, na medida de sua capacidade contributiva.

Dessa forma, a tributação aplicada de maneira isonômica é a que emana igual sacrifício econômico para aqueles que se encontrem em grau de igualdade de situação jurídica econômica, adequando-se de acordo com a capacidade econômica de cada contribuinte. Se assim não fosse, os contribuintes de menor potencial econômico não conseguiriam manter o básico para a própria subsistência.

Como por exemplo, o contribuinte que possui renda inferior ao mínimo tributável pelo Imposto de Renda, mas tem a chamada capacidade econômica participando da economia como consumidor, mas para tributação sobre sua renda, o mesmo não possui a capacidade contributiva, logo se caso a tributação ocorresse teria efeito de confisco.

3.3. HISTÓRICO E OBJETIVOS DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O autor Ricardo Lobo expõe que ainda no século XIX e até quase nossos dias atuais, o princípio da capacidade contributiva ficou algum tanto obscurecido pela exurgência dos positivismo, transferindo-se a reflexão sobre ele do campo do direito para o da ciência das finanças. A justificativa dos impostos passou a se cifrar na legalidade ou na vontade do dirigente, revestindo a relação entre o Estado e o cidadão as características de relação de poder ou de relação ex lege.

As constituições da Itália (1947) e da Espanha (1978) fizeram remissão explícita à capacidade econômica. As reformas tributárias realizadas nos Estados Unidos (Governo Reagan), na Inglaterra e na Alemanha denotam a preocupação de ajustar os respectivos sistemas tributários ao princípio da capacidade contributiva. (2018, pág 90).

Assim, apesar do presente artigo concentrar no sistema tributário brasileiro, com a obra do autor Ricardo Lobo Torres, é possível observar que além do Brasil, países como Itália, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha também aplicaram o princípio da capacidade contributiva nos seus sistemas.

Segundo o autor Ricardo Lobo, a ideia de capacidade contributiva no Brasil acompanharam as do pensamento universal. Ingressando com a constituição do nosso Estado Fiscal no início do século passado, logo após com o interesse pelo positivismo hibernou longamente. Ressurgindo explicitamente na Constituição de 1946, momento em que mereceu considerações judiciosas por parte da doutrina liberal, especialmente através da obra de Aliomar Baleeiro. No período de 1967 à 1969 desapareceu das Cartas outorgadas pelo regime autoritário, e também do discurso da doutrina sua contemporânea, que retornou ao positivismo normativista. Finalmente, reapareceu, vigorosamente, no texto do artigo 145, parágrafo 1º, da CF/88. (2018). (Torres, 2018)

O autor Luciano Amaro explica que o princípio da capacidade contributiva, que desaparecera de nossa Constituição em 1967 (embora, como princípio geral de direito tributário, tenha permanecido implícito no sistema), ressurgiu no texto de 1988, ao lado do princípio da personalização, para expressar a ideia de que, de cada contribuinte, deve ser exigido o tributo adequado à sua capacidade econômica. (AMARO, 2014).

4. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SUA APLICABILIDADE

A capacidade contributiva também possui dois limites que legitimam a sua aplicação, sendo eles derivados do direito de propriedade, que corresponde ao efeito do não confisco, e a garantia da pessoa humana que assegura o mínimo existencial.

O primeiro limite derivado do direito de propriedade tem previsão constitucional no artigo 150, inciso IV, da CRFB/88, in verbis:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Como exemplo, conforme entende o autor Luciano Amaro, na situação em que dois contribuintes em idêntica situação têm direito a tratamento igual; todavia, além da igualdade de tratamento, têm também, cada um deles, o direito de não serem tributados além de sua capacidade econômica. (AMARO, 2014).

E ainda, o limite do mínimo existencial derivado do direito à garantia da dignidade da pessoa humana, que veda ao Estado a arrecadação tributária que possa atingir mínimo vital a uma existência digna. Nesse sentido, Ricardo Lobo entende que o princípio da capacidade contributiva não justifica a incidência sobre o mínimo necessário à vida nem sobre a totalidade da riqueza, eis que está contido entre as imunidades do mínimo existencial:

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:

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

[...]

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

- a) o registro civil de nascimento;
- b) a certidão de óbito;

E a proibição do confisco, no artigo 150, inciso IV, da CF/88, que constituem direitos individuais do cidadão. (2018, pág. 93).

Observado isso, passemos a verificar a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva nos tributos em geral: impostos pessoais, impostos reais e tributos vinculados.

4.1 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: IMPOSTOS PESSOAIS

O autor Mauricio Carlos Pichiliani conceitua que "impostos pessoais são aqueles em que é possível identificar a capacidade econômica do contribuinte, e são apurados por meio da utilização de carga tributária progressiva (aumentando-se a base de cálculo, aumenta-se a alíquota)". (2017, pág. 116).

Ou seja, incidem sobre algo que é inerente ao contribuinte observando a capacidade financeira do mesmo, em decorrência do estabelecido no parágrafo 1º do artigo 145 da CRFB/88:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O autor Luciano Amaro, em sua obra direito tributário brasileiro, explica que com o ressurgimento do princípio da capacidade contributiva na Constituição de 1988, ele veio acompanhado do princípio da personalização, expressando a ideia de que, de cada contribuinte, deve ser exigido o tributo adequado à sua capacidade econômica. (2014, pág.163).

Luciano ainda leciona que os impostos pessoais foram contemplados ao lado da capacidade contributiva. A personalização, que também deve ser buscada pelo legislador “sempre que possível”, traduz-se na adequação do gravame fiscal às condições pessoais de cada contribuinte. É óbvio que não se pretende definir na lei o imposto de cada pessoa, mas sim estruturar o modelo de incidência de tal sorte que, na sua aplicação concreta, tais ou quais características dos indivíduos (número de dependentes, volume de despesas médicas etc.) sejam levadas em consideração para efeito de quantificação do montante do imposto devido em cada situação concreta. (AMARO, 2014).

Assim, pode-se considerar que a aplicação do princípio da capacidade contributiva nos impostos de natureza pessoal ocorre de forma simples. Bastando que se analisem as condições do contribuinte, verificando, de forma individual, sua capacidade econômica para incidência do imposto. Dessa forma, se exclui da base tributária tudo aquilo que é necessário à conservação do mínimo existencial.

O autor Ricardo Lobo entende que o princípio da personalização aplica-se ao Imposto de Renda, tendo em vista que a incidência do IR atua sob a orientação do subprincípio da progressividade. (TORRES, 2018).

Pelo exposto, denota-se facilidade na aplicação do princípio da capacidade contributiva nos impostos pessoais, tendo em vista um contato próximo entre o responsável pela arrecadação e a situação fática do contribuinte.

4.2. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: IMPOSTOS REAIS

Os impostos reais, também intitulados como impostos de natureza real, são os que em sua incidência, não tem como objetivo principal a observância dos aspectos pessoais. Ou seja, incidem primordialmente sobre o patrimônio (coisas) e não sobre a pessoa.

O autor Luciano Amaro leciona que, ainda que incidam sobre o patrimônio, os impostos reais também devem ser informados pelo princípio da capacidade contributiva, ou seja, não se pode, na criação destes, estabelecer critérios de quantificação do gravame em termos que ofendam a presumível capacidade econômica do contribuinte. (AMARO, 2014).

Logo, ainda que os impostos reais não considerem a pessoalidade do contribuinte, sua incidência sobre o patrimônio não pode ter o efeito de confisco, observado o artigo 150, inciso IV, da Constituição de 1988.

Ricardo Lobo, em seu livro Curso de direito financeiro e tributário, leciona que para a concretização do princípio da capacidade contributiva abre-se uma pluralidade de

possibilidades através de subprincípios, para alcançar grau maior de concretude nas normas de imposição. (TORRES, 2018).

No caso dos impostos reais, há 2 subprincípios necessários para se tributar diferentemente as diversas manifestações de riqueza, sendo:

- *Da seletividade*
- *Da progressividade*

O subprincípio da seletividade determina que o gravame deve ser inversamente proporcional à essencialidade do bem.

Assim, conforme leciona o autor Ricardo Lobo, o subprincípio da seletividade, que informa o IPI e o ICMS, inscrito nos artigos 153, parágrafo 3º, inciso I e 155, parágrafo 2º, inciso III, aponta para a incidência na razão inversa da essencialidade do consumo. Representa um elemento de personalização agregado a um tributo que originalmente se definiria como imposto real.

Dando como exemplo, a EC 29/00, ao modificar o artigo 156, parágrafo 1º, da CF/88, permitiu que tenha o IPTU “alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”, o que significa que o imposto municipal passa a ser seletivo em função do bairro ou região da cidade, ou da finalidade comercial, atendendo à pretensa variação da capacidade contributiva. (TORRES, 2018).

Portanto, ainda que de forma indireta, a seletividade trabalha com a aplicação da capacidade contributiva em cima dos impostos reais, tendo em vista que nos casos em que o contribuinte possui patrimônio incompatível com sua renda, que adveio de terceiros por herança, por exemplo, não há como tributar genericamente, ou seja, sem observar as peculiaridades de cada indivíduo, sem desrespeitar o princípio do não-confisco.

O autor Roque Antônio leciona que nos impostos reais a capacidade contributiva revela-se com o próprio patrimônio. Exemplificando, no caso do IPTU, em que havendo dois proprietários de imóveis urbanos idênticos, eles não pagariam IPTU's diferentes só porque um deles é rico industrial e o outro, modesto aposentado. Uma vez que nos impostos reais a capacidade contributiva é medida pelo patrimônio. (CARRAZZA, 2014).

Ricardo Lobo leciona que a progressividade, por sua vez, significa que o imposto deve ser cobrado por alíquotas maiores na medida em que se alargar a base de cálculo. E que o mesmo, não se tornou explícito na CF/88. (TORRES, 2018).

Portanto, é de se concluir que o subprincípio da progressividade visualiza o entendimento de que para patrimônios de alto valor, a alíquota deve ser maior, mas com o cuidado necessário para que a incidência do imposto real não tenha efeito confiscatório.

4.3. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E TRIBUTOS VINCULADOS

Mauricio Carlos Pichiliani conceitua que “os tributos vinculados são aqueles que se caracterizam pela atividade contraprestacional do Estado, isto é, o Estado disponibiliza um bem, um serviço ou exerce atividade de fiscalização – poder de polícia. Destinam-se a suportar os custos da atividade estatal, isto é, o produto de sua arrecadação é especificamente direcionado ao fundo, reserva ou órgão responsável pela atuação”. (2017, pág. 32).

Dever de contraprestação -----> Tributo vinculado

Sendo eles:

- As taxas;
- As contribuições.

Constata-se que nos tributos vinculados a observância da aplicação da capacidade contributiva não possui eficácia, uma vez que estão ligados à prestação de um serviço pelo Estado ao contribuinte. Logo, o custo da atuação estatal se sobreporia às particularidades das condições contributivas do indivíduo, não cabendo que os elementos presuntivos de riqueza do contribuinte sirvam de base para o cálculo das taxas.

E ainda, conforme leciona o autor Luciano Amaro, nas taxas de serviço, ainda que o indivíduo não usufrua do serviço prestado, ele continua sujeito da obrigação, uma vez que o serviço está a sua disposição, ou seja, há uma atividade administrativa em efetivo funcionamento. E que o fundamento das contribuições, comum às taxas, está em que a atuação estatal que possa ser referível a um indivíduo, ou a um grupo de indivíduos, deve ser financiada por tributos específicos, exigidos desses indivíduos e não pelos tributos (impostos) arrecadados de toda a coletividade. (AMARO, 2014).

Há de se considerar também, a presença do princípio aqui trabalhado nos casos em que o contribuinte possui isenção ou imunidade à aplicação das taxas ou contribuições, devido à características inerentes a si.

4.4. JURISPRUDÊNCIA

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA COMUM DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. TAXA DE POLÍCIA. DESPROPORCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO. 1. A questão central nesta ação direta está em saber (i) se lei estadual pode instituir tributo na modalidade taxa com fundamento no poder de polícia exercido sobre a atividade de geração, transmissão e ou distribuição de energia no território do respectivo Estado; e, em sendo positiva a resposta, (ii) se o tributo estabelecido pela Lei nº 7.184/2015 do Estado do Rio de Janeiro extrapolou, de alguma forma, essa competência tributária. 2. A competência político-administrativa comum para a proteção do meio ambiente legitima a criação de tributo na modalidade taxa para remunerar a atividade de fiscalização dos Estados. 3. É legítima a inserção da energia elétrica gerada como elemento de quantificação da obrigação tributária. Razoável concluir que quanto maior a energia elétrica gerada por aquele que explora recursos energéticos, maior pode ser o impacto social e ambiental do empreendimento, e, portanto, maior também deve ser o grau de controle e fiscalização do Poder Público. 4. No entanto, os valores de grandeza fixados pela lei estadual (1 megawatt-hora) em conjunto com o critério da energia elétrica gerada fazem com que o tributo exceda desproporcionalmente o custo da atividade estatal de fiscalização, violando o princípio da capacidade contributiva, na dimensão do custo/benefício, que deve ser aplicado às taxas. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Fixação da seguinte tese: Viola o princípio da capacidade contributiva, na dimensão do custo/benefício, a instituição de taxa de polícia ambiental que exceda flagrante e desproporcionalmente os custos da atividade estatal de fiscalização.

(ADI 5489, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2021 PUBLIC 12-03-2021)

EMENTA: COFINS . NÃO-CUMULATIVIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 135/2003. LEI Nº 10.833/2003. LEGALIDADE. ISONOMIA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E NÃO-CONFISCO. 1. Não há impedimento da Medida Provisória nº 135/2003 estabelecer normas relativas à COFINS, não incidindo a coibição do art. 246 da Constituição. 2. A majoração da alíquota de 3% para 7,6%, para as empresas optantes pela tributação considerado o lucro real foi

realizada juntamente com a instituição da não-cumulatividade da COFINS e o direito ao aproveitamento de créditos (o artigo 3º da Lei nº 10.833). 3. É constitucional a previsão em lei ordinária que introduz a sistemática da não-cumulatividade a COFINS dado que observa os princípios da legalidade, isonomia, capacidade contributiva global e não-confisco.

Decisão: Em continuidade de julgamento, o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (tema 34): “É constitucional a previsão em lei ordinária que introduz a sistemática da não-cumulatividade a COFINS dado que observa os princípios da legalidade, isonomia, **capacidade contributiva** global e não-confisco”, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 02.09.2020

(RE 570122, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-287 DIVULG 04-12-2020 PUBLIC 07-12-2020)

5. CONCLUSÃO

Após ampla abordagem do tema, é notável o dilema enfrentado pelo legislador que ao mesmo tempo em que garantia ao Estado o poder de tributação como forma de assegurar a soberania estatal, estabelecia limites ao poder servindo de amparo ao contribuinte contra a concretização do confisco tributário.

Todavia, esse amparo ao contribuinte não é, na prática, perfeito. Há tributos que possuem aplicabilidade de forma genérica, incidindo sobre as coisas, o que torna complexa a observância da capacidade contributiva do indivíduo que será afetado indiretamente, uma vez que a incidência dos impostos reais não tem como norte pessoalidade do indivíduo, logo pode-se ocorrer um desrespeito à garantia do não-confisco, ou até do limite mínimo existencial.

Entretanto, vale ressaltar que essa fragilidade da garantia do princípio da capacidade contributiva não ocorre por descaso do legislador, tendo em vista que a CRFB/88 e o CTN trazem toda uma estrutura de proteção ao contribuinte. A complexidade da tributação nas coisas reais em que o contribuinte adquire nos casos que tem uma grande disparidade entre o valor patrimonial e sua renda.

Portanto, conclui-se que ainda que o sistema tributário possua princípios com a finalidade de proteção do contribuinte, não é em todos os casos que ela é efetiva.

6. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 20ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 30ª ed. – São Paulo: Malheiros editores, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 20ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

PICHILIANI, Mauricio Carlos. Manual de direito tributário; coordenadores: Alexandre Pereira Pinto Ormonde, Luiz Roberto Carboni Souza e Sérgio Gabriel. – São Paulo: Rideel, 2018.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

A LEGALIDADE DA “CLÁUSULA DE RAIOS” NOS CONTRATOS DE SHOPPING CENTERS

ETINON RAMOS DE OLIVEIRA JUNIOR:

Doutorando em Direito pela PUC - São Paulo

INTRODUÇÃO

Desde a chegada dos shoppings centers no Brasil, vieram consigo novas formas de contratar típicas dos pactos americanos. Arraigados por um capitalismo bastante ofensivo, eles possuem uma forma muito diferente de olhar os contratos, com grande liberdade entre as partes para contratar, prestigiando a livre iniciativa.

Dentre as inovações trazidas pelos contratos de shoppings centers, talvez a mais controversas delas, seja a cláusula de raio. Um regramento que prevê que ao contratar com o empreendimento, o lojista pactua, de forma imediata, que não poderá ter estabelecimento comercial em um raio previamente especificado, próximo àquele shopping.

Apesar de muito comum no direito americano, e utilizado desde a década de trinta, este novo regramento contratual despertou bastante controvérsia na doutrina, que se dividiu entre aqueles que entendem ser totalmente possível a imposição de tal regramento e aqueles que discordam plenamente desta previsão contratual.

O estudo apresentará toda a origem deste regramento, seus conceitos e como é entendido nos Estados Unidos. Apresentará ainda, as duas partes da doutrina, suas melhores colocações e o que defendem para garantirem sua posição, além de demonstrar, também, como vem entendendo a jurisprudência mais recente.

Surgirão, então, as dúvidas cujo presente trabalho buscará elucidar: é legal a previsão contratual da cláusula de raio? Existem limites para a utilização desta cláusula? A cláusula de raio fere a livre iniciativa e a livre concorrência?

O presente trabalho utilizará o método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas e da dialética jurídica. Para tanto, será necessário uma abordagem sobre as “cláusulas de raio”, apresentando os vários posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, a sua importância para o empreendimento, bem como, os riscos que ela pode trazer para a livre concorrência e para o consumidor.

2 ORIGEM E CONCEITO

A origem das cláusulas de raio, segundo a doutrina, vem da época da crise econômica de 1929 dos Estados Unidos. Naquela época, nos anos que se seguiram, diante da dificuldade dos locatário em garantir mensalmente seus aluguéis, bem como, diante da necessidade dos locadores de manterem seus imóveis locados, surgiu um novo tipo de contrato, quer seja, um contrato por participação.

Neste novo contrato, o aluguel era pago de forma variável, e não mais sob um valor fixo. Este valor variável estava atrelado a própria receita do locatário, ou seja, o pagamento do aluguel correspondia a uma porcentagem do faturamento do locatário. Com essa nova forma de contrato todos ganhavam, uma vez que o locatário não precisava mais se preocupar se conseguiria ou não pagar o aluguel, pois, este seria proporcional ao seu faturamento, bem como, os locadores, apesar do risco, sabiam que receberiam seus aluguéis proporcionais no fim de cada mês.

Ocorre que esta situação trazia muito mais riscos ao locador do que ao locatário, uma vez que aquele, estava a mercê do faturamento deste. Desta forma, para evitar que o locatário, diante do sucesso de seu empreendimento, vendo seu faturamento aumentar, pudesse, por exemplo, criar um novo empreendimento, próximo ao primeiro, com o intuito de dividir a clientela e, conseqüentemente, diminuir o valor do seu aluguel, criou-se então, a "cláusula de raio".

Estas cláusulas previam, em regra, que o locatário não poderia instalar uma nova loja, em determinado raio de distância daquela onde havia instalado a primeira, para fins de proteção ao contrato de participação do locador.

Em um primeiro momento, e principalmente aplicada a realidade da época, esta cláusula nos parece bastante razoável, uma vez que todo o risco estava apenas com o locador, e a nova previsão equilibrava o contrato, garantindo ao locador que, diante de um sucesso do empreendimento do locatário, aquele contrato de risco, poderia também gerar frutos para ele.

Ora, sem entrar no mérito da boa-fé do comerciante, outra loja nas proximidades afetaria substancialmente os rendimentos do proprietário. De forma que permitir a fixação de aluguéis em bases percentuais e não haver restrições para impedir a abertura de novas lojas, colocaria nas mãos apenas do locador o poder de alterar uma das bases do contrato, quer seja a econômica, a seu bel-prazer, bastando para isso, criar um novo estabelecimento.

Diante deste precedente contratual criado, principalmente na década de trinta, na década de cinquenta, quando começaram a se popularizar os shopping centers nos Estados Unidos, quase que de imediato, surgiram neste novo tipo de contrato, as cláusulas de raio, que neste tempo, já eram bastante utilizadas no país.

Com a chegada dos shopping centers no Brasil, com a inauguração do Shopping Center Iguatemi, em São Paulo, em novembro de 1966, vieram também as cláusulas de raio. Não é verdadeiro que em todos os shoppings existam esse tipo de previsão contratual, mas é indubitável que se trata de uma proteção comercial, que muito se amolda ao tipo de contrato existente neste tipo de estabelecimento.

Esta aderência do contrato de shopping centers com a cláusula de raio, se deve muito à semelhança da forma de pagamento dos contratos de aluguéis da década de 30 nos Estados Unidos e dos contratos de locação das lojas de shopping centers, onde, dentre as formas de pagamento previstas, uma delas é o pagamento de aluguel sob a forma de porcentagem.

Porém, para muitos, a cláusula de raio se amolda muito mais aos shopping centers do que naquelas lojas da década de trinta, uma vez que, além de também possuir o aluguel percentual, esses conglomerados comerciais, possuem outras características, as quais denominam *tenant mix*, que será definida melhor posteriormente, que fariam com que se justificasse, ainda mais, tal previsão contratual.

Com a inovação contratual da cláusula de raio, por óbvio a doutrina e todos aqueles envolvidos nesta discussão, buscariam entender e definir melhor esta nova previsão contratual, e foi o que fez o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em recente publicação em seu próprio site:

A cláusula de raio é um instrumento contratual que obriga o lojista locatário de ponto comercial em shopping a não exercer as mesmas atividades em estabelecimentos que estejam situados a um raio de distância pré-determinado. Embora esse tipo de dispositivo não seja considerado ilegal em todo e qualquer contrato, ele tem potencial de gerar efeitos anticompetitivos dependendo de como as suas condições são estabelecidas.⁷²

Os doutrinadores Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas Souza, por sua vez, definem a cláusula de raio, como sendo:

(...)cláusula contratual pela qual o locatário (lojista) obriga-se a não constituir outra atividade idêntica ou congênere à sua (com extensão não só ao locatário como também aos seus sócios, empresas do

⁷² Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Cade discute cláusulas de raio em contratos de shopping centers. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-discute-clausulas-de-raio-em-contratos-de-shopping-centers>>. Acesso em: 11/06/2017.

grupo e até franquia) enquanto vigorar o pacto, cuja abrangência é fixada em extensão que varia de 1.000 metros a 3.000 metros (tendo-se notícia de até 5.000 metros).⁷³

Quanto ao aspecto material, conforme verificado na explanação acima, existem algumas formalidades já conhecidas neste tipo de contratos, encontra-se em um processo que vem sendo julgado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, um modelo de cláusula de raio utilizado por um grande shopping center, veja:

4.5) – As DECLARANTES reservam-se no direito de resilir ou rescindir qualquer contrato de locação, se a locatária, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no shopping center, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distancia inferior a 2.000m (dois mil metros lineares), de qualquer ponto do prédio do shopping center, distancia essa considerada em linha reta, até o eventual e novo estabelecimento do locatário; 4.5.1) – As disposições contidas nesta cláusula estendem-se às empresas ou firmas de que os sócios das sociedades locatárias do shopping center participarem ou venham a participar, direta ou indiretamente como quotistas ou acionistas na condição de controladores ou majoritários, ou através de franqueados, desde que se tratem de firmas ou franquias que explores as meas atividades por ela [s] exercidas no shopping center.⁷⁴

Resta evidente a finalidade dos shopping centers, com tais cláusulas, de limitar novas lojas de seus locatários, próximo ao seu empreendimento. Porém, não é consenso entre os juristas a sua classificação. Enquanto uns a qualificam como sendo uma “cláusula de exclusividade territorial”, outros a definem como “cláusula de não concorrência”.

É realmente um desafio verificar qual a qualificação mais acertada, uma vez que esta pode variar de acordo com o ponto de vista que analisado. Através da ótica do empreendedor, sem dúvida é possível classificar como uma cláusula de exclusividade

73 CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri; SOUZA, Marcelo Dornellas. Shopping Center: limites na liberdade de contratar. São Paulo: Saraiva, 2011, p.92.

74 Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. RIO DE JANEIRO. 2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0>>. Acesso em: 11/06/2017.

territorial, uma vez que visa garantir que o locatário não buscará outro imóvel, de outro fornecedor, em área próxima ao seu.

Entretanto, para os defensores da cláusula de raio, ela não é apenas uma cláusula que limita a existência de outra loja da mesma rede nas proximidades de algum empreendimento, e nem se justifica apenas por isso, ao contrário, ela é muito mais do que isso.

Para eles, os lojistas que se encontram em um shopping center se diferenciam em muito dos demais lojistas, pois não é o shopping apenas um conglomerado de lojas, mas um novo conceito que envolve e oferece muito mais coisas, e que por isso, devem ser tratados de forma distinta. Nesse diapasão, não seria a cláusula de raio apenas uma proteção do empreendedor, enquanto fornecedor de um simples imóvel, o que se busca com tal cláusula é proteger todo um conglomerado de empreendedores e locatários, com interesses mútuos em um mesmo empreendimento.

De acordo com as ideias de Fábio Konder Comparato, tais interesses globais, são “comuns a todos os sujeitos neles envolvidos e, por conseguinte, nitidamente distintos dos interesses próprios ou particulares desses últimos”⁷⁵, e “devem prevalecer em relação a tais interesses particulares, como ocorre nas “organizações associativas ou societárias”⁷⁶.

Sobre estes interesses heterogêneos, também escreveu Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

As Normas Gerais de Funcionamento de todo o empreendimento estão contidas numa convenção –ou contrato-tipo- que estabelece as regras normativas de funcionamento de todo o empreendimento, vinculando todos os lojistas, os atuais e os que venham a ser naquele shopping center. Tais normas gerais contêm cláusulas comuns a todos os contratos, com a finalidade de uniformizá-las, de forma que as avenças, como o contrato de locação, o regimento interno, o fundo de promoções coletivas, a associação dos lojistas e a administração do centro comercial já estejam previamente delimitadas em suas cláusulas gerais, o que faz com que a redação

75 COMPARATO, Fábio Konder apud CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência. Revista do IBRAC, vol.10, n.3, 2003. Disponível em: <<http://www.loboeibeas.com.br/archives/535>>. Acesso em: 11/06/2017.

76 CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência. Revista do IBRAC, vol.10, n.3, 2003. Disponível em: <<http://www.loboeibeas.com.br/archives/535>>. Acesso em: 11/06/2017.

dos demais contratos fique deveras facilitada. A função da convenção consistente nas Normas Gerais Complementares é permitir a efetiva implantação e aplicação da atividade do shopping center, assegurando a homogeneidade naquilo que é próprio do empreendimento, e a cooperação de todos para o êxito das atividades comuns, subordinando os diversos direitos individuais dos lojistas ao interesse geral e coletivo de todos, empreendedor e lojistas. Há, por certo, a verificação de que o poder de atração exercido pelo empreendimento se refletirá no êxito de todos os lojistas, individualmente considerados nas suas atividades próprias e, logicamente, no sucesso do empreendedor. 77

Ora, uma determinada loja que opta por se instalar em um shopping center, não está em busca apenas de um espaço físico para locar, busca muito mais que isto, buscam o que a doutrina chama de "*tenant mix*", que é todo planejamento que o empreendedor de um shopping tem, em organizar de forma atrativa a clientela o seu estabelecimento, através de estudos preliminares que envolvem desde a posição das lojas até as possibilidades de lucro de cada uma delas.

Desta forma, vem se firmando o entendimento na doutrina de que o interesse da cláusula de raio não é imobiliário, não visa, exclusivamente evitar que o locatário busque outro imóvel em determinada região, mas sim, a preservação da clientela daquele shopping center. Portanto, para o empreendedor, o que está em jogo é a proteção da sua clientela.

Por isso, apesar de alguns defenderem que se tratam de cláusulas de exclusividade territorial, nos parece muito mais amplo, não se limitando apenas ao aspecto territorial, sendo sua melhor classificação como sendo cláusula de não concorrência.

Diante de todas estas novas realidades trazidas por um novo modelo de locação, dentro de um novo produto oferecido, complexo e diferente do habitual, há que se buscar proteger o consumidor, de forma que este não seja o único prejudicado nesta relação.

Neste diapasão, são vastas as previsões legais que vedam a restrição da concorrência, estimulando a livre iniciativa e a livre concorrência, a primeira delas, na própria Constituição Federal, em seu artigo 170, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

77 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Contrato de Shopping Center. Revista da EMERJ. Vol. 5, n. 18, 2002. p. 187- 227.

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência; (...)78

Já em seu artigo 173, §4º, a CF/88 prevê que a existência de tal conduta, deverá ser reprimida: “§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”79.

Pode-se verificar claramente, diante das previsões constitucionais acima, que o poder constituinte, teve uma grande preocupação em garantir a livre concorrência e a livre iniciativa, bem como, garantir que não haja dominação do mercado e a eliminação da concorrência.

Diante da modernização dos tipos de relação comercial, com o surgimento de várias novas empresas e conglomerados, dentre elas a própria disseminação dos shopping centers, que se multiplicaram como nunca, o legislador ordinário também se preocupou em dar segurança e regulamentar essas novas formas de mercado.

Entra em vigor então em 30 de novembro de 2011, a Lei nº 12.529, substituindo, principalmente a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que, até então, regulava o mercado. Dentre as mudanças trazidas pela nova lei, houve uma estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda), além de várias previsões sobre formas de prevenir e reprimir possíveis infrações contra a ordem econômica.

Dentre as previsões legais da nova lei, destaca-se a previsão expressa em seu artigo 36, de situações, sob as quais, estariam as empresas praticando infração contra a ordem econômica, veja:

78 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11/06/2017.

79 Ibidem. Acesso em: 11/06/2017.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;⁸⁰

É evidente a preocupação do legislador em garantir um mercado justo e equilibrado, onde se possa garantir uma concorrência leal, capaz de manter equilibrados os preços, e que possa permitir a entrada de novas empresas no mercado, sem riscos de sofrer retaliações, garantindo assim a livre iniciativa e a livre concorrência, garantias constitucionais.

Como é possível ver, se trata de uma relação complexa, entre os shopping centers e seus locatários, envolvendo vários interesses de ambas as partes, sem falar no interesse do próprio consumidor, que é constitucionalmente garantido e deve ser protegido.

Diante da complexidade inerente da cláusula de raio e de suas classificações, será apresentado a seguir como tem sido o entendimento dos doutrinadores, dos órgãos

80 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 De Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 11/06/2017.

administrativos e da própria jurisprudência, na análise do caso concreto e na aplicação das leis que foram acima mencionadas.

3 REQUISITOS, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Por se tratar de um tema bastante controverso, é compreensível que existam posições doutrinárias diferentes, bem como, diversas decisões de órgãos administrativos responsáveis por equilibrar essa relação, como é o caso do CADE, e até mesmo do próprio judiciário, que ora condenam as cláusulas de raio, e em outra, lhe garantem validade. O trabalho se dedicará agora a aprofundar um pouco nestas posições e decisões.

Inicialmente é importante salientar, que durante o estudo do tema, pôde-se verificar que existem algumas “regras de validade” tácita, que vem sendo seguida pela jurisprudência. Como por exemplo a verificação, no caso concreto, se a restrição está limitada ao tipo de atividade que aquele lojista desempenha dentro do empreendimento, ou seja, se a cláusula veda apenas que o locatário se exima de montar próximo ao shopping loja do mesmo ramo que aquela que possui lá, não sendo aceitas cláusulas que vedam o empreendedorismo do locatário, em atividade diversa daquela.

Outro ponto importante na doutrina e na jurisprudência é a teoria do investimento do empreendedor para construir aquele empreendimento e garantir que o mesmo dê lucro, a si e a todos os lojistas. É o chamado *tenant mix*, já conceituado acima. Ele se inicia ainda no estudo de viabilidade do empreendimento, quando se verifica o local que irá ser construído e a área (raio) que irá conseguir atingir a clientela. Em regra, mostram os estudos, que um shopping center costuma atrair clientes em um raio de até 15 minutos, em grandes centros, em uma distância de 2 quilômetros.

Por isso os shopping centers, como já dito anteriormente, não podem ser considerados como um conglomerado de lojas, haja visto que há uma série de estudos e investimentos visando garantir o lucro dos locatários, tais como estudo da população próxima ao empreendimento, suas rendas, seus hábitos de consumo, seu poder de compra, buscam o empreendedor, melhorias no tráfego. Dentro do próprio projeto do shopping center, dentro do “mix” de produtos que oferecerá, mesclam a existência de grandes e famosas lojas, chamadas de “lojas-âncora”, com lojas menos conhecidas, chamadas de “lojas-satélites”, que poderão explorar o poder de atração das grandes marcas.

Seria muito simplório, fazer uma definição da cláusula de raio, ou mesmo um julgamento, no caso concreto, sem levar em conta todo esse contexto. Caio Mário da Silva Pereira, em seus estudos, destaca estas características específicas destes empreendimentos:

O shopping center tem características próprias, arregimentadas e às vezes custosamente montadas pelo organizador. A escolha de um locatário, sua localização no conjunto, a distribuição dos gêneros do comércio são objeto de um planejamento meticuloso, e não obra do acaso. Aquilo que para o cliente pode parecer mera coincidência assume, na verdade, fruto de estudo, de cogitação, de estimativa de qualidade, de que tudo resulta um conjunto harmônico, indispensável à rentabilidade mercadológica do empreendimento.⁸¹

Maria Elisa Gualando Verri, também ressalta as dificuldades que possuem os shoppings de prestar um serviço diferenciado, e defende a imposição de regras diferenciadas, por este motivo:

o shopping center precisa de uma estrutura diferenciada para alcançar sua finalidade. Devem estar presentes uma grande diversidade de lojas e facilidade de locomoção, estacionamento, etc., para atrair a clientela. E as lojas devem ser apostas estrategicamente, também para atrair a clientela. Portanto, não basta que um shopping center seja composto de um conjunto de lojas. Regras têm de ser impostas, dentre elas as restritivas, para que seja mantida a organização dos shopping centers.⁸²

Outro ponto, que vem se tornando unanimidade, é o prazo estabelecido para tal cláusula. O raciocínio que se faz é simples, se foi afirmando que tal cláusula é necessária para devolver ao empreendedor, um investimento que o mesmo teve, para planejar, implementar e administrar o empreendimento, nada mais justo que este retorno tenha um prazo de validade, ou seja, qual seria o tempo necessário para estipulação de uma cláusula de raio que garantisse o retorno econômico do empreendedor? Muitos tem entendido que este tempo de retorno seria de, no máximo 5 anos, e este deveria ser o limite de duração desta cláusula, vedada sua renovação, e vedada a cláusula sem prazo.

Quanto à extensão do raio, a doutrina e jurisprudência vem se posicionando no sentido de ser razoável, cláusulas de até 2 Km, em determinadas situações permitindo, no caso concreto, o limite de 5 quilômetros, sendo vedadas cláusulas

81 PEREIRA, Caio Mário da Silva apud CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência. Revista do IBRAC, vol.10, n.3, 2003. Disponível em: <<http://www.loboeibeas.com.br/archives/535>>. Acesso em: 11/06/2017.

82 VERRI, Maria Elisa Gualando apud CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência. Revista do IBRAC, vol.10, n.3, 2003. Disponível em: <<http://www.loboeibeas.com.br/archives/535>>. Acesso em: 11/06/2017.

com raio superior a isso. Geralmente se levam em conta para auferir a razoabilidade da cláusula, dentre outros, o número de habitantes, se a delimitação do raio prejudicará outros empreendimentos e os próprios investimentos do shopping.

Mas dentre todas as análises necessárias para validação da cláusula de raio, vem se tornando essencial a aplicação da razoabilidade. Para os doutrinadores, a legislação brasileira importou dos Estados Unidos, juntamente com os contratos que previam as cláusulas de raio, a regra da razão, sob a qual, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em um caso conhecido de aplicação da lei antitruste da Standard Oil, afirmou que tal lei deveria ser interpretada “sob a luz da razão”, de maneira que apenas aquilo que fugisse do razoável, sob a ótica da razoabilidade, tomando por base todo o conjunto de fatores que envolvem cada caso, deveria ser considerado ilícito. Veja uma afirmação do famoso Juiz Louis Dembitz Brandeis, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que ficou conhecido por conciliar o desenvolvimento com os interesses da sociedade:

(...) the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and predict consequences.⁸³

Ora, o que esse notável jurista americano tenta afirmar é que não há que se falar em nulidade de uma cláusula de raio *per se*. Há uma série de fatores a serem analisados em conjuntos para uma cognição correta. O próprio CADE, no Anexo II da sua Resolução 20, de 09 de junho de 1999, coloca a razoabilidade como moderadora:

⁸³ U.S. Supreme Court. Chicago Board of Trade v. United States. No. 98. Decided March 4, 1918. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/case.html>. Acesso em: 11/06/2017.

O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à concorrência, e não apenas a concorrente(s) em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica. Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis à vis seus possíveis benefícios (eficiências) compensatórios.⁸⁴

A doutrina brasileira também vem se posicionando nesse sentido, para Pedro Paulo Salles Cristofaro, é válida a cláusula, diante do preenchimento de certos requisitos:

Inicialmente, é necessário que se defina o tipo de atividade empresarial sobre a qual incide a regra de não concorrência com o shopping center. Na medida em que a cláusula de raio tem função essencial de manter a posição relativa do lojista no tenant mix, considerando sua força atrativa, não há porque estendê-la além das atividades exercidas pelo lojista naquele shopping. No que diz respeito ao prazo de vigência, entendemos que, em situações normais [admite-se] [...] que a restrição vigore durante todo o curso da relação locatícia. Por fim, o raio propriamente dito em que a concorrência estaria proibida deverá ser limitado ao estritamente necessário para que o poder de atração da loja localizada no interior do shopping não seja aviltado. A distância cabível, naturalmente, dependerá de diversos fatores, que fazem parte dos próprios estudos de viabilidade para a composição do tenant mix. Em um 'shopping de vizinhança', cujo mix é formado para atender as necessidades básicas de consumidores vizinhos, o raio de proteção será menor; em um shopping regional, que visa a atender a toda sorte de clientes, o raio poderá ser maior. No interior, em que o deslocamento entre grandes distâncias se faz em um curto espaço de tempo, o raio poderá ser maior, nos grandes centros, marcados por engarrafamentos, menor, etc.⁸⁵

84 Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Resolução nº 20 de 09/06/1999. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=96756>>. Acesso em: 11/06/2017.

85 CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência. Revista do IBRAC, vol.10, n.3, 2003. Disponível em: < <http://www.loboeibeas.com.br/archives/535>>. Acesso em: 11/06/2017.

O judiciário também vem enfrentado essa matéria de forma repetitiva, aqueles que vêm dando validade as cláusulas, o vem fazendo baseado nos requisitos de validades que foram apontados acima. Em 2011, ao julgar o processo 9219951-28.2009.8.26.0000, o TJ-SP, entre o **Condomínio Shopping Center Iguatemi e Valdac Ltda**, reconheceu a validade da cláusula de raio. De acordo com o Desembargador Relator Edgard Rosa:

[...] disposições de não-concorrência nos “Shopping Centers” visam resguardar os interesses de tais centros comerciais que, na complexa e peculiar atividade desenvolvida, procuram organizar seu espaço físico de maneira estratégica, formando o seu “tenant mix” com vistas a atrair o público-alvo por eles definido. Daí a seleção dos produtos almejados por essa gama de clientes e das lojas freqüentadas por tais consumidores. [...] Por essa razão, é legítimo concluir que o shopping center, em si mesmo, apesar de destituído de personalidade jurídica, é objeto de proteção do direito concorrencial, tanto em relação a terceiros, como também nas relações entre os próprios comerciantes com estabelecimentos nele localizados [...] Disso se extrai que cláusulas de interdição de concorrência nos shoppings centers, a exemplo da cláusula de raio discutida no caso em apreço, são perfeitamente válidas e encontram seu fundamento na necessidade de assegurar a clientela do centro comercial e, por consequência, o faturamento e a própria continuidade do negócio.⁸⁶ Como forma de buscar argumentos para justificar a validade da cláusula de raio, no caso concreto, o Desembargador Edgard Rosa considerou que o Shopping Center Iguatemi: [...] delimitou suficientemente a abrangência espacial da proibição de concorrência, que alcança um raio de apenas 2,5 km (dois quilômetros e meio) do centro do terreno do Shopping Center Iguatemi, distância está plenamente razoável quando comparada à larga extensão da metrópole de São Paulo. Assim, diversamente do que tenta fazer crer a empresa ré, a cláusula de raio instituída pelo Shopping Iguatemi não se revela genérica e abusiva, mas sim precisa em sua delimitação no espaço e fundada na necessidade de proteger a clientela do centro comercial, o que reverte em favor dos próprios lojistas.⁸⁶

86 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 9219951-28.2009.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://www.buscaoficial.com/c/diario/cAbzhdGs/>>. Acesso em: 11/06/2017.

O Superior Tribunal de Justiça, pouco tem entrado no mérito da questão, por, muitas das vezes, demandar reanálise fática. Mas nas poucas vezes que se manifestou, tem sido no sentido apresentado acima, de que a regra não é nula *per se*, mas demanda uma análise no caso concreto, aplicada a razoabilidade, *in verbis*.

Em tese, não é abusiva a previsão, em normas gerais de empreendimento de *shopping center* ("estatuto"), da denominada "cláusula de raio", segundo a qual o locatário de um espaço comercial se obriga - perante o locador - a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância contado a partir de certo ponto do terreno do *shopping center*. 87

Em julgado ainda mais recente, em maio de 2016, no Recurso Especial nº 1535727, o STJ se posicionou pela não abusividade da cláusula de raio. Veja a decisão:

A cláusula de raio, inserida em contratos de locação de espaço em shopping center, não é abusiva. O entendimento é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), firmado em julgamento de recurso especial. Para o colegiado, os shoppings constituem uma estrutura comercial híbrida e peculiar e as cláusulas extravagantes servem para garantir o fim econômico do empreendimento.⁸⁸

Mas há também aqueles que enxergam na cláusula de raio uma nítida afronta à livre iniciativa e à livre concorrência, prejudicando de forma incontroversa o consumidor. O Ministro Luís Roberto Barroso, em um de seus estudos, aponta quatro elementos essenciais da livre iniciativa como princípio constitucional. Seriam eles a propriedade privada, a liberdade de empresa, a liberdade de lucro e a liberdade de contratar, sendo estes, os limites a serem respeitados. Já Miguel Reale aponta na livre iniciativa a transposição, para a vida econômica, dos princípios de liberdade individual assegurados pela Constituição. O próprio Reale trata de definir livre concorrência como sendo: "o 'princípio econômico' segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado"⁸⁹.

87 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.535.727-RS. 4ª Turma. Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 10/5/2016. Disponível em: < <http://www.tributosdegoias.com.br/2016/08/08/stj-define-as-clausulas-extravagantes-permitidas-no-contrato-do-shopping-center/> />. Acesso em: 11/06/2017.

88 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1535727. 2016. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3139662/boletim-sedif-n-79-2016.pdf>>. Acesso em: 11/06/2017.

89 REALE, Miguel. Aplicações da Constituição de 1988, ed. Forense, 1990, p. 14.

Obviamente o primeiro limite seria este mesmo, apontado por Miguel Reale, a própria constituição, que como visto acima, protegem de forma peremptória a livre iniciativa e a livre concorrência. A fundamentação Constitucional para invalidade da cláusula de raio por violação à livre concorrência e à livre iniciativa também é defendida por Gladston Mamede:

[...] a vigente Constituição Federal não mais permite que sejam postos limites à capacidade dos cidadãos (individualmente ou organizados em pessoas jurídicas) de livre agir e de livre concorrer. Basta recordar que a livre iniciativa é fundamento da República, assim definido pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal. Reconhece o nosso legislador constituinte que é do interesse do Estado brasileiro, para benefício do País, que as pessoas tenham amplas possibilidades de ação econômica, elevando a possibilidade de concretizar empreendimentos os mais diversos, desde que legais, à condição de base do sistema jurídico e econômico no qual baseia-se a República. Além do mais, não se pode desprezar a colocação do princípio no momento fundamental da Ordem Jurídica, vale dizer, logo no 1º artigo da Constituição; como se não bastasse, a Norma Maior privilegia-o um outra vez em momentos posteriores de seu texto. E assim, encontra-se a disposição anotada no artigo 170 da Constituição: logo no caput, consagra-se, uma vez mais, o império da livre iniciativa, ao passo que o inciso IV consagra o princípio da livre concorrência.⁹⁰

Na legislação infraconstitucional não é diferente, a lei antitruste, além da proteção, trouxe um grande rol de hipóteses que caracterizam infração contra a ordem econômica, tais como: dominar o mercado, exercer de forma abusiva posição dominante, limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado, dentre outros.

Quanto a posição dominante, que tem sua previsão na lei antitruste, em seu artigo 36, inciso IV, encontra-se seu conceito no art. 82 (antigo artigo 86) do Tratado da Comunidade Européia (The European Community acknowledges):

“a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable

90 MAMEDE, Gladston. Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 110.

extent independently of its competitors, customers and ultimately consumers”.⁹¹

Outra preocupação evidente é a de que não se limite ou impeça o acesso de novas empresas ao mercado, previsto no Art. 36, §3º, III - Lei 12.529/11. Ora, sem dúvida uma preocupação muito importante, haja vista que a cláusula de raio, se não respeitada sua razoabilidade, sem dúvida, poderia evitar a entrada de novas empresas no mercado, principalmente naquele raio aplicado. O mesmo raciocínio se aplicaria a previsão do inciso IV do mesmo dispositivo, que prevê que não se poderá “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente”⁹², por óbvio, a finalidade desta, é a mesma daquela, evitar que a cláusula impeça a criação ou mesmo a manutenção de outras empresas.

A crítica a forma que a cláusula está estipulada no contrato também existe. Em um primeiro momento quanto ao fato de ser o contrato, e tão logo a cláusula, um contrato de adesão, tipo de contrato muito conhecido no direito do consumidor, onde não há espaço para a discussão do contrato, ou mesmo de uma cláusula, sendo sua única opção a assinatura do contrato da forma que lhe é apresentado. O segundo ponto, também apontado como vício pela doutrina, é o fato desta cláusula ser unilateral, ou seja, causando restrição apenas ao lojista, não havendo nenhuma imposição que o empreendedor, por exemplo, crie outro shopping no mesmo raio.

É neste sentido que se posiciona o Desembargador e Professor Guilherme Calmon que defende que esta unilateralidade da cláusula, por si só, já é suficiente para torná-la ilícita:

[...] leonina, imposta pelo empreendedor sem que o lojista pudesse alterar ou modificar [o contrato], deixando ao arbítrio do locador a possibilidade de se inaugurar novo estabelecimento próximo ao shopping center. (...) É de se reconhecer, pois, cuidar-se de cláusula ilícita, por encerrar abusividade evidente.⁹³

⁹¹ Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities. 1978. Disponível em: < <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:134898/fulltext01.pdf>>. Acesso em: 11/06/2017.

⁹² BRASIL. Lei n.º. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 11/06/2017.

⁹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Revista da EMERJ. Contrato de Shopping Center. Vol. 5, n. 18, 2002. p. 224.

O reconhecimento da validade destes contratos e destas cláusulas são de responsabilidade, em um primeiro momento, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que tem como função orientar, fiscalizar, prevenir e apurar os abusos econômicos. E ele tem se posicionado no sentido de não validade das cláusulas de raio, embasando-se no direito à livre concorrência e abuso do poder dominante, como se pode extrair de seus julgados.

No caso mais conhecido de julgamento deste órgão, sobre este assunto, e que foi levado ao judiciário, onde até hoje não se encerrou, ao analisar a validade da cláusula de raio do Condomínio Shopping Center Iguatemi, o CADE, condenou a empresa pela utilização ilegal da cláusula, apontando vários motivos para sua decisão, veja um trecho com os principais pontos abordados:

- a) o lojista-condômino é prejudicado porque fica impedido de instalar outro estabelecimento similar em local próximo (de modo que poderia analisar a melhor opção de ponto comercial), ficando obrigado a pagar um aluguel cada vez mais alto naquele “shopping” exclusivo;
- b) o custo dessa “exclusividade” acaba sendo repassando para o consumidor, com o aumento dos preços das mercadorias/serviços oferecidos;
- c) os “shoppings” e galerias concorrentes são afetados, pois não podem ter essas lojas nem disputar o mercado com o agente econômico que exerce a liderança no setor;
- d) o consumidor é prejudicado com a impossibilidade de escolher, de acordo com sua conveniência, para onde se dirigir para adquirir aquele produto/serviço;
- e) a sociedade perde com a ausência de rivalidade e de concorrência no mercado e, portanto, com a falta de incentivo à exploração eficiente da atividade econômica.⁹⁴

Inconformado com a decisão, o Shopping Iguatemi entrou com uma Ação Anulatória na Justiça Federal, a mesma tramitou na 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito

94 HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. Cláusula de raio: violação ao princípio da livre concorrência. 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,clausula-de-raio-violacao-ao-principio-da-livre-concorrenca,49978.html>>. Acesso em: 10/06/2017.

Federal, sob o nº 0010504-07.2008.4.01.3400, em sua sentença, o Juiz Federal Dr. João Luiz de Sousa, manteve a decisão do CADE:

e tal arte, entendo que a conduta tida pelo autor, ao fixar cláusula de raio aos contratos firmados com os lojistas, limitou e prejudicou a livre concorrência e a livre iniciativa ao exercer de forma abusiva posição dominante em mercado relevante de bens e serviços; além disso, concluo que a cláusula vergastada limitou o acesso de novas empresas ao mercado, bem assim criou dificuldades ao desenvolvimento e funcionamento de concorrentes que atuam no mercado relevante. Caracterizada, pois, a infração à ordem econômica, nos termos da legislação de regência, é consequência lógico-jurídica a imposição de sanções legais. Nesse sentido, observo que os parâmetros adotados na decisão administrativa estão em consonância com a Lei n. 8.884/94, bem assim com a gravidade da conduta, ressaltando-se, inclusive, que o valor da multa fixada pelo CADE dentro dos limites permitidos. A decisão colimada é, pois, razoável e obedece aos requisitos constitucionais e legais que regem a matéria, razão pela qual a pretensão vestibular não se reveste de plausibilidade, afigurando-se, logo, insubsistente a tese ventilada na exordial, remanescendo, por consequência incólume o ato administrativo vergastado.⁹⁵

Outras decisões também foram no mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Ceará, ao julgar matéria concernente à cláusula de raio, cujo comprimento era de 5 (cinco) quilômetros, decidiu pela invalidade da cláusula:

[...] Na espécie, tenho que a chamada "cláusula de raio", imposta pelo Shopping Center apelado, não se coaduna com as restrições legais atinentes ao abuso do poder econômico e à livre concorrência, tendo em vista que simplesmente cria limites que não condizem com a competitividade inerente aos mercados. Com efeito, a impossibilidade de a apelante, com filial no Shopping Center apelado, abrir novos estabelecimentos comerciais em um raio de 05 (cinco) quilômetros afigura-se nesta sede irrazoável, porquanto prejudica a livre concorrência, na medida em que visa tão somente a dominação do mercado pelo North Shopping. [...] Ademais, estreme de dúvidas que a referida cláusula objetiva não só o aumento do

95 HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. Cláusula de raio: violação ao princípio da livre concorrência. 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,clausula-de-raio-violacao-ao-principio-da-livre-concorrenca,49978.html>> . Acesso em: 10/06/2017.

faturamento geral do Shopping Center apelado, mas também o monopólio, ou seja, a exclusividade de algumas lojas em seu espaço, prática esta que vai de encontro ao disposto no art. 20, incisos I e II, da Lei nº 8.884/9440, porquanto limita, abruptamente, o acesso do cliente aos serviços oferecidos pelos centros comerciais concorrentes. [...].⁹⁶

Decisão semelhante ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde foram destacados, como motivos principais, a defesa do consumidor e a limitação a abertura de novos comércios, veja a decisão:

“A princípio, não se pode falar em ilegalidade por haver previsão de “cláusula de raio” nas normas gerais de shopping centers, pois tal previsão decorre da autonomia privada dos contratantes, que, em tese, podem ajustar os respectivos direitos e obrigações. [...] Ocorre que a “cláusula de raio”, quando usada de forma abusiva, pode e deve ser considerada ilícita, notadamente quando viola preceitos da ordem econômica e dos direitos dos consumidores, porquanto, nesse caso, não se trata apenas de interesse privado, mas sim de interesse público, da coletividade. Também constituiu infração à ordem econômica limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; ou criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, nos termos do art. 21, incs. IV e V, da Lei 8.884/199438. [...] Além disso, é possível vislumbrar violação aos dispositivos do CDC, pois a “cláusula de raio” limita a abertura de novos estabelecimentos nos arredores [...] Desse modo, por haver indícios de violação aos regramentos de proteção à ordem econômica e de defesa ao consumidor, vejo como presentes os pressupostos da prova inequívoca e verossimilhança das alegações da parte autora/agravante.⁹⁷

⁹⁶ CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 76043554200080600011. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Gizela Nunes da Costa. Julgado em: 06 dez. 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14866>>. Acesso em: 10/06/2017.

⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70038585303. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ergio Roque Menine. Julgado em: 27 jan. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70038585303&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 12/06/2017.

Como é possível ver, apesar do CADE ter se posicionado de forma bastante contrária a cláusula de raio, na jurisprudência ainda não há uma posição definida, tendo sido aplicada a decisão muito em cima do caso concreto, verificando a localização do empreendimento, o público, o tamanho do raio, o tempo de duração de tal cláusula, dentre outros.

CONCLUSÃO

Neste breve estudo foi possível verificar como as cláusulas de raio tem tomado conta dos contratos, principalmente nos contratos de shopping centers. Na verdade estas regras vieram para o país, juntamente com os próprios empreendimentos, ainda na década de 60, porém, com a sua proliferação, aumentaram também a preocupação com esse tipo de cláusula.

A cláusula em si, é bastante simples, se tratando de uma previsão contratual que prevê que um determinado lojista, ao contratar com um shopping center, assina um contrato onde uma de suas cláusulas estipula que ele não poderá, em um raio específico, constituir um novo empreendimento.

Para aqueles que são contra a cláusula, para o pressuposto de que ela é leonina em sua essência, uma vez que já nasceriam violando a livre concorrência e a livre iniciativa. Outro forte argumento para aqueles que assim entendem é a própria lei antitruste, que prevê, dentre outras coisas, que há que se punir aqueles que: impeçam o acesso de novas empresas no mercado, criem dificuldade para o funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente, assumam posição dominante, dentre outros.

Por outro lado, para aqueles que defendem sua validade, a autonomia da vontade das partes deve prevalecer. Defendem ainda que, no mérito da própria cláusula, ela se justifica, uma vez que é o shopping center uma atividade atípica, que envolvem formas de contratação e investimentos diferenciados, o chamado "tenant mix", que não podem ser comparado com qualquer outro contrato do mercado. Por fim, também entendem que devem ser levados em conta o investimento e a perspectiva de retorno do empreendedor, que também deve ser protegido nesta relação.

Pode-se concluir, portanto, que a cláusula, per se, não é ilícita, devendo seus possíveis vícios serem analisados caso a caso. A jurisprudência vem se consolidando no sentido de que existem regras a serem seguidas para que sejam reconhecidas a validade desta cláusula, dentre elas que o raio definido seja proporcional ao tamanho do empreendimento e ao meio que está inserido. A verdade é que quase todas as interpretações da jurisprudência, tanto do CADE, quanto do próprio Judiciário, tem sido no sentido de que a cláusula é válida na medida que não prejudica terceiros, principalmente o consumidor.

Sendo assim, a cláusula não nasce viciada, mas adquire o mesmo na medida em que não adota o princípio da razoabilidade na sua previsão. Não é, por si só um atentado a livre iniciativa e a livre concorrência, mas o faz, na medida que ultrapassa os limites razoáveis da sua aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11/06/2017.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 De Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 11/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1535727. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3139662/boletim-sedif-n-79-2016.pdf>>. Acesso em: 11/06/2017.

Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities. 1978. Disponível em: <<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:134898/fulltext01.pdf>>. Acesso em: 11/06/2017.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 76043554200080600011. 2ª Câmara Cível. Rel. Desa. Gizela Nunes da Costa. Julgado em: 06 dez. 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14866>>. Acesso em: 10/06/2017.

CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri; SOUZA, Marcelo Dornellas. Shopping Center: limites na liberdade de contratar. São Paulo: Saraiva, 2011, p.92.

COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos "shopping centers". Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XXXIV, n. 97

Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Cade discute cláusulas de raio em contratos de shopping centers. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-discute-clausulas-de-raio-em-contratos-de-shopping-centers>>. Acesso em: 11/06/2017.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Resolução nº 20 de 09/06/1999. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=96756>>. Acesso em: 11/06/2017.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência. Revista do IBRAC, vol.10, n.3, 2003. Disponível em: < <http://www.loboeibeas.com.br/archives/535>>. Acesso em: 11/06/2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de Shopping Center. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 18 (2002). Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2002. p. 187- 227.

HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. Cláusula de raio: violação ao princípio da livre concorrência. 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,clausula-de-raio-violacao-ao-principio-da-livre-concorrenca,49978.html>>. Acesso em: 10/06/2017.

KARPAT, Ladislau. Locação em geral e aluguéis em shopping centers. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAMEDE, Gladston. Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 110.

MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. "Shopping centers". Revista dos Tribunais. Ano 73, vol. 580.

REALE, Miguel. Aplicações da Constituição de 1988, ed. Forense, 1990, p. 14.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70038585303. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ergio Roque Menine. Julgado em: 27 jan. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70038585303&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 12/06/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 9219951-28.2009.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://www.buscaoficial.com/c/diario/cAbzehdGs/>>. Acesso em: 11/06/2017.

Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. RIO DE JANEIRO. 2014. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0>>. Acesso em: 11/06/2017.

U.S. Supreme Court. Chicago Board of Trade v. United States. No. 98. Decided March 4, 1918. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/case.html>>. Acesso em: 11/06/2017.

VERRI, Maria Elisa Gualando apud CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência. Revista do IBRAC, vol.10, n.3, 2003. Disponível em: < <http://www.loboeibeas.com.br/archives/535>>. Acesso em: 11/06/2017.

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ERRO MÉDICO AO PACIENTE

FELIPE TEIXEIRA FERNANDES:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

DANILO BEZERRA DE CASTRO⁹⁸

(orientador)

RESUMO: O trabalho analisa a responsabilidade civil do médico por erro médico, frente a responsabilidade instituída no Código de Defesa do Consumidor. O objetivo geral objetivo é identificar o entendimento predominante a respeito da responsabilidade civil do médico por dano ao paciente. O problema da pesquisa abrange os casos envolvendo erro médico e a responsabilização civil por danos causados ao paciente frente à possível incidência da responsabilidade imposta no Código de Defesa do Consumidor. A metodologia é pesquisa bibliográfica e documental, para desvendar conceitos, raciocínios, entendimentos da legislação, doutrinas, e jurisprudências que possam ser utilizadas no tema. Perante o ordenamento pátrio são imputadas exceções a responsabilidade do profissional liberal, o Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilidade, independente de culpa e o Código Civil a comprovação da conduta negligente, imprudente e negligente do médico. Quanto aos resultados, a responsabilidade das clínicas e hospitais é objetiva. Conclui-se que a responsabilidade do profissional liberal é subjetiva, incidindo a responsabilidade objetiva nos casos previstos em legislação.

Palavras-chave: Culpa; Erro Médico; Objetiva; Responsabilidade Civil; Subjetiva.

ABSTRACT: The work analyzes the doctor's civil liability for medical error, facing the responsibility established in the Consumer Defense Code. The general objective is to identify the prevailing understanding regarding the physician's civil liability for harm to the patient. The research problem covers cases involving medical errors and civil liability for damages caused to the patient in view of the possible incidence of liability imposed by the Consumer Defense Code. The methodology is bibliographic and documentary research, to unveil concepts, reasoning, understandings of legislation, doctrines, and jurisprudence that can be used in the subject. Exceptions to the responsibility of the liberal professional are imputed before the national order, the Consumer Defense Code adopts responsibility, regardless of fault and the Civil Code the proof of the negligent, reckless and negligent conduct of the doctor. As for the results, the responsibility of clinics and hospitals is

⁹⁸ Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. E-mail: danilo.castro@unest.edu.br

objective. It is concluded that the responsibility of the liberal professional is subjective, focusing the objective responsibility in the cases foreseen in legislation.

Keywords: Fault; Medical Error; Objective; Civil Responsibility; Subjective.

1 INTRODUÇÃO

O estudo analisa a responsabilidade civil do médico frente ao imposto no Código Civil, considerando que o legislador instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o que inflige divergência acerca de qual espécie de responsabilidade irá predominar no caso concreto, na responsabilidade subjetiva (lei cível) ou responsabilidade objetiva (legislação consumerista).

Tem-se por objetivo identificar o entendimento predominante a respeito da responsabilidade civil do médico por dano ao paciente, se este realmente será obrigado a reparar o dano causado, ou seja, obter um estudo mais aprofundado da relação médico-paciente. Os objetivos específicos estão apresentados nos três capítulos escolhidos para discussão do tema, dessa maneira, exemplificar o erro do médico durante sua atuação profissional, identificar a relação entre médico e paciente - contratual ou legal, analisar a responsabilidade civil por danos causados por erro dos médicos.

O problema da pesquisa abrange os casos envolvendo erro médico e a responsabilização civil por danos causados ao paciente, levando em conta que o Código de Defesa do Consumidor também poderá ser aplicado ao caso (perante a constatação de uma relação de consumo entre médico e paciente, essa conexão será regida pelo CDC) e imputa a vulnerabilidade do consumidor. Com isso, surgem questionamentos a respeito da incidência da responsabilidade civil nessa situação.

Vale acrescentar que a denominação erro médico, é expressão utilizada pelo Poder Judiciário para classificar a responsabilidade existente na conjuntura fática entre médico e paciente. Conquanto, no ordenamento brasileiro, ao profissional liberal são imputadas exceções, é tanto que o Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilidade objetiva desses profissionais, ou seja, a responsabilidade independente de culpa e o Código Civil a comprovação da conduta negligente, imprudente e negligente.

Para tanto, não restam dúvidas da importância do tema. Nesse pressuposto, também há responsabilidade de clínicas e unidades hospitalares.

Em relação a metodologia jurídica, está qualificada como pesquisa bibliográfica e documental, para desvendar conceitos, raciocínios, entendimentos da legislação, doutrinas, e jurisprudências que possam ser utilizadas no tema. A relevância da pesquisa,

incide na possibilidade de viabilizar outros estudos sobre o assunto, além disto, os casos que compreendem erro médico, afetam mulheres de pessoas diariamente.

O primeiro tópico fomenta o conceito de erro médico e o desenvolvimento histórico, fazendo abordagem doutrinária, abarcando a atuação profissional e o modo de agir de forma imprudente, negligente ou imperita.

A segunda seção trata da natureza jurídica das relações de consumo, analisando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ante a vulnerabilidade do consumidor ao adquirir produtos ou serviços.

Por consequência, o terceiro e último pressuposto teórico investiga a responsabilidade civil, estudando o entendimento da doutrina e posicionamento da jurisprudência sobre o conteúdo.

2 O ERRO DO MÉDICO DURANTE SUA ATUAÇÃO PROFISSIONAL

No primeiro capítulo será abordado os aspectos introdutórios acerca do erro médico. Vale frisar que o termo “erro médico”, embora em desuso, é utilizado neste estudo para promover uma melhor didática.

A terminologia “erro médico” foi feita em razão de ser a expressão bastante usada pelo Poder Judiciário para se tratar da responsabilidade civil existente na relação médico e paciente. Desse modo, por estratégia científica elegeu-se a referida expressão. (ROSENVALD; MENEZES; DADALTO, 2021)

Acerca dos preceitos históricos do erro médico, com primeiro histórico tem-se a tratativa disposta no Código de Hamurabi:

(...) que adotava a lei de talião da qual se encontram registros na Lei das XII Tábuas e que foi a primeira a estabelecer a compensação financeira. No Egito, as regras do Livro Sagrado deveriam ser seguidas pelos médicos que, assim procedendo, estariam livres de qualquer punição, mesmo com a morte do paciente. Os ostrogodos e visigodos entregavam o médico para a família do doente, falecido por suspeito erro daquele, para que o justicassem como bem entendessem. Da composição voluntária à critério da vítima, e que envolvia um “resgate” soma em dinheiro ou entrega de um objeto, passou-se à composição tarifada. Sobreveio, então, a Lei Aquilia, que estabeleceu as bases da responsabilidade dos médicos, prevendo indenizações e abolindo a pena de morte por imperícia e negligência. Exigia, entretanto, que o dano contrariasse o Direito e que fosse derivado de falta in committendo. (CORREIRA-LIMA, 2012, p. 23)

O mencionado autor ratifica dizendo que o Direito Francês acabou com a responsabilidade civil dos médicos em 1929, ao proclamar a responsabilidade moral dos profissionais de medicina. Já em 1936, firmou-se novo entendimento jurisprudencial sobre a responsabilidade médica, impulsando a responsabilidade médica e a responsabilidade do erro médico. (CORREIRA-LIMA, 2012)

Todavia, revela-se que o direito a integridade humana em sentido amplo (físico e moral), acompanha o homem desde sua concepção, com o surgimento da sua personalidade, ou seja, desde o nascimento com vida, até a morte, sendo este direito, oponível a tudo e a todos. (MILLEN *et al.*, 2014)

Acerca do conceito, o erro médico, ou propriamente dito, o dano causado pela atuação médica, pode ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial (este último se divide em danos morais e danos estéticos, que serão analisados mais adiante no terceiro capítulo). (ROSENVALD; MENEZES; DADALTO, 2021)

A denotação “erro médico” forma na mente das pessoas uma ideia de uma falha cometida pelo médico (incompetência). A expressão, entretanto, deve ser entendida como qualquer situação indesejada ocorrida nos serviços de assistência à saúde, de modo abrangente, envolvendo médicos, enfermeiros, entidade de atuação na área ou militantes em saúde. Na maioria dos casos, são situações isoladas se se considerar a infinidade de consultas, prescrições, tratamento, cirurgias, que são praticadas diariamente. Sendo ainda verbalizado de várias maneiras, como erro técnico, má prática profissional, mal desempenho ou conduta inadequada. Erro de diagnóstico, erro no procedimento, erro na escolha da terapia, falta de procedimento terapêutico, erro na administração ou prescrição de medicamento, falha de atendimento, etc. (POLICASTRO, 2019)

Assim, o erro médico e o erro do médico são premissas inconfundíveis, ao passarem pelo campo do Direito Civil, no que corresponde a responsabilização do causador do dano, de forma a ressarcir o prejuízo causado em face à conduta ilícita causadora de lesão física ou moral. (POLICASTRO, 2019)

É definido ainda como “a conduta (omissiva ou comissiva) profissional atípica, irregular ou inadequada, contra o paciente durante ou em face de exercício médico”. (CORREIRA-LIMA, 2012, p. 21)

Pode ser qualificada também como o dano provocado ao paciente, pela ação ou omissão, durante o exercício da profissão, sem o interesse de cometer o ato, em outros termos, há um defeito na prestação do serviço pelo médico ao paciente (aquele que sofre o dano). Um dos maiores receios de um médico, durante o exercício da profissão é cometer

um erro, pois isso possivelmente impacta a vida de todas as partes envolvidas ao caso concreto. (DEL VALLE, 2020)

Em função disso, as atividades “do médico e dos hospitais situados no Brasil, assim como todas as ações capazes de gerar dano, estão sujeitos à responsabilização, a depender do caso, civil ou criminal que a Lei determina”. (SILVA; THIBAU, 2020, p. 149). Como se vislumbra, a expressão erro médico, tem muita amplitude e com isso abarca além dos médicos, outros profissionais do ramo da saúde, como dentistas, enfermeiros, fisioterapeutas, dentre outros. Em resumo, será compreendido como o dano ocasionado ao paciente pela ação ou omissão de um profissional atuante na área da saúde. (FREITAS, 2020)

De todo modo, o erro médico poderá ser decorrente da atuação do profissional, e também derivado da atividade dos hospitais e clínicas médicas (ante a falta de assistência aos profissionais de saúde durante o exercício da profissão). Além do mais, não restam dúvidas que a ação ou omissão nesses mencionados núcleos poderá causar dano ao paciente. (FREITAS, 2020)

Nesse contexto, o Conselho Federal de Medicina no Código de Ética, classifica o erro médico conforme a conduta praticada pelo profissional durante a atuação:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida

(BRASIL, 2010, não paginado)

Embora o Código de Ética Médica não traga definição sobre o que seja erro médico, é essencial que o médico atue preventivamente de forma a evitar erros, sendo atualizado e atento ao cumprimento nas diretrizes dispostas no Código de Ética Médica. (BRASIL, 2010)

Conforme o exposto, no Artigo 186 do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) verifica-se que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(BRASIL, 2002, não paginado)

Na mesma forma, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo normativo, que deverá se responsabilizar civilmente o sofredor do dano, no artigo 5º, inciso V e X: “Art. 5º, inciso V, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e “inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2022, não paginado).

Dentro do certame médico, tem-se como imperícia a falta de conhecimento sobre determinado ato, é exemplo a falta de especialidade técnica. Na perspectiva da prática da imprudência, essa está atrelada a ação do profissional que age de modo a causar danos ao paciente, como na hipótese em que o médico prescreve medicamentos pelo telefone (para o seu auxiliar), sem realizar maiores exames. A negligência é conduta representada pela omissão, aqui o profissional será cobrado pelo que deixou de fazer. (SOUZA, 2020)

Há muitos modos do médico ser declarado imperito, imprudente ou negligente, como em situações em que qualquer profissional poderá delegar para assistente inexperiente procedimento que este não domina; realizar cirurgia sem os equipamentos de segurança necessários ou sem realizar o chamado risco anestésico; não verificar alergias ou a ingestão de outras drogas incompatíveis ao prescrever medicações etc. Não é aceitável, por exemplo, que vítima de lesão no trânsito, politraumatizada, não seja submetida a exame radiológico ou avaliação neurológica. Ou que o anestesiolista realize, simultaneamente, duas ou mais anestésias. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019)

O erro médico poderá ser arguido sobre duas formas de responsabilidade, como se verá nos capítulos seguintes, a responsabilidade legal, aquela atribuída aos tribunais, que comporta ações de cunho penal e civil. E a responsabilidade administrativa, cuja competência fica a cargo dos Conselhos de Medicina, por meio de instauração de procedimento ético disciplinar. (MILLEN et al, 2014)

Como consequência disso, o número de demandas judiciais envolvendo erro médico é expressivo. Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça entre os anos de 2014 a 2017, aponta-se que foram ajuizadas cerca de 83.728 demandas pleiteando indenização por erro médico. (BRASIL, 2018)

A doutrina de Santos estima que aproximadamente 70% dos processos contra médicos ocorrem por não terem especialização, deixando claro que a falta de informação específica os leva a praticar falhas. (SANTOS, 2014)

Em dados divulgados pela pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar da Universidade Federal de Minas Gerais, entre abril de 2017 a março de 2018, com análise de 182 prontuários de hospitais de todo o país, cerca de 19,4 milhões de pessoas são tratadas em hospitais brasileiros, e 1,3 milhão sofre algum efeito colateral em decorrência do ato praticado pelo médico, em alguns casos a consequência disso poderá ser fatal, pois segundo o estudo, 55 mil pessoas morrem por ano no país em razão dos chamados erros médicos. (FIORAVANTI, 2020)

Mesmo com as grandes proporções envolvidas no assunto, principalmente pela mídia, que pode desencadear forte pressão sobre o caso, ainda existem casos que não ganham notoriedade, e não chegam sequer a ser relatados e investigados pelas autoridades. Com isso, não se sabe realmente o que acontece com a vítima, a maioria dos estudos dão importância para o número de denúncias e processos, sem investigar mais a fundo a subjetividade da questão atrelada a vítima. (MENDONÇA; CUSTÓDIO, 2016)

Vale ressaltar que nem toda falha profissional deverá ser enquadrada como erro médico, pois o dano à saúde do paciente poderá ser provocado pela evolução do caso, que estará emanado de incerteza e imprecisão da ciência. Cabe ao Poder Judiciário analisar cada situação conforme as provas apresentadas nos autos. (FREITAS, 2020)

Conforme visto, o médico será responsabilizado quando agir de forma imprudente, negligente ou imperita, no atendimento ao paciente durante o exercício de suas funções laborativas. No mesmo modo, poderá incorrer em penalidades outros profissionais de saúde e até mesmo hospitais e clínicas.

3 A RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE - CONTRATUAL OU LEGAL

Considerando que podem surgir alguns imbróglis jurídicos, imperioso o estudo sobre a relação entre médico e paciente poderá ser atrelada as tratativas legais dispostas no Código de Defesa do Consumidor. É enriquecedor, abordar a natureza da relação de consumo entre médico e paciente. A natureza jurídica da relação entre médico e paciente é alvo de embates pela doutrina, havendo divergência sobre o tema:

Parte da doutrina defende ser a responsabilidade médica sempre contratual, fundamentada no fato de que o paciente (ou alguém que o represente), ao procurar o profissional da saúde, e este, ao aceitar tratá-lo, celebram um negócio jurídico. Este entendimento encontra respaldo na ideia de que o contrato de prestação de serviços médicos não exige formalidade, podendo ser verbal ou até tácito, e se aperfeiçoa com o acordo de vontades entre pessoas capazes, vez que o objeto, em regra, é lícito. (PITANGA, 2017, p. 24)

Nessa esteira, ainda remanesce, “de maneira minoritária, o entendimento de que a relação tem natureza jurídica *sui generis* (de contrato atípico), em face da especificidade e complexidade da ligação que se estabelece entre o profissional e o seu paciente”. (PITANGA, 2017, p. 24)

Assim, as disposições legais referentes aos contratos estão sistematizadas no Código Civil de 2002. A matéria divide-se entre contratos parte geral e contratos em espécie, compreendendo os artigos 421 a 480 e também os artigos 481 a 823. (BRASIL, 2002)

Em sua definição na lei civil, o contrato é ato jurídico, bilateral ou plurilateral que representa um pacto entre duas ou mais vontades, cujos os interesses se contrapõem, assim, uma das partes fica encarregada da prestação e a outra da contraprestação (MELLO, 2021).

O contrato tem como pressuposto, a manifestação da vontade, seja tácita ou expressa dos concordantes. Devendo ser pontuado, na celebração do mesmo, os princípios da boa-fé, lealdade, e sigilo quando este for preciso. (FERNANDES, 2011)

Por consequência, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) é também aplicado ao caso. Nesse sentido, o consumidor é o paciente, e o médico o fornecedor, a lei consumerista trata da definição de ambos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(BRASIL, 1990, não paginado)

O paciente é consumidor, pois se beneficia dos serviços prestados pelo médico (profissional liberal), que será remunerado pela sua prestação de serviço, por isso, há quem defenda a relação médico e paciente como uma relação de consumo.

Na sequência, é preciso discorrer sobre a definição de produto e serviço, os parágrafos do artigo 3º da Lei n. 8.078/1990, dispõem que:

Art. 3º (...)

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990, não paginado)

Entende-se por profissional liberal o prestador de serviço solitário, que faz do seu conhecimento um mecanismo de sobrevivência, abrangendo a responsabilidade pessoal deste pelos serviços prestados. (ROSENVALD; MENEZES; DADALTO, 2021)

Dessa conjuntura entre consumidor e fornecedor, surge uma relação contratual de prestação de serviço, portanto. A doutrina expressa no que concerte ao contrato de consumo, que o “Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, tem o dever de amparar o consumidor frente aos contratos”. (TARTUCE, 2017, p. 227)

O Código de Defesa do Consumidor considera a natureza da relação médico e paciente como contratual, entretanto, a relação não deve ser tratada de modo simplista, como mero contrato, é preciso uma reflexão que respeite as partes envolvidas, garantindo que a vontade do paciente seja respeitada. (PAZINATTO, 2019)

No direito médico, as cláusulas contratuais devem ser pactuadas com a maior transparência e clareza possível para que ambas as partes entendam o que está sendo acordado, e com isso, invalidando a possibilidade de o contrato ser anulado ou nulo (BAIA, 2019). Conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina 01/2016, e do Código de Ética Médica de 2018, no que se refere aos contratos, as informações devem ser claras e objetivas, pois garantem mais segurança ao ato médico e permitem ao paciente consentir ou declinar da terapêutica proposta pelo profissional. (PAZINATTO, 2019)

Assim sendo, a natureza da combinação entre médico e paciente, é caracterizada como contratual, em decorrência da existência de uma prestação de serviços por parte do médico em favor do paciente. Com o objetivo de proporcionar satisfação ao cliente (nesse caso paciente), o médico realiza algum procedimento (cirúrgico ou não). (ROSA, 2013)

Considerando a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, e com fundamento na teoria do risco da atividade do fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) adotou a responsabilidade objetiva como regra geral. Diante da vulnerabilidade, da hipossuficiência do consumidor e da necessidade de protegê-lo, opta

o CDC, expressamente, pela responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos ou serviços (VARALLI, 2022). O CDC consolida a responsabilidade sem culpa do fornecedor, com exceção de alguns casos previstos em lei. Trata-se de responsabilidade objetiva, que independe da análise de culpa do fornecedor, fundada na teoria do risco, que considera a possibilidade de dano como parte da atividade econômica empresarial, imputando obrigação de reparação mesmo que não haja configuração da culpa, por negligência, imprudência ou imperícia. (AZEVEDO, 2015)

A natureza jurídica dos hospitais perante os pacientes também é contratual, pois se estabelece uma relação firmada por um contrato de prestação de serviço hospitalar, composto pelo fornecimento de hospedagem, medicamentos, e serviços paramédicos. (ROSENVALD; MENEZES; DADALTO, 2021)

Os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor apresentam a disposição da responsabilidade do fornecedor pelo produto ou serviço:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(BRASIL, 1990, não paginado)

Os mencionados dispositivos criam a sistemática da responsabilidade no mercado de consumo, como fundamento para reparação do consumidor, quanto aos danos materiais e morais causado pelo fornecedor. Vale destacar que o parágrafo 3º do artigo 14, trata da inversão do ônus da prova para o fornecedor de serviços, que responderá independentemente da existência de culpa. (BRASIL, 1990)

Todavia, o parágrafo 4º do mesmo dispositivo legal, estabelece que os profissionais liberais têm responsabilidade subjetiva, ou seja, depende de culpa. Já o

Código Civil de 2002 dispõe sobre a responsabilidade subjetiva nos artigos 186 e 927. (ROSENVALD; MENEZES; DADALTO, 2021)

Diante desse dispositivo, criou-se na prática uma espécie de inversão automática do ônus da prova:

(...) contra o profissional, sem se questionar a presença de verossimilhança ou da hipossuficiência (critérios ditos *ope iudicis*). Desta maneira, compactuou-se, em farta jurisprudência, que a relação médico-paciente configura relação de consumo e que esta deve implicar, sempre ou quase sempre, na inversão do ônus probatório da culpa para o profissional liberal (fornecedor). (NUNES DE SOUZA, 2015, p. 75-76 apud PITANGA, 2017, p. 28)

Assim, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais deverá ser apurada mediante a verificação de culpa. A exceção prevista na lei, considera as relações contratuais dos fornecedores como personalíssimas, ou seja, aquelas que não podem ser transferidas a outrem, pois estarem relacionadas a determinada pessoa. (AZEVEDO, 2015)

Além de estabelecer a responsabilidade objetiva para o Hospital, o CDC adotou a responsabilidade solidária. Consolidando o entendimento que todos os fornecedores de produtos ou serviços que causem danos aos consumidores podem responder pela totalidade da reparação. A solidariedade está prevista nos artigos 7º e 25 (AZEVEDO, 2015)

Logo, a relação entre hospital e paciente que carrega um *status* de contrato de consumo, também é eivada de responsabilidade objetiva, justificada mediante a presença da hipossuficiência do consumidor frente a figura do fornecedor, como forma de amenizar a desigualdade existentes nas relações de consumo. (ROSENVALD; MENEZES; DADALTO, 2021)

Em relação a esse aspecto, o hospital, enquanto prestador de serviço, está diante de uma responsabilidade sem culpa para todos os casos de acidente de consumo provocados pelo fornecimento de serviço com defeito, desde que o dado esteja atrelado as atividades praticadas por profissional vinculado. (ROSENVALD; MENEZES; DADALTO, 2021)

Quanto aos médicos que apenas compõem o corpo clínico, sem vínculo empregatício. De acordo com o a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os médicos que utilizam as instalações hospitalares para realização de cirurgias não estão inseridos em uma relação médico e hospital. (BRASIL, 2019)

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS POR ERRO DOS MÉDICOS

Neste capítulo serão investigados os pressupostos da responsabilidade civil objetiva e subjetiva na reparação de danos pelo médico para com o paciente. Antes de estudar detalhadamente o assunto, é conveniente fazer uma breve explicação do instituto da responsabilidade no Direito Civil brasileiro.

Com o passar do tempo a responsabilidade civil veio se debatendo, sobre qual a teoria era eficaz para aplicar nos fatos danosos, sendo, subjetiva ou objetiva. Mas no século XXI foi decidido que ambas deveram ser utilizadas. O direito brasileiro convive sabiamente com ambas as responsabilidades civis, a objetiva e subjetiva. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019)).

Contudo, a divisão entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva, causa diferença no andamento do processo judicial, e como consequência disso, reflete na condenação ou o dever de indenizar. A responsabilidade objetiva é a condenação do fornecedor de serviço (hospital, clínica, laboratório, etc.). A pessoa jurídica será obrigada a indenizar, mesmo sem culpa, basta que haja o dano e o nexo causal, ou seja, o dano tenha sido causado por ato do preposto do estabelecimento. O mesmo já não ocorre com a responsabilidade subjetiva, em que o dano e o nexo causal, deverá existir com a comprovação da culpa. A responsabilidade objetiva é aplicada para o profissional liberal, conforme o parágrafo 4º do artigo 14 do CDC. (SANTOS, 2014)

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, conforme já mencionado, pois além de não existir legislação que a defina como objetiva, o Código Civil de 2002, expressa a seguinte redação:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

(BRASIL, 2002, não paginado).

Então, assim o legislador deixa claro, pela disposição do artigo 951 do Código Civil de 2002 a referência ao profissional da saúde, o médico, recepcionando a responsabilidade subjetiva.

Embora a responsabilidade civil seja tratada como regra. Existe a responsabilidade objetiva, sem a comprovação do elemento culpa, conforme descrito no artigo 927 do Código Civil, *in verbis*.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(BRASIL, 2002, não paginado).

Pela leitura do artigo, mesmo que o agente não tenha agido com culpa, haverá o dever de indenizar, sendo assim, o juiz poderá condenar, mesmo que não exista nenhuma conduta negligente, imprudente ou imperita. Para sustentar no que afirma o artigo citado acima no que se refere a indenização, observa-se o seguinte julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde dispõe que:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO PARA RESOLVER SÍNDROME DA APNÉIA OBSTRUTIVA DO SONO (SASO). FALECIMENTO DO PACIENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS DA CIRURGIA. CONSTATAÇÃO APENAS DE CONSENTIMENTO GENÉRICO (BLANKET CONSENT), O QUE NÃO SE REVELA SUFICIENTE PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO, CONSIDERANDO AS PARTICULARIDADES DA CAUSA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. (BRASIL, 2022, não paginado).

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a responsabilidade e do médico é subjetiva, sendo configurada após a comprovação da culpa nos termos do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

Assim, a responsabilidade civil será objetiva, nos casos especificados na lei, devendo haver uma previsão legal para que determinado agente responda sob a égide da responsabilidade civil objetiva.

Em decorrência disso, veja o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dispondo sobre responsabilidade civil, onde não houve a demonstração do erro médico:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL - PROVA DE CULPA DO MÉDICO IMPRESCINDIBILIDADE - ERRO MÉDICO NÃO COMPROVADO - PRETENSÃO INDENIZATÓRIA IMPROCEDENTE. - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PELO ERRO MÉDICO COMETIDO EM SUAS DEPENDÊNCIAS TEM NATUREZA OBJETIVA, ISTO É, INDEPENDE DA DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DO PRÓPRIO HOSPITAL EM RELAÇÃO AO EVENTO DANOSO, TODAVIA, NÃO PRESCINDE DE PROVA DA CULPA DO MÉDICO, POSTO QUE A RESPONSABILIDADE DESTE É SUBJETIVA, EX VI DO ART. 14, § 4º, DO CDC - AUSENTE A DEMONSTRAÇÃO DE ERRO MÉDICO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CONDENAÇÃO DO NOSOCÔMIO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A PACIENTE ATENDIDA EM SUAS DEPENDÊNCIAS. (BRASIL, 2020, não paginado).

Isso ocorre, devido ao fato de alguns tribunais brasileiros entenderem que a relação médica paciente é uma relação de consumo, subordinada ao Código de Defesa do Consumidor, onde o médico é prestador de serviço e o paciente consumidor. (SANTOS, 2014)

Embora o Código de Ética Médica estabeleça que a natureza da atuação profissão do médico não caracteriza relação de consumo. Mesmo assim, o consenso jurisprudencial é de que a relação médico-paciente se configura como típica relação de consumo (GODINHO et al., 2020). Entretanto, tem-se os médicos como profissionais liberais que exercem, com autonomia, seu mister profissional, sem subordinação técnica a outrem. Esses profissionais, segundo o CDC, apenas respondem culposamente pelos danos que causem (CDC, art. 14, § 4º). (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019)

Nesse sentido, poder-se-ia perguntar se haveria, normativamente falando, vantagem para o paciente em se aplicar o CDC, ao invés do Código Civil, sendo certo que a responsabilidade civil do médico, nos dois casos, é subjetiva, isto é, depende do elemento culpa. A resposta afirmativa se impõe, sem pretensão de exaustividade. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019)

Assim, “não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido, hoje já não pairam mais dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica como subjetiva”. (GONÇALVES, 2021, p. 1094)

Logo, “independentemente do dano causado, a responsabilidade civil médica e de natureza subjetiva. Mas a responsabilização na seara médica tem suas peculiaridades”. (ROSENVALD; MENEZES; DADALTO, 2021, não paginado)

Em virtude do erro médico, alguns aspectos da responsabilidade civil devem ser observados:

O dever de reparar a vítima surgirá se a ação ou omissão do médico causar dano à saúde ou à integridade do paciente. Mas a conduta geradora de resultado adverso será considerada erro médico se distante daquilo que se espera de um bom profissional. De todo modo, o erro médico pode ser consequência da atuação do profissional em si, ocasião em que a responsabilização civil exige a prova da culpa, mas também pode derivar da atividade dos hospitais e clínicas, quando a responsabilidade é objetiva, dispensando a aferição da culpa. (CARVALHO, 2021, sem paginação)

Desse modo, a obrigação delineada acima é compatível com a responsabilidade civil do médico sob o viés subjetivo, e não objetivo, como dispõe a doutrina, e a jurisprudência em alguns casos específicos. (CARVALHO, 2021)

Nesse seguimento, afirma-se que a “responsabilidade civil do profissional decorrente do erro médico e apresenta pressupostos legalmente definidos, como o exercício profissional, o dano, a culpa e o nexo de causalidade, e que esta responsabilidade será, no geral, contratual, subjetiva e como obrigação de meio” (CORREIA-LIMA, 2012, p. 43). Para caracterização da responsabilidade civil, é necessária a configuração da conduta do agente, da culpa, do nexo de causalidade e o dano:

A conduta do agente decorre de uma ação que consiste em uma conduta positiva, e da omissão que seria a não realização de um dever jurídico de praticar determinado ato. A culpa é outro elemento imprescindível, sendo regra para caracterização da responsabilidade civil, revelada através da imprudência, negligência e imperícia. O nexo de causalidade, traduzido na ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. (MELLO, 2022, p. 82-83)

A responsabilidade civil por erro médico surge quando é agredido um interesse eminente particular, sendo como um dano de natureza material, moral, estético, e assim ferindo a outrem, no entanto, o sujeito que cometeu o ato ilícito é responsável pelo pagamento de uma compensação pecuniária, caso não possa repor o dano causado anteriormente, conforme exposto no Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002).

Por via de consequência, a possibilidade de responsabilização ocorrerá somente se houver um dano, que pode ser material, moral, estético, afetivo ou existencial. A materialização do dano ocorre com a definição do efeito prejuízo suportado pela vítima (MELLO, 2022). Os pressupostos definem o grau de responsabilidade do agente e, conseqüentemente o modo de reparação:

No âmbito do trabalho médico, pode haver a responsabilidade tanto no plano jurídico como no plano moral. No plano jurídico, porque pode ocorrer a responsabilidade jurídica na área penal e na área civil. A responsabilidade jurídica vai emergir quando ocorrer um prejuízo material ou imaterial. A reação a esse prejuízo se dá na área penal ou na área civil, conforme o ofendido, titular do direito violado, seja a sociedade ou um indivíduo. No caso de ser a sociedade, a responsabilidade será penal; caso seja um indivíduo, o ofendido, a responsabilidade será civil. (LOPES et al., 2018, p. 5)

O referido autor sustenta a ideia de uma triple responsabilidade, entre médico e paciente, assegurando as responsabilidades civis, criminais e de consumo, em caso de erro, quando o médico atende o paciente no hospital ou em consultório particular. Por consequência disso, o erro médico poderá ser punido também perante Conselho Federal de Medicina através de sanção disciplinar. (LOPES et al., 2018)

Assim, a responsabilidade médica é analisada por ângulos opostos, a primeira é a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoal do médico como profissional liberal, e a segunda insurge da prestação de serviços médicos de forma empresarial, dentro das instituições hospitalares, clínicas, casas de saúde, laboratórios entre outros. (CAVALIERI FILHO, 2015 apud CUNHA, 2019).

Esse tratamento diversificado dado aos profissionais liberais pressupõe dos fatores externos que podem afetar a materialização do que fora contratado, tendo em vista que o resultado fim não depende apenas do esforço profissional. (ANGELIM, 2018)

Além disso, a jurisprudência do Tribunal do Distrito Federal e Territórios fortalece o disposto pela doutrina, acerca da responsabilidade subjetiva do médico e responsabilidade objetiva do hospital:

A RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS NO QUE TANGE À ATUAÇÃO DOS MÉDICOS É SUBJETIVA, DEPENDENDO DA DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO PROFISSIONAL. A PACIENTE FOI SUBMETIDA A UMA CIRURGIA E, DURANTE O PERÍODO DE RECUPERAÇÃO, APÓS SENTIR DESCONFORTO ABDOMINAL, FOI CONSTATADO O ESQUECIMENTO

DE UMA COMPRESSA EM SEU ABDÔMEN. OS DESEMBARGADORES EXPLICARAM QUE A RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL, VIA DE REGRA, É OBJETIVA, FUNDADA NA TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE, DE MODO QUE, PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO, FAZ-SE NECESSÁRIO DEMONSTRAR SOMENTE A FALHA DO SERVIÇO E A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE COM O RESULTADO LESIVO. TODAVIA, SE O ERRO DERIVA DE IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA OU NEGLIGÊNCIA DO MÉDICO E NÃO DE FALHA HAVIDA NO SERVIÇO HOSPITALAR, A RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL, EMBORA SOLIDÁRIA, SOMENTE SE CONFIGURA QUANDO COMPROVADA A CULPA DO PROFISSIONAL. PARA OS JULGADORES, O ESQUECIMENTO DA COMPRESSA CIRÚRGICA NO CORPO DA PACIENTE, POR SI SÓ, CARACTERIZA A EVIDENTE CULPA DO MÉDICO. DESSA FORMA, O COLEGIADO CONCLUIU QUE O HOSPITAL DEVE RESPONDER PELOS DANOS OCORRIDOS, AINDA QUE NEGUE A EXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO COM O PROFISSIONAL QUE REALIZOU O ATO CIRÚRGICO. (BRASIL, 2015, sem paginação)

Desse modo, verifica-se que a responsabilidade do médico é subjetiva e do hospital é objetiva. O Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência, esclarece que o hospital responde objetivamente pelos danos causados por seus funcionários, porém, a responsabilidade dos danos decorrentes do trabalho médico sem vínculo, haverá responsabilidade subjetiva do profissional, conforme o Recurso Especial 1.832.371:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. TEORIA DA ASSERÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. SOLIDARIEDADE COM OS MÉDICOS RESPONSÁVEIS PELA CIRURGIA. COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS PROFISSIONAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. JULGAMENTO: CPC/2015. (BRASIL, 2021, sem paginação)

Nesse julgando, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu esse entendimento no julgamento de uma ação indenizatória que envolvia um menor, vítima de erro médico durante a realização de cirurgia cardíaca.

Sendo assim, a responsabilidade civil do erro médico, é questão complexa, ante a dicotomia existente entre a responsabilidade objetiva disposta no Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade subjetiva imposta pelo Código Civil de 2002.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O erro médico abrange vários conceitos, sendo utilizado pela doutrina e por consequência, o Poder Judiciário, para definir as ações imprudentes, negligentes e imperitas praticadas pelo profissional liberal. A expressão pode ser compreendida como uma situação decorrente da relação médico e paciente. É definida no Código de Ética Médica respeitando os mesmos pilares do Código Civil, a exigência de ação ou omissão voluntária, negligente, imprudente e imperita. Além da atuação do profissional liberal, o erro médico poderá incidir sobre as clínicas e unidades hospitalares.

Conforme observado, a maioria dos casos envolvendo erro médico, parte das condutas do profissional liberal, quase 70%, pelos dados divulgados, a maioria das ações ajuizadas são contra erro médico. Embora a crescente incidência do assunto, ainda existem relatados que não são investigados, seja por receio da vítima em denunciar ou a comprovação dos danos causados.

A natureza jurídica da relação entre médico e paciente é alvo de embate doutrinário, parte da doutrina considera a responsabilidade médica como contratual, entendimento pautado pela não formalidade dos contratos de prestação de serviço. A Resolução do Conselho Federal de Medicina 01/2016, e do Código de Ética Médica de 2018 ratifica a objetividade das informações que representam segurança nas condutas médicas.

Assim, as informações prestadas pelos médicos, devem ser as mais claras possíveis. Frente ao disposto, impera no ordenamento brasileiro duas conjunturas, da responsabilidade do profissional liberal, a responsabilidade objetiva, reflexo do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade civil subjetiva imposta no Código Civil, salvo aqueles casos que a lei civil define como responsabilidade objetiva.

Levando em conta que algumas dessas situações podem ser classificadas como relação de consumo, a vulnerabilidade do consumidor predomina sobre o fornecedor. Na responsabilidade subjetiva o profissional deverá responder por seus atos, desde que comprovada sua culpa, e a responsabilidade objetiva independe de culpa.

Sob as clínicas e hospitais recai a responsabilidade objetiva, as unidades hospitalares respondem objetivamente pelos danos causados aos pacientes pelos médicos que compõem seu corpo clínico. Os médicos sem vínculo empregatício não estão inseridos nessa responsabilidade objetiva e respondem subjetivamente.

Conclui-se que a responsabilidade do profissional liberal é subjetiva, incidindo a responsabilidade objetiva nos casos previstos em lei, conforme a jurisprudência pátria do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina.

REFERÊNCIAS

ANGELIM, JULIA MAGALHÃES. **Responsabilidade civil por erro médico uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde**. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro, 2018/1º Semestre. Disponível em <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5641/1/JMAngelim.pdf>. Acesso em 03 out. 2022.

AZEVEDO, Ney Queiroz de. **Direito do consumidor**. Curitiba: InterSaberes, 2015.

BAIA, Marcelo Santos. **Elementos do contrato**. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/elementos-do-contrato/>. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 04 set. 2022.

BRASIL. (Código Civil de 2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 04 set. 2022.

BRASIL. (Código de Defesa do Consumidor). **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em 14 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018: ano base 2017**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 31 ago. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 908359 - Santa Catarina**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 27/08/2008, publicado no Dje em 17/08/2008. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351157/recurso-especial-resp-908359-sc-2006-0256989-8>. Acesso em 31 ago. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial nº 1.832.371 - Minas Gerais**. Recorrente: Biocor Hospital De Doenças Cardiovasculares Ltda, Recorrido: R V A DE O (MENOR). Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/06/2021. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=129780594®istro_numero=20190239132

[8&peticao numero=-1&publicacao data=20210701&formato=PDF](#). Acesso em 02 out. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Classe do Processo nº 20140110434746**. Relator: Alfeu Machado, Revisor: Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/07/2015, Data da Intimação ou da Publicação: Publicado no DJE: 28/07/2015. Disponível em <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE ACORDAOS&numeroDoDocumento=882806&idDocumento=882806>. Acesso em 02 out. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 1000200308351001 - Minas Gerais**. Relator: Adriano de Mesquita Carneiro. Data de Julgamento: 03/06/2020. Disponível em <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931157964/apelacao-civel-ac-1000200308351001-mg>. Acesso em 15 set. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1848862 – Rio Grande do Norte**. Relator: Marco Aureli Bellizze, Terceira Turma, Data de Julgamento: 05/04/2022, Data de Publicação: 08/04/2022. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 02 out. 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CARVALHO, Maiara. **O erro médico e a responsabilidade civil**. (2021). Disponível em <https://direitoreal.com.br/artigos/erro-medico-responsabilidade-civil>. Acesso em 03 out. 2022.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

CUNHA, Rodney João Ferreira. **Erro medico: responsabilidade subjetiva à luz das decisões do TJSC no ano de 2018**. Florianópolis (SC), 2019. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/199467/monografia%20Rodney%20final%20pronta%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03 out. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FREITAS, Ricardo de. **O erro médico e a responsabilidade civil**. Rede Jornal Contábil. (2020). Disponível em <https://www.jornalcontabil.com.br/o-erro-medico-e-a-responsabilidade-civil/>. Acesso em 06 set. 2022.

FIORAVANTI, Carlos. **Um diagnóstico do erro médico**. Pesquisa PAPESP, Edição 287, jan. 2020. Disponível em <https://revistapesquisa.fapesp.br/um-diagnostico-do-erro-medico/>. Acesso em 04 set. 2022.

GODINHO, Adriano Marteleto; MONTEIRO FILHO, Rego; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES, Fialho Marcelito; REIS, Karina Pregnolato; LIMA, José Isaias Costa; OLIVEIRA, Ricardo Bezerra. A responsabilidade civil por erro médico e a obrigação de cuidado com o paciente. Faculdade do Guarujá. **Revista Científica Intr@cirência**, Edição 15 - Julho. Disponível em 2018 https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20180925133946.pdf. Acesso em 28 set. 2022.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Processo 2022.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2021.

MENDONÇA, Vitor Silva; CUSTÓDIO, Eda Marconi. O erro médico e o respeito às vítimas. Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo - SP – Brasil. **Boletim de Psicologia**, 2016, Vol. LXVII, Nº 145: 123-134.

MILLEN, Manuela Marcatti Ventura de Camargo; SOARES, Patrícia Gomes; LEME, Renata Salgado. **Erro médico: uma reflexão à luz do direito contemporâneo**. Universidade de Ribeirão Preto. (2014). Disponível em <https://www.unaerp.br/documentos/3388-rci-erro-medico-uma-reflexao-a-luz-do-direito-contemporaneo-06-2019/file>. Acesso em 06 set. 2022.

PAZINATTO, Márcia Maria. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM 1/2016. **Revista Bioética**, On-line version, vol.27 nº 2, Brasília/DF, Abr./Jun. 2019.

PITANGA, Izabella Seraphim. **Reparação por danos materiais e morais na relação médico – paciente: as situações em que o profissional é vítima do abuso de direito de ação, à luz do princípio da boa-fé**. Faculdade Baiana de Direito. Salvador/BA, 2017.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ROSA, Paulo Jorge Ferreira. **A natureza jurídica da reação médico-paciente**: o contrato de prestação de serviços médicos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra/Portugal, 2013. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/23850>. Acesso em 13 set. 2022.

ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra; DADALTO, Luciana. **Responsabilidade civil e medicina**. 2. ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021.

SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade civil do médico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora DOC, 2014.

SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott. **Responsabilidade civil**: diálogos entre o direito processual e o direito privado. Belo Horizonte - MG: Dom Helder, 2020.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado. **Resumo de direito médico**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VALLE, Flávia Del. **Erro médico**. Como me proteger?. Exponential Medical Education. (2020). Disponível em <https://emedoctors.com.br/erro-medico-como-me-proteger/>. Acesso em 06 set. 2022.

VARALLI, Ricardo Marcori. **Direito do consumidor**. São Paulo: Rideel, 2022.

JUIZ DAS GARANTIAS: A FALTA DE PREPARO ESTRUTURAL E AS MAIORES DIFICULDADES DO PODER JUDICIÁRIO PARA ADERIR AO NOVO MODELO TRAZIDO PELA LEI N. 13.964/2019

PAULA TORRES XIMENDES:
Graduanda do curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas de
Paraíso do Tocantins (FCJP).

VALDIVINO PASSOS SANTOS⁹⁹

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a recepção do juiz das garantias inovado pela Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, e sobre os principais pontos elencados como limitadores para a devida implantação da modalidade. Busca-se elucidar se o Judiciário está ou não preparado estruturalmente para aderir ao novo modelo proposto, na esfera orçamentária, logística e organizacional. Pretende-se explicar como a atuação de um juiz uno viola direitos fundamentais e põe em risco a imparcialidade do julgador, por sua contaminação com as medidas deferidas em sede de inquérito. Elencam-se os pontos positivos e negativos do juiz das garantias à luz dos entendimentos doutrinários. Estuda-se a medida cautelar na ADI 6.298 que suspendeu a eficácia do juiz das garantias, e as principais justificativas do Supremo Tribunal Federal no ato. Listam-se as problemáticas estruturais, financeiras, logísticas e organizacionais que limitam a adesão do juiz das garantias. Utiliza-se a metodologia da pesquisa jurídica exploratória bibliográfica e documental. O método teórico utilizado é o dedutivo e a técnica de análise de dados é a qualitativa. O resultado encontrado denota a inviabilidade do Judiciário atualmente para adotar ao juiz das garantias, sendo imprescindível que haja uma reestruturação para a aludida conversão.

Palavras-chave: Juiz das garantias; Pacote Anticrime; Viabilidade.

ABSTRACT: The present work deals with the reception of the judge of guarantees innovated by Law n. 13.964/2019, known as the Anti-Crime Package, and on the main points listed as limiting factors for the proper implementation of the modality. It seeks to elucidate whether or not the Judiciary is structurally prepared to adhere to the new proposed model, in the budgetary, logistical and organizational spheres. It is intended to explain how the performance of a single judge violates fundamental rights and jeopardizes the impartiality of the judge, due to its contamination with the measures granted in the investigation. The positive and negative points of the judge of guarantees are listed in the

⁹⁹ Mestre em Direito. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

light of doctrinal understandings. We study the precautionary measure in ADI 6,298 that suspended the effectiveness of the judge of guarantees, and the main justifications of the Federal Supreme Court in the act. The structural, financial, logistical and organizational problems that limit the adherence of the judge of guarantees are listed. The methodology of bibliographic and documentary exploratory legal research is used. The theoretical method used is deductive and the data analysis technique is qualitative. The result found denotes the infeasibility of the Judiciary currently to adopt to the judge of guarantees, being essential that there is a restructuring for the aforementioned conversion.

Keywords: Warranty Judge; Anti-Crime Package; Viability.

1 INTRODUÇÃO

É irrefutável que o Pacote Anticrime trazido pela Lei nº 13.964/2019 trouxe diversas inovações para a legislação penal e processual penal, dentre as quais pode ser destacada a introdução da figura do juiz das garantias, especificamente conforme dispõe o Código de Processo Penal (CPP) dos arts. 3º-A ao 3º-E (BRASIL, [2022a]).

O Projeto de Lei (PL) nº 4981 de 2019 ao visar a incrementação do juiz das garantias na sistemática processualista penal objetiva garantir ao processado a imparcialidade do órgão julgador, na medida em que designa uma “espécie” de juiz para cada fase da persecução criminal (BRASIL, 2019).

Isso quer dizer que ao se nomear um juiz para acompanhar o inquérito policial até o recebimento da denúncia, está-se evitando a contaminação de seu convencimento, considerando que esse não terá acesso às provas produzidas durante a instrução processual e, conseqüentemente, não influirá no julgamento da demanda.

Segundo o aludido projeto, é inevitável que ao o magistrado, na fase pré-processual, deferir alguma medida de contracautela, diga-se uma prisão cautelar, ou uma medida de busca e apreensão, e ainda uma antecipação de prova, automaticamente seu julgamento já estará pré-formado no momento da prolação da sentença de mérito, mesmo que tudo tenha sido produzido sem a presença do contraditório, o que é inerente à fase inquisitorial (BRASIL, 2019).

Esse cenário denota que automaticamente acaba por prevalecer a narrativa do fato criminoso sob um viés, o da acusação, e essa realidade acarreta uma violação ao direito subjetivo do réu à imparcialidade do réu, ao contraditório, à efetividade da tutela jurisdicional e, com efeito, à sua liberdade.

Nesse espeque, impende salientar que o chamado juiz das garantias é um mecanismo para a proteção dos direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente à pessoa do indiciado, ou seja, objetiva que inviolabilidades pessoais sejam resguardadas na ocasião dos procedimentos investigatórios (BRASIL, 2019).

Tais benesses são garantidas quando se divide o caminho do processo penal, de acordo com o juiz atuante em cada fase: da instauração do inquérito até o recebimento da denúncia, atua o juiz das garantias; da instrução até o julgamento da ação penal, atua outro juiz, que não tenha tido conhecimento prévio sobre as provas produzidas ainda em fase de inquérito (CAPEZ, 2022).

A despeito desse arcabouço de informações, a figura do juiz das garantias está suspensa atualmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por força da ADI n. 6.298, em decisão monocrática do Ministro Relator Luiz Fux (CAPEZ, 2022). Contudo, atualmente está tramitando o PL nº 3.479/2021, que prevê o prazo de cinco anos para a implementação do modelo pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2022b).

Dessa forma, pretende-se responder à seguinte indagação: o Poder Judiciário brasileiro está preparado estruturalmente – quanto ao aspecto orçamentário, organizacional e logístico – para a recepção do novo Juiz das Garantias?

A confecção do presente trabalho se justifica no imperioso estudo da figura do Juiz das Garantias, bem como seus desdobramentos, e de que modo as novas acepções que o rodeiam afetam ao processo criminal brasileiro e principalmente os direitos constitucionais do réu, com foco à observação dos óbices para sua inauguração.

Por essa razão, a presente pesquisa é de grande valia para se analisar que, a despeito do ponto incontroverso, qual seja, de que realmente o Juiz das Garantias traria mais sucesso à tutela jurisdicional e aos princípios e garantias constitucionais, há também uma nítida inviabilidade prática para sua recepção.

O objetivo geral é elucidar as factíveis dificuldades para a implementação do juiz das garantias no cenário processual brasileiro, na esfera orçamentária, logística e organizacional.

Como objetivos específicos, tem-se: a) estudar como a figura do juiz das garantias influi na imparcialidade do órgão julgador nos processos criminais; b) averiguar os pontos positivos e negativos da introdução da figura do Juiz das Garantias trazida pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019); c) analisar o teor da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298; d) explicar a falta de preparo estrutural do Judiciário como fator limitador à introdução do Juiz das Garantias.

O estudo em evidência utilizará a metodologia da pesquisa jurídica, exploratória bibliográfica e documental, respaldada tanto na doutrina atinente à temática, quanto na legislação material e processual brasileira e nas ADIs que versam sobre o tema e atualmente estão suspensas.

O método de abordagem teórico será o dedutivo, pois partir-se-á de uma visão macro, individualizando-se posteriormente o tema objeto, isto é, a partir de premissas gerais se chegará a uma conclusão necessária, lógica e coerente (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 282).

Com o fito de realizar a análise de dados, será utilizada a técnica qualitativa, preocupando-se tanto com o processo para que se chegue a um resultado, quanto com o seu significado propriamente dito, e não com a sua quantificação (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 303-327).

O trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro trata da ofensa à imparcialidade do órgão julgador e aos princípios e garantias constitucionais causada pela atuação do mesmo magistrado tanto no inquérito policial quanto na ação penal, que inclusive é um dos fundamentos que motivou o nascimento da figura do Juiz das Garantias.

O segundo capítulo se limita a trazer à baila os pontos positivos e negativos da introdução da figura do juiz das garantias trazida pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) segundo a ótica doutrinária.

O terceiro capítulo traz os principais questionamentos presentes na ADI 6.298 que suspendeu a eficácia do juiz das garantias por medida cautelar, obstando a aplicação dos arts. 3º-B ao 3º-F do CPP, analisando o teor do *decisum*.

Por fim, o quarto capítulo delibera notadamente sobre a falta de preparo logístico, orçamentário e estrutural do poder judiciário como fator limitador à adesão do juiz das garantias, embora configure um mecanismo para realinhamento de preceitos constitucionais e, por consequência, como instrumento de garantia da justiça.

2 IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR NA CONDUÇÃO PELO MESMO MAGISTRADO TANTO NO INQUÉRITO POLICIAL QUANTO NA AÇÃO PENAL

Segundo a proposta do PL nº 4981, de 2019, que norteou a introdução da figura do juiz das garantias, o surgimento dessa nova configuração favoreceria a imparcialidade do órgão julgador, dividindo-se as atribuições do juiz atuante no procedimento pré-processual das atribuições do juiz responsável pela resolução do mérito (BRASIL, 2019).

Portanto, a figura única de um juiz que acompanha a persecução criminal desde o inquérito policial até o julgamento de qualquer crime que seja é incoerente com a figura de um juiz imparcial, pois em alguma fase pode ser que tenha deferido alguma medida cautelar, efetuando-se, por conseguinte, um pré-julgamento da demanda criminal (BRASIL, 2019).

Isso incorre na violação de princípios constitucionais e processuais penais cuja garantia deve ser resguardada aos investigados, como no caso do contraditório, do juiz natural, da imparcialidade do julgador, da não-culpabilidade e ainda o da inocência.

Na exposição dos motivos emanada da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal e responsável por estudar a reforma do CPP, consta que:

A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação. (BRASIL, 2019, p. 3-4).

Pela leitura do trecho acima, evidencia-se a preocupação dos juristas com o distanciamento do órgão julgador dos elementos que venham a formar a pretensão acusatória, inclusive mencionando que não é inerente à função jurisdicional a busca pelos elementos que compõem o juízo acusatório.

Ademais, na mesma exposição de motivos consta que a criação do juiz das garantias não se limita a estabelecer um juiz de inquérito, gestor de um mero procedimento administrativo que potencialmente venha a anteceder uma acusação. Irá, muito além, efetivar a garantia do exercício da função jurisdicional de natureza imediata, ou seja, aquelas que demandam a autorização de medidas extremas para que bens jurídicos constitucionais sejam protegidos, como é o caso da honra, da imagem, da dignidade sexual, da vida e da paz e saúde pública (BRASIL, 2019).

Nas palavras de Capez (2022, p. 70), com a inovação do juiz das garantias: “O objetivo foi preservar a isenção e imparcialidade do juiz encarregado do julgamento, evitando que houvesse comprometimento psicológico com a tese acusatória ou tendência de confirmar as medidas cautelares e restritivas eventualmente determinadas na fase da persecução penal extrajudicial.”

Portanto, segundo o entendimento do mencionado doutrinador, a figura em evidência funciona como uma espécie de proteção da tutela jurisdicional, prevenindo-se sua contaminação pelo comprometimento psicológico do julgador e eventual confirmação de medida cautelar, que é uma condição indissociável no caso de um juiz uno (CAPEZ, 2022).

Nessa senda, depreende-se que o juiz das garantias se corporifica no instrumento para a consecução de fins necessários, quais sejam:

- a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. (BRASIL, 2019, p. 4-5).

Mantendo-se as atuais condições da distribuição de juízes nos fóruns e tribunais, ou seja, a presença de apenas um juiz desdobrando-se entre a análise formal dos elementos pré-processuais e a função de julgamento de uma demanda penal, colocar-se-á em risco tanto premissas constitucionais, na medida em que há violação de direitos fundamentais, quanto a técnica na atuação jurisdicional criminal, situação que não é interessante para o atual cenário do poder judiciário brasileiro, que encontra-se impregnado de demandas.

A despeito de esse ser o entendimento majoritário, há também quem defenda o contrário, como é o caso de Gomes (2010, p. 98), que critica a inovação do juiz das garantias ainda à época do PL nº 156/2009, que pela primeira vez, trouxe a mencionada previsão.

Segundo ele, o instituto, entretanto, carece de consistência científica, é incongruente e exacerbadamente custoso (GOMES, 2010).

Ao criticar a introdução do modelo, exterioriza que não vale a pena tanto investimento financeiro e estrutural para recepcionar o juiz das garantias sendo que, o próprio juiz, por si só, já é uma garantia de jurisdição, assegurando direitos e garantias fundamentais tanto do sujeito quanto da sociedade (GOMES, 2010, p. 101).

Notadamente quanto à promessa de se extinguir a violação da imparcialidade do julgador, Gomes (2010, p. 102) afirma que não há qualquer evidência ou base científica que corrobore que a presença apenas de um juiz tanto na fase inquisitorial quanto na instrução processual e julgamento importará em sua contaminação.

Portanto, a despeito dos eventuais benefícios da introdução do juiz das garantias, é irrefutável que há dificuldades para sua implementação prática, que se estendem desde os custos orçamentários até a rotatividade de pessoal e logística, não podendo-se afirmar que tais elementos são facilmente superáveis.

3 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA INTRODUÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS TRAZIDA PELO PACOTE ANTICRIME (LEI N. 13.964/2019) SEGUNDO A ÓTICA DOUTRINÁRIA

Como forma de realizar um aparato doutrinário sobre os entendimentos de autores renomados no âmbito do processo penal brasileiro, inicialmente junte-se a concepção de Schreiber ([2020], p. 3) que defende que a atuação do juiz na fase da investigação pode comprometer sua imparcialidade devido ao contato direto com o procedimento da investigação e seus atores.

Segundo ela, "O propósito da investigação é desvendar a prática do crime e apontar seu autor. Nesse ambiente o juiz acaba se engajando num esforço conjunto para que a apuração chegue a bom termo." (SCHREIBER, [2020], p. 3). Instantaneamente, no anseio de se combater à criminalidade, junta-se aos responsáveis pelo inquérito policial e isso influi diretamente na imparcialidade na ocasião do julgamento da ação penal.

É certo que algumas medidas na ocasião do inquérito, como as espécies de prisão provisórias, por exemplo, são deferidas previamente ao julgamento em casos de extrema necessidade e quando não houver medida cautelar diversa eficaz, e com o condão de assegurar direitos e garantias individuais que estejam em risco, em detrimento da segregação temporária de um suposto autor de um crime (CAPEZ, 2020, p. 568).

Ao serem deferidas tais medidas, dentre outras, como a interceptação telefônica ou a busca e a apreensão, o juiz já forma um convencimento prévio, com base na autoria e materialidade do crime. Importante, pois, que não se deixe influenciar pela pretensão

acusatória do Ministério Público, tampouco das suposições da autoridade policial (SCHREIBER, 2020). De acordo com Schreiber (2020, p. 5):

Parece-nos assim evidente que os juízes que atuam na fase investigatória tendem a produzir vieses que prejudicam sua imparcialidade na condução do processo. O fato de não se poder afirmar que tal comportamento será sempre adotado por todos os juízes criminais não impede a adoção de um modelo que minimize o problema posto, conferindo ao juiz da causa maior independência e segurança no exercício da jurisdição.

Contra-argumentando, Gomes (2010) diz que o juiz das garantias demanda uma mobilidade orçamentária e estrutural demasiadamente onerosa, sendo que o próprio juiz já deve ser uma garantia da consecução dos direitos e garantias individuais, tornando-se uma ameaça o afastamento do juiz do julgamento de assuntos atinentes à fase pré-processual.

Os argumentos apresentados por ele resumem-se, *a priori*, na impropriedade da denominação “juiz das garantias”, levando-se em consideração que a figura do juiz, por si só, desde tempos remotos, já redundava na defesa de garantias constitucionais, através da “investidura de um cidadão na autoridade pública de julgar segundo regras constitucionais e leis editadas pelo Poder Legislativo.” (GOMES, 2010, p. 100).

Em segundo lugar, aduz que a figura não é essencial ao sistema acusatório, pois poderão ocorrer hipóteses em que o juiz da ação penal deverá rever os procedimentos formais do inquérito policial a fim de verificar a existência de alguma ilegalidade ou irregularidade procedimental (GOMES, 2010).

Nesse caso, está-se diante de uma incoerência entre a justificação da introdução do juiz das garantias e o que verdadeiramente ocorreria em sua implementação: ao contrário do que se espera, segregando os juízes durante a persecução penal e consequentemente suas atribuições, seria inevitável que por vezes o juiz do mérito viria a rever os atos e procedimentos autorizados pelo juiz das garantias, havendo um verdadeiro desperdício de tempo, recursos e planejamento (GOMES, 2010).

O terceiro elemento apresentado por Gomes (2010), é na lógica de que a alegação de existência de contaminação do juiz responsável pelo julgamento por sua atuação na fase pré-processual é preconceituosa e insubsistente, porquanto não há qualquer constatação científica que corrobore a certeza de que isso ocorreria, não transcendendo, portanto, tal alegação à mera probabilidade.

Como último elemento a ser trazido por Gomes (2010, p. 104) em sua análise sobre a introdução do juiz das garantias, traz à baila a falta de preparo do poder judiciário, assim como do processo penal brasileiro para receber a modalidade, e que a realidade processual vivenciada pelo Brasil em muito se difere dos outros países europeus sob a ótica do Direito Comparado. Portanto, é inegável, segundo o autor, que ocorreriam problemas como lotação, inamovibilidade, aumento no tempo de duração do processo, e crescimento do número de incidentes que favoreceriam apenas à incidência dos efeitos da prescrição.

4 QUESTIONAMENTOS NA ADI 6.298

O juiz das garantias teve sua primeira previsão expressa no PL nº 156/09, que se tratou de uma Reforma do CPP, sendo encaminhado à Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010, mas apenas tomando forma de lei federal com a promulgação do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) (ANDRADE, 2021, não paginado).

Conforme mencionado outrora, encontra-se atualmente suspenso devido à liminar prolatada pelo STF no trâmite da ADI 6.298, de relatoria do Min. Luiz Fux. Indiscutivelmente, a modalidade trazida pelo Pacote Anticrime reverbera em mudanças drásticas em diversos segmentos envolvendo o processo penal brasileiro (BRASIL, 2022b).

Nos autos da referida ADI, tramitou uma medida cautelar intentada por diversas instituições, alegando, em suma, a inconstitucionalidade formal e material de alguns dispositivos do Pacote Anticrime, dos quais importam, oportunamente, os artigos atinentes ao juiz das garantias, ou seja, do art. 3º-B ao art. 3º-F do CPP (BRASIL, 2020).

Para que sejam perquiridos os argumentos que embasaram a concessão da medida cautelar, é imperioso trazer os dados circunscritos no *decisum*, que muito têm a agregar para se observar a (in)viabilidade da recepção do juiz das garantias sob a ótica da Corte Suprema.

Segundo as alegações no que diz respeito ao juiz das garantias, a inconstitucionalidade formal residiria no ponto de que a Lei n. 13.964/19 dispõe sobre procedimentos processuais e pré-processuais incompatíveis com os comandos constitucionais, além de "matérias de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, nos termos do artigo 24, XI e §1º, da Constituição." (BRASIL, 2020, p. 10).

Ademais, segundo os requerentes, também há inconstitucionalidade formal quanto à iniciativa relativa à competência legislativa do Poder Judiciário em dispor sobre normas de organização e divisão judiciária, nos termos do art. 96, I, "d"; e II, "b" e "d", da Constituição (BRASIL, 2020).

Por fim, aduziram haver inconstitucionalidade formal também quanto à natureza normativa da lei que instituiu o juiz das garantias, de natureza ordinária, o que ofende o processo legislativo circunscrito no art. 93, caput, da Constituição (BRASIL, 2020).

Noutro norte, alegaram haver inconstitucionalidade material por sustentarem haver violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), ao da isonomia (art. 5º, caput), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e da regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (artigo 99, caput, Constituição), além da ausência de prévia autorização orçamentária para viabilizar a adoção e a recepção do modelo proposto e violação do regime fiscal da União, consoante a Emenda Constitucional nº 95 e da disposição do art. 113 do ADCT (BRASIL, 2020).

Na motivação da concessão da medida liminar e, conseqüentemente, no deferimento da suspensão, o Relator fez três esboços e incipientes considerações. A primeira, que a despeito de o Pacote Anticrime ter respeitado regularmente o processo legislativo, não é minimizada a possibilidade de o Poder Judiciário, notadamente a Corte Suprema, realizar o controle de constitucionalidade (BRASIL, 2020).

Em segundo lugar, lembrou que a técnica judicial por vezes pode adotar mecanismos para interpretação da norma, que embora devam caracterizar exceções, são verdadeiros instrumentos para o exame do mérito do pedido e aplicáveis em casos adequados (BRASIL, 2020).

Em terceiro e último lugar, reitera o caráter provisório da medida cautelar, não podendo ser deferida nas ocasiões em que o objeto do pedido possa assumir caráter irreversível. Nesse ponto, é de rigor a verificação de que a sua concessão não constitua “fato consumado que crie dificuldades de ordem prática para a implementação da futura decisão de mérito a ser adotada pelo Tribunal, qualquer que seja ela.” (BRASIL, 2020, p. 15).

Passando à equacionamento da inconstitucionalidade formal, traz à baila os arts. 3º-B ao 3º-F do CPP, discutindo-se a possibilidade de os dispositivos elencados estarem violando, de alguma forma, a iniciativa legislativa de competência exclusiva da União (BRASIL, 2020).

Menciona que o art. 22 da Constituição disciplina a competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual, e que Pacote Anticrime foi proposto pelo poder executivo, a nível federal. Contudo, as normas atinentes ao juiz das garantias advieram de acréscimo de projeto de lei por meio de emenda de iniciativa parlamentar (BRASIL, 2020).

Por essa razão, os artigos 3º-B ao 3º-F do Pacote Anticrime não violaram as normas atinentes à competência exclusiva da União para legislar, considerando que dispuseram

sobre normas de organização judiciária, o que difere de normas processuais. Dessa forma, apenas acrescentaram normas ao microsistema processual penal, o que se coaduna com o art. 24, § 1º da Constituição, limitada a competência da União nesses casos a estabelecer normas gerais (BRASIL, 2020).

No que diz respeito ao art. 3º-D, parágrafo único, do CPP, o relator pontua uma nítida inconstitucionalidade, na medida em que ao estabelecer um rodízio de juízes, haveria afronta à norma constitucional prevista no art. 96 da Constituição, no ponto em que atribui aos próprios Tribunais disporem sobre sua organização interna (BRASIL, 2020).

Com relação à viabilidade da introdução prática do juiz das garantias, o relator entende que a implementação da figura requer uma redistribuição drástica de recursos humanos e materiais, além de toda uma reestruturação das unidades judiciárias (BRASIL, 2020).

Convidando os protagonistas a se deleitarem em uma perfunctória simulação em caso de eventual adesão ao modelo do juiz das garantias, o relator sugere a reflexão sobre a situação de que, caso os dispositivos suspensos entrassem em vigor, após o período de *vacatio legis*, em se tratando de uma unidade judiciária em que há apenas um juiz titular – e que muito provavelmente teria atuado na fase investigatória –, estaria impossibilitado de julgar quase, senão todas as ações criminais (BRASIL, 2020).

Nesse caso, o acervo processual seria, provavelmente, encaminhado a outro juiz, que já possui atribuições próprias e que já se encontra em unidade judiciária diversa, causando um distúrbio em sua atuação, o que se multiplicaria em todo o país, gerando, conforme as palavras do relator, um “efeito cascata de caráter exponencial”, senão o próprio colapso da prestação jurisdicional (BRASIL, 2020, p. 20). Ademais,

Essas questões práticas ganham outra dimensão quando se verificam realidades locais, relativamente à ausência de magistrados em diversas comarcas do país, o déficit de digitalização dos processos ou de conexão adequada de internet em vários Estados, as dificuldades de deslocamento de juízes e servidores entre comarcas que dispõem de apenas um único magistrado, entre outras inúmeras situações. (BRASIL, 2020, p. 20).

A despeito de a indicação para o julgamento de uma medida cautelar seja reservar-se o julgador aos seus próprios fundamentos, entende-se que o relator, na ocasião do julgamento desse pleito de caráter decisório eminentemente provisório, apresentou delongas na sustentação de seu parecer, e muito provavelmente tenha transcendido a análise dos pressupostos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, e atingido uma perquirição mais imbuída nos prós e contras da implementação do juiz das garantias.

Quando à alegação de inconstitucionalidade material, o relator entende estar presente devido a dois argumentos. O primeiro, é que há ausência de dotação orçamentária e de estudos prévios para a implementação, violando-se o art. 169 e 99 da Constituição. Além disso, viola-se o “Novo Regime Fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016. O artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.” (BRASIL, 2020, p. 15). Esses argumentados balizam-se em problemáticas eminentemente financeiras.

O segundo argumento para a inconstitucionalidade material diz respeito ao impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade, em dois pontos. O primeiro, diz respeito ao cotejamento do juiz das garantias no Estado brasileiro e no Direito Comparado. Não se pode analisar superficialmente esse aspecto, que exige uma dilação reflexiva levando-se em consideração aspectos culturais, sistêmicos e institucionais de cada nação (BRASIL, 2020).

Já o segundo ponto diz respeito à alegação de que o juiz que atua na fase pré-processual necessariamente esteja corrompido pelos elementos lá produzidos, não podendo julgar a demanda por influência das medidas por ele deferidas ainda em sede de inquérito, impedindo o regular exercício da jurisdição (BRASIL, 2020).

Para o relator, falta conhecimento empírico para balizar esse tipo de presunção, isto é, não há qualquer evidência científica ou experimental que denote que a contaminação do órgão julgador caso atue na fase pré-processual, de modo a afastá-lo da persecução penal. Sob esse viés:

A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa. (BRASIL, 2020, p. 28-29).

Respaldado nessa superficial análise, entendeu satisfeitos os pressupostos da medida cautelar intentada e suspendeu a eficácia dos arts. 3º-B ao 3º-F do CPP, introduzidos pela Lei 13.964/2019.

5 O PREPARO LOGÍSTICO, ORÇAMENTÁRIO E ESTRUTURAL DO PODER JUDICIÁRIO COMO FATOR LIMITADOR À ADEÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Com base nas ponderações do título anterior, percebe-se que a principal alegação aos que militam contra a introdução do juiz das garantias reside na inviabilidade orçamentária, logística e estrutural das unidades judiciárias para disporem de dois juízes, no mínimo, para acompanhar os processos criminais (considerando a fase de inquérito e a fase processual, propriamente dita). Nesse norte,

destaca-se quais são as possíveis causas de sua implantação sem a devida preparação orçamentária e material. Pois ao se remontar a primeira ideia do que seja a figura do juiz das garantias, todo e qualquer benefício se esbarra em algum resquício de falta de aplicabilidade a realidade brasileira seja ela formal, material ou de pessoal. (ANDRADE, 2021, não paginado).

Consoante o entendimento de Andrade (2021, não paginado), no que diz respeito à inviabilidade orçamentária, a introdução do juiz das garantias é tida como descabida porquanto demanda capital para investidura de mais juízes para aplicar as premissas do projeto, que é de segregar o juiz das garantias do juiz do processo, evitando-se a contaminação com as diligências ordenadas preliminarmente na fase investigatória.

Essa situação está intimamente atrelada com a dificuldade logística para a distribuição de juízes no estilo de rodízio, cuja ideia é absolutamente insustentável também por falta de recursos financeiros. A sistemática funcionaria da seguinte forma:

considerados o tabelamento de designações pré-determinadas para substituição nos casos de impedimento, suspeição, férias e afastamentos. Entre as possibilidades estão a distribuição aleatória por meio de sistema informatizado e regime de plantão estabelecidos pelo tribunal. O regime de rodízio também poderá ser realizado de forma regional, de modo que as designações sejam feitas entre juízos, comarcas ou subseções judiciárias agrupados em regiões. As modalidades de rodízio de que trata este artigo incluirão, preferencialmente, juízos que possuam competência criminal. (SANTOS, 2020, não paginado).

No entanto, Lopes Júnior e Rosa (2019, não paginado), discordam que o referido rodízio seja um óbice para a implementação da medida:

Por fim cabe dizer que a mentalidade inquisitória deve se opor ao cumprimento da Reforma. Antecipamos que a dificuldade logística

não se sustenta. O argumento de que o juiz das garantias não é viável porque temos muitas comarcas com apenas um juiz é pueril. Na verdade, brota de bocas ingênuas, que ignoram as soluções (simples, inclusive) ou de gente que manipula o argumento, pois no fundo quer apenas manter hígida estrutura inquisitória, a aglutinação de poderes e o justicialismo (óbvio que o juiz das garantias é uma tragédia para um juiz justiceiro...).

Nessa linha de entendimento, a teor do que sustenta Santos (2020, não paginado), pautado no levantamento de dados realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dias após o sancionamento do Pacote Anticrime, as divergências regionais não constituem motivo hábil para inviabilizar o juiz das garantias. Segundo o Conselho, foram consultados

77 magistrados, 27 tribunais e 7 instituições — como a Procuradoria-Geral da República, Ordem dos Advogados do Brasil e Defensoria Pública da União — a fim de coletar dados relativos ao Judiciário, bem como receber sugestões dos magistrados, tribunais e entidades ligados ao sistema de Justiça, no que diz respeito a implantação do juiz das garantias. (SANTOS, 2020, não paginado).

Das que participaram da pesquisa, chegou-se à conclusão de que 1/3 das comarcas e seções possuem mais de uma unidade jurisdicional com competência criminal. Dessas, as que não possuem mais de uma, estão muito próximas de outra comarca. Ou seja, a despeito das diferenças regionais e da discrepância de distribuição de recursos, definitivamente esse fator não é um óbice para a implantação do instituto (SANTOS, 2020).

Uma alternativa válida para a problemática das diferenças regionais, contudo, inaplicável em estados como Roraima e Amazonas, de acordo com Mazzotto (2022, não paginado), seria passar pela regionalização: “Nesse caso, se um juiz é o único responsável por uma pequena comarca, por exemplo, poderia atuar na investigação e, depois, remeter o julgamento a outro magistrado fora da comarca (o das garantias), que analisaria o caso a distância.”

Em que pesem as constantes divergências de opiniões sobre a viabilidade da implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro, o autor filia-se à tese de que é imprescindível haver uma expressiva reestruturação judiciária para o seu funcionamento (MAZZOTO, 2022, não paginado).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certamente a figura do juiz das garantias trazida pelo Pacote Anticrime reformaria o processo penal brasileiro no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais do indiciado ou acusado criminalmente, revelando-se como mecanismo de consecução de direitos individuais indisponíveis.

Observou-se ao longo da presente pesquisa um verdadeiro dualismo de opiniões de juristas: parte que reputa a configuração do juiz das garantias necessária e aplicável; parte que reputa desnecessária, onerosa e inviável.

Para os adeptos à nova sistemática, o juiz das garantias seria um reforçador da imparcialidade do órgão julgador, pois segregaria as atribuições juiz uno para dois juízes distintos: um que acompanha o inquérito policial até o recebimento da denúncia; outro que acompanha o deslinde da ação penal até a prolação da sentença, suprimindo eventual contaminação na formação do juízo acusatório.

Aos que reprimem a inovação, baseiam-se na ideia de que o próprio juiz já é garantidor dos direitos fundamentais do indiciado/réu, e além disso, que não há qualquer embasamento científico que denote a influência do juiz no momento de sua atuação na ação penal por medidas deferidas cautelarmente na fase pré-processual, por exemplo.

Verificou-se também os questionamentos encontrados na ADI 6.298, de relatoria do Min. Luiz Fux, que está em tramitação no STF, analisando os pontos das inconstitucionalidades alegadas pelos requerentes, tanto de natureza formal quanto de natureza material. Destrinhou-se também quais foram os argumentos do STF para o deferimento da medida cautelar na ADI 6.298, que vieram a suspender a eficácia dos arts. 3º-B ao 3º-F do CPP, introduzidos pela Lei 13.964/2019, sem prazo estimado.

A despeito da notável intenção positiva do legislador processual penal em editar o Pacote Anticrime e incluir os artigos atinentes ao Juiz das Garantias, percebeu-se que o Poder Judiciário brasileiro atualmente não dispõe de viabilidade orçamentária, logística e estrutural das unidades judiciárias para disporem de dois juízes na fase de inquérito e na ação penal.

Dessa forma, respondeu-se à problemática na pesquisa, qual seja, se o Poder Judiciário está ou não preparado estruturalmente para a recepção do novo Juiz das Garantias, chegando-se à conclusão de que não está, cujo motivo se dá devido à falta de recursos para implementação de rodízios de juízes, contratação de pessoal, redistribuição drástica de recursos humanos e materiais, bem como toda uma reestruturação das unidades judiciárias.

O estudo em evidência revelou-se como de grande relevância para a comunidade científica, pois permitiu agregar os fundamentos do que se coadunam e dos que rejeitam

a introdução do juiz das garantias, buscando partir de análises práticas para a formação da concepção do autor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Bezerra; FERREIRA, Rodrigo Venâncio; RABELO, Claudenir da Silva. Direito processo penal. **Conteúdo Jurídico**, 17 maio 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56497/a-in-viabilidade-da-implantao-do-juiz-das-garantias-e-possvel-impactos-ao-ordenamento-jurdico-brasileiro>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta dá prazo de cinco anos para Judiciário implantar juiz das garantias**. Comunicação Direito e Justiça, Janary Junior. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022b. não paginado. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/848939-proposta-da-prazo-de-cinco-anos-para-judiciario-implantar-juiz-das-garantias/>. Acesso em: 1 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro(A/S). Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 3 fev. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2022.

BRASIL. Gabinete do Senador Cid Gomes. **Projeto de Lei Nº de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para estabelecer a figura do Juiz das Garantias responsável pela supervisão da investigação criminal. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. não paginado. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8006054&ts=1630452705252&disposition=inline>. Acesso em: 1 jun. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GOMES, Abel Fernandes. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, DF, Ano XIV, n. 51, p. 98-105,

out./dez. 2010. Disponível em: <https://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/5107064/juiz-garantias.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal. **Revista Conteúdo Jurídico**, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 1 jun. 2022.

MAZZOTTO, Camila. Novidade importada: sucesso do juiz das garantias depende de adaptação ao Brasil, dizem especialistas. *Revista Consultor Jurídico*, 16 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-16/sucesso-juiz-garantias-depende-adaptacao-brasil>. Acesso em: 1 jun. 2022.

SANTOS, Rafa. Estudo do CNJ estabelece bases para implantação do juiz das garantias. **Revista Conteúdo Jurídico**, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/estudo-cnj-estabelece-bases-implantacao-juiz-garantias>. Acesso em: 1 jun. 2022.

SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias. **Conjur**, [2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2022.

REFORMA PREVIDENCIÁRIA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 103/2019: EFEITOS DA DRÁSTICA ALTERAÇÃO NO CÁLCULO DO VALOR DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE

MÁRCIO PASSOS DE ABREU:

Bacharelado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (IESMA/ UNISULMA).

LUÍS GONZAGA DE ARAÚJO NETO¹⁰⁰

(orientador)

RESUMO: A pensão por morte é um benefício previdenciário que busca garantir um seguro para os dependentes do *de cuius* que contribuía com o INSS, haja vista que os beneficiários dependiam financeiramente do falecido. Anteriormente, a lei garantia o benefício de 100% da remuneração. Após a Emenda Constitucional n° 103/2019, entretanto, a forma de cálculo foi alterada para 50%. Assim, muitas famílias que dependiam do valor do benefício do segurado foram prejudicadas, pois, dentre muitos beneficiários, há dependentes reais que necessitam desse auxílio. Por esse motivo, os poderes legislativo e executivo devem agir em conjunto para alterar essa forma de cálculo para 100% novamente, com o objetivo de garantir a efetivação dos objetivos firmados na Constituição Federal de 1988. O presente artigo objetiva uma abordagem de maneira reflexiva sobre a reforma da previdência e sua alteração de cálculo no valor do benefício da pensão por morte, a partir do método indutivo e do procedimento bibliográfico, por utilizar materiais já existentes, como doutrinas, jurisprudências e leis.

Palavras-Chave: Pensão por morte. Benefício. Cálculo.

ABSTRACT: The death pension is a social security benefit which aims to guarantee insurance for the dependents of Cujus who are beneficiaries of the INSS, given the financial dependence of the deceased. Before, the law guarantee benefit of 100% of the remuneration. After the Constitutional Amendment N° 103/2019, however, its form calculation changed to 50%. Thus, many families that depend on the value of the insured's benefit were harmed, since, among many beneficiaries have actual dependents who need help. For this reason, the legislative and executive powers must work together to change this form of calculation to 100% again, with the objective of ensures of objectives signed in Federal Constitution of 1988. This article aims to reflexivey approach social security and

100 Professor Orientador, especialista em ciências penais pela Unisul – Universidade do Rio Grande do Sul. Advogado previdencialista. E-mail: karabinaluis@gmail.com

its change in the calculation of the value of the death pension benefit, based on the inductive method and the bibliographic procedure, for using existing materials, such as doctrines, jurisprudence and laws.

Keywords: Pension for death. Benefit. Calculation.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, existem diversos benefícios previdenciários dentro do ordenamento jurídico brasileiro, cada um com seus próprios requisitos para concessão. A pensão por morte é um deles. Esse benefício tem amparo legal no artigo 74 da Lei 8.213/91. É concedido aos dependentes do segurado que vier a falecer, independentemente de ser aposentado ou não, e tem característica de prestação continuada e de substituição da remuneração que o *de cujus*¹⁰¹ recebia.

Anteriormente, o cálculo do benefício era baseado em 100% do valor recebido pelo segurado que faleceu. Após a vigência da Emenda Constitucional nº 103/2019, entretanto, houve alteração na forma em que ele é calculado, tendo sido reduzido para 50%.

Essa mudança normativa afetou diretamente a vida de muitas famílias que dependiam do salário do segurado.

Surgiu então a seguinte problemática: a alteração no cálculo do valor do benefício da pensão por morte foi um avanço ou um retrocesso? É importante destacar que uma das finalidades do Estado é garantir o bem-estar social e erradicar a pobreza, objetivo esse firmado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O presente artigo utiliza como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica, uma vez que é elaborado com base em doutrinas, leis e jurisprudências. É utilizada também a pesquisa descritiva, pois tem como objetivo descrever a maioria das informações sobre a pensão por morte e suas formas de cálculo.

O procedimento monográfico também está presente neste trabalho, pois tem como objetivo investigar com profundidade a maioria dos aspectos relacionados à pensão por morte, além de utilizar a análise qualitativa, porque tem como centro a realidade social.

101 Expressão forense que se usa no lugar do nome do falecido

Outro procedimento metodológico utilizado é o método indutivo, pois tem como objetivo chegar a uma conclusão, tendo como ponto de partida a observação para elaborar uma teoria.

2 PREVIDÊNCIA SOCIAL E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

Desde os primórdios da humanidade, o homem está totalmente interligado ao trabalho, haja vista que sua sobrevivência sempre dependeu disso para se alimentar, construir, reparar, reformar ou qualquer outro ato.

Com o passar das gerações, o fato de, desde sua origem, o homem sempre precisar trabalhar, fez com que a forma de exercer esse ato fosse aprimorada, como por exemplo, com a 1ª revolução industrial, que teve um grande marco com a chegada das máquinas em alguns setores industriais.

Chega, entretanto, um momento na vida de cada pessoa que a energia não está mais a mesma, as forças e as capacidades intelectuais vão diminuindo. Esse é o momento no qual todos devem ter o seu descanso. A partir desse conceito, chegou a previdência social, a qual, com sua inovação jurídica nos anos de 1991, com o advento da lei nº 8.213, tornou-se um grande marco para a legislação vigente àquela época.

Atualmente, a legislação pátria ainda permanece com essa Lei em seu ordenamento jurídico sobre a previdência, entretanto sempre há um reajuste, principalmente no que se refere à idade.

Em 12 de novembro de 2019, contudo, através da emenda constitucional nº 103/2019, houve a principal reforma previdenciária dentro do ordenamento jurídico, que modificou diversos dispositivos da antiga lei, entre os quais a forma de cálculo das aposentadorias e da pensão por morte.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL

Há duas figuras a serem analisadas dentro da evolução histórica da previdência social: a assistência pública e o seguro social. O conhecimento sobre esses fatos históricos é indispensável para se compreender melhor a importância e o motivo de esse benefício estar na configuração em que se encontra hoje.

Segundo Santos (2020), a primeira etapa foi fundada na caridade, em grande parte conduzida pela igreja e servindo como base, posteriormente, para as instituições públicas.

A segunda etapa foi marcada pela criação de mecanismo de proteção para prestar auxílio aos necessitados, em razão de doenças, orfandade, desemprego. Essas ações já não se baseavam na generosidade, ou seja, surgiram empresas seguradoras que possuíam fins lucrativos e tinham sua administração baseada em critérios econômicos, o que dava proteção a uma minoria, deixando de fora a grande massa assalariada.

Isso, entretanto, foi mudando, principalmente depois da segunda guerra mundial, que causou grandes transformações no conceito de proteção social. Foram elaborados diversos tratados internacionais, com conteúdo voltado às garantias dos direitos fundamentais e sociais de cada pessoa, uma vez que era necessária a criação de um sistema de proteção social que as amparasse em todas as situações de necessidade, em qualquer momento de suas vidas.

2.2 CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E PENSÃO POR MORTE

A previdência Social é um seguro social em que mensalmente o trabalhador contribui com parte de seu salário para o governo. O benefício da contribuição é garantir que o segurado tenha uma renda, quando não puder mais trabalhar (BLUME; CEOLIN, 2018, n.p).

A previdência social está prevista no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, enumerada como direito social, com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Trata-se de norma e proteção social, destinada a proteger com dignidade a sobrevivência de cada indivíduo, quando é acometido por invalidez, desemprego, doenças ou outras situações em que não tem mais condições para garantir o sustento de sua família.

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015); Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (BRASIL, 1988).

A previdência social é uma espécie do gênero maior do sistema de Seguridade Social, do qual ainda fazem parte a saúde, que objetiva a diminuição do número de

doenças e seus agravamentos, e a assistência social, que tem o intuito de garantir o direito de assistência gratuita à família, infância, adolescência, velhice, dentre outras.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 31).

Diferentemente dos outros ramos da Seguridade Social, que têm caráter gratuito, a Previdência Social é uma espécie de seguro social. Por esse motivo, exige-se uma contraprestação de forma contributiva por seus usuários. Assim, apenas serão concedidos benefícios e serviços aos que tiverem se filiado ao regime previdenciário previamente, devendo ainda ter efetuado o pagamento das contribuições.

A previdência social teve mudanças significativas após a Emenda Constitucional N° 103/2019, tornando-se um assunto controverso, dividindo opiniões negativas e positivas. Independente desse fato, entretanto, as mudanças já estão sendo aplicadas e serão discutidas com profundidade posteriormente neste artigo.

Na previdência social existem diversas modalidades de benefícios, como a aposentadoria por tempo de contribuição por pontos, aposentadoria especial, aposentadoria por incapacidade permanente, dentre outras.

Existem também alguns tipos de auxílios, como exemplo o auxílio-doença, que atualmente passou a ser chamado de auxílio por incapacidade permanente, o auxílio-reclusão e o auxílio-acidente, para cuja obtenção, é exigido o atendimento de determinados requisitos.

Outro benefício importante é a pensão por morte, que, de acordo com Castro e Lazzari (2020), é um benefício pago aos dependentes do segurado, mulher ou homem que vier a falecer, independentemente de ser aposentado, previsto no artigo 201, V, da CRFB102. Trata-se de pagamento de forma contínua, que substitui a remuneração do segurado falecido e que pode ter origem acidentária ou comum.

102 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: [...] V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º (BRASIL, 1988).

É de fundamental importância salientar que, para a concessão do benefício, é necessário que a morte seja real ou presumida. Outra regra que é aplicada é o princípio do *tempus regit actum*¹⁰³, segundo o qual a norma que será aplicada é a que estava vigente ao tempo do óbito. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 340, afirma que “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado” (BRASIL, STJ, 2007).

2.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE

É preciso pontuar, de início, que qualquer benefício dentro da previdência social tem requisitos a serem atendidos. Assim, a pensão por morte tem como condição a qualidade de segurado do falecido, o que significa que o *de cujus* precisa ter contribuído com o INSS¹⁰⁴, devendo ser verificado se estava no período de graça ou trabalhando na hora de sua morte.

A pensão por morte é um benefício previdenciário dos dependentes dos segurados, assim consideradas as pessoas listadas no artigo 16, da Lei 8.213/91, devendo a condição de dependente ser aferida no momento do óbito do instituidor, e não em outro marco, pois é com o falecimento que nasce o direito (AMADO, 2020, p. 823).

Há a possibilidade de concessão desse benefício, no entanto, mesmo o segurado estando fora do período de graça, desde que, na data do óbito, já tenha preenchido as condições para obtenção de aposentadoria, conforme podemos verificar na Súmula nº 416 do Superior Tribunal de Justiça: “É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do *de cujus* que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento” (BRASIL, STJ, 2009).

¹⁰³ Expressão jurídica latina que significa “o tempo rege o ato”

¹⁰⁴ Instituto Nacional do Seguro Social

Outro ponto é que tenha ocorrido a morte real ou presumida do segurado, como já citado anteriormente, além do que devem existir dependentes que possam se habilitar como beneficiário, como o cônjuge (ou companheiro em união estável), filho não emancipado, pais, além de irmãos não emancipados com menos de 21 anos, ou que sejam inválidos.

Existe também a figura dos que são equiparados a filhos, que é o enteado e o menor tutelado, para fins de requerer o benefício da pensão por morte, desde que sejam observados os requisitos legais supracitados, conforme dispõe o artigo 16 da Lei 8.213/1991 e do Regulamento

da Previdência Social -RPS, este aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, combinado com o § 4º do mesmo artigo, deste último normativo: "Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: [...] § 4º O menor sob tutela somente poderá ser equiparado aos filhos do segurado mediante apresentação de termo de tutela" (BRASIL, 1999).

O RPS traz alguns requisitos para que o filho equiparado possa ter direito a esse benefício, os quais estão previstos no seu artigo 22, § 13, *in verbis*¹⁰⁵:

Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos: § 13. No caso de equiparado a filho, a inscrição será feita mediante a comprovação da equiparação por documento escrito do segurado falecido manifestando essa intenção, da dependência econômica e da declaração de que não tenha sido emancipado (BRASIL, 1999).

Dado o exposto, é perceptível que, para requerer a pensão por morte, é necessário atender os requisitos previstos em lei. Esse direito é essencial para a vida daqueles que dependiam do falecido para sobreviver, por isso é tão importante.

Por outro lado, é possível a perda da qualidade de dependente, que está prevista no artigo 17 do Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999, *in verbis*.

¹⁰⁵ Expressão em latim que significa "nestes termos"

Art. 17. A perda da qualidade de dependente ocorre: I - para o cônjuge, pelo divórcio ou pela separação judicial ou de fato, enquanto não lhe for assegurada a prestação de alimentos, pela anulação do casamento, pelo óbito ou por sentença judicial transitada em julgado; II - para a companheira ou companheiro, pela cessação da união estável com o segurado ou segurada, enquanto não lhe for garantida a prestação de alimentos; III - ao completar vinte e um anos de idade, para o filho, o irmão, o enteado ou o menor tutelado, ou nas seguintes hipóteses, se ocorridas anteriormente a essa idade: a) casamento; b) início do exercício de emprego público efetivo; c) constituição de estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria; ou d) concessão de emancipação, pelos pais, ou por um deles na falta do outro, por meio de instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença judicial, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; e IV - para os dependentes em geral: a) pela cessação da invalidez ou da deficiência intelectual, mental ou grave; ou b) pelo falecimento (BRASIL, 1999).

Após a perda de qualidade de dependente do último beneficiário da pensão por morte, por força de alguma das hipóteses supracitadas, o benefício é cessado. Algumas dessas hipóteses denotam que, para a lei, ao não mais se enquadrar em algum desses requisitos, a pessoa se torna autossuficiente, não necessitando mais da pensão por morte.

3 PENSÃO POR MORTE: Requisitos administrativos e mudanças

É de conhecimento geral que cada país possui sua própria legislação e, conseqüentemente, a própria burocracia e regras. Esse fato é muito importante, pois auxilia o Estado a manter o controle do que é legal e ilegal, evitando ou tentando reduzir a ocorrência de fraudes.

Por esse motivo, existem no INSS diversas regras e requisitos a serem seguidos, ou seja, para evitar danos ao erário público, uma vez que, sem elas, quem acabaria sendo afetada diretamente seria a própria população. Assim, a legislação deverá sempre se adaptar à realidade em que o país se encontra, na perspectiva do Estado e da sociedade.

No benefício de pensão por morte não seria diferente. O Decreto 3.048/99 prevê alguns documentos a serem apresentados por quem pretende recebê-lo, a fim de haver segurança e “garantia” da legalidade na concessão.

3.1 DOCUMENTOS NECESSÁRIOS E FORMA DE REALIZAÇÃO DO REQUERIMENTO DE PENSÃO POR MORTE

O artigo 22, do Decreto 3.048/99 lista os documentos necessários à instrução do requerimento desse benefício, os quais deverão ser apresentados no ato da inscrição como dependente do falecido, *in verbis*:

Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos: I - para os dependentes preferenciais: a) cônjuge e filhos - certidões de casamento e de nascimento; b) companheira ou companheiro - documento de identidade e certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso; e c) equiparado a filho - certidão judicial de tutela e, em se tratando de enteado, certidão de casamento do segurado e de nascimento do dependente, observado o disposto no § 3º do art. 16; II - pais - certidão de nascimento do segurado e documentos de identidade dos mesmos; e II - irmão - certidão de nascimento (BRASIL, 1999).

O requerimento para a concessão do benefício de pensão por morte poderá ser realizado através do site ou aplicativo para celulares “Meu INSS”, onde será realizado um cadastro para ter acesso ao sistema. Após a conclusão da solicitação, será gerado um comprovante do requerimento, através do qual será possível o acompanhamento do processo pelo próprio sistema, ou pela central 135 da Previdência Social. Ocorrendo a hipótese de indeferimento do requerimento, o interessado poderá ingressar com ação judicial buscando o reconhecimento do direito ao recebimento do benefício.

3.2 VALOR DA PENSÃO POR MORTE ANTES DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

A Lei nº 8.213/1991 previa, na redação original do artigo 75, que o valor mensal da pensão por morte seria corresponde a 80% do valor que o segurado recebia como

aposentadoria, caso já fosse aposentado no momento do óbito, ou ao valor que este teria direito, acrescido de parcelas de 10% por dependentes, limitado a duas.

Nesse sentido, Castro e Lazzari (2020) comentam que:

Com a entrada em vigor da Lei n. 8.213/1991, o valor mensal da pensão por morte passou a ser constituído de uma parcela, relativa à família, de oitenta por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de dez por cento do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de duas (art. 75) (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 859).

Em seguida, a Lei 9.032/1995 alterou o artigo 75 da lei de benefícios, em relação à renda mensal da pensão por morte decorrente de acidente de trabalho, que seria correspondente a 100% do salário de benefício do segurado.

A mesma lei também alterou o disposto no artigo 77, veja-se:

Art. 77 A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. § 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar. § 2º A parte individual da pensão extingue-se: I - pela morte do pensionista; II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido; III - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez. § 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á (BRASIL, 1991).

Assim, de acordo com a nova redação, havendo mais de um pensionista, os valores serão divididos por igual, extinguindo-se o pagamento da parte individual daquele que perder o direito ao benefício, o que pode ocorrer pela morte do pensionista, bem como para os filhos ou equiparados ou irmãos que completarem 21 anos, exceto quando inválidos, enquanto perdurar a invalidez, e ainda para aqueles que obtiverem a emancipação.

O artigo 75 da Lei 8.213/1991 foi posteriormente modificado pela Lei 9.528/1997, que alterou o cálculo do valor da renda mensal da pensão por morte para 100% do valor da aposentadoria que o seguro recebia, tornando-o, nesse ponto, mais benéfico à

população brasileira, ou ao que teria direito a receber se estivesse aposentado por invalidez na data do falecimento, observadas as limitações trazidas pelo artigo 33, *in verbis*:

Art. 33. A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45 desta Lei (BRASIL, 1991).

De forma objetiva, deveria ser obedecido o limite mínimo que corresponde ao valor do salário-mínimo e respeitado o limite máximo do salário de contribuição.

Atualmente, somente se o óbito tiver ocorrido até 12/11/2019 haverá a possibilidade de recebimento do valor de 100% da aposentadoria. A Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça garante esse direito. "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado." (BRASIL, STJ, 2007).

3.3 VALOR DA PENSÃO POR MORTE APÓS A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Os benefícios do INSS têm um campo de atuação e um papel muito importante na vida dos brasileiros, pois, em momentos de incapacidade física ou mental, dependendo do caso previsto em lei, poderá ser concedido um auxílio, como a pensão por morte.

Após a Emenda Constitucional nº 103/2019 entrar em vigor, entretanto, o retrocesso social se tornou evidente, dado que a forma de cálculo mudou completamente, se comparado à lei antiga de previdência social. Essa possibilidade está prevista no artigo 23, *in verbis*:

Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento) (BRASIL, 2019).

A EC nº 103/2019 no art. 26, modificou a forma de cálculo do valor das aposentadorias também em relação ao período contributivo, que agora passou a ser a média de 100% de todo o período, a partir de julho de 1994, que antes tinha a exclusão de 20% das menores contribuições. Na prática, isso acaba reduzindo o valor das aposentadorias, se comparado às regras anteriores à reforma, o que, por reflexo, atinge o valor das pensões por morte.

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência (BRASIL, 2019).

Além da redução na obtenção dessa média por conta da não mais exclusão de contribuições com valores menores, a aposentadoria por incapacidade permanente corresponderá a apenas 60% desse cálculo, reduzindo assim ainda mais o valor pago ao segurado. Castro e Lazzari (2020), consideram que, com essa nova fórmula de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, haverá uma expressiva redução da renda percebida pelo trabalhador que estava em atividade.

Nesse mesmo sentido, Santos (2020) comenta que:

As regras da EC nº 103/2019 acarretam sensível diminuição no valor da renda mensal da pensão por morte. Não se deve esquecer as novas regras de cálculo do salário de benefício, que embasa o cálculo das aposentadorias, que já acarretariam, por si só, a diminuição dos valores, situação que se agrava com o sistema de cálculo de percentual por cota familiar e por dependente (SANTOS, 2020, p. 421).

Assim, como o cálculo da pensão por morte está atrelado ao valor do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, essa sofre ainda mais redução devido a implementação de cotas, uma vez que passa a corresponder a 50% do valor a que o

segurado ou trabalhador teria direito, se aposentado fosse nessa condição, na data do óbito, acrescida de cotas de 10% por dependente, limitado a 100%.

A base de cálculo do valor da pensão por morte será o valor da aposentadoria que recebia o segurado ou o valor da aposentadoria que teria direito caso fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito (a nomenclatura da aposentadoria por invalidez foi alterada para aposentadoria por incapacidade permanente com a publicação da EC n.º 103/2019). Desse modo, caso o segurado não estivesse aposentado na data do óbito, deverá ser avaliado se ele teria direito ao benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, servindo o valor desta possível aposentadoria como base de cálculo para a pensão por morte (AMORIN, 2020, n.p).

De forma exemplificativa, um trabalhador que conta com 15 anos de contribuição e tem sua média contributiva calculada em R\$ 5.000,00, falece quando está na ativa, deixando como dependente somente a esposa. Com as regras vigentes até a EC 103/2019, esta receberia o valor integral. Após a entrada em vigor da Emenda, calcula-se inicialmente o valor a que ele teria direito caso se aposentasse por incapacidade permanente na data do óbito, o que corresponde a 60% desse valor, resultando em R\$ 3.000,00. A partir daí, serão estabelecidas as cotas da pensão por morte. Com isso, a esposa receberá 50% desse valor, acrescido de 10%, por não haver outro dependente habilitado ao benefício. Assim, seu benefício será de R\$ 1.800,00, o que corresponde a apenas 36% do valor da média inicial, acarretando assim uma drástica e injusta redução na renda familiar.

Diante disso, é perceptível que a menção aos 60% é um engano para a população, dado que a média aritmética do valor da pensão acaba sendo de apenas 36% do valor inicial, o que se traduz numa drástica redução, impactando de forma significativa a vida daqueles que dependem exclusivamente do benefício para sua sobrevivência.

Segundo Alencar (2020, apud AMORIN, 2020, n.p), essa nova fórmula de cálculo mais se parece com um mecanismo usado em shows de ilusionismos para fazer com que o público não enxergue a redução de 100% para 60% como um cenário tão impactante, como seria se fosse demonstrada a verdadeira realidade, que é uma redução para singelos 36%.

Uma exceção a essa regra está prevista no § 2º do artigo 23 da EC nº103/2019, que traz a possibilidade de o valor do benefício inicialmente ser de 100%, que são os casos quando existem dependentes inválidos ou com deficiência intelectual, mental ou grave.

Para Pedro Pannuti, especialista em direito previdenciário, “A aposentadoria por incapacidade e a pensão por morte são benefícios não programados: ninguém sabe quando vai acontecer. Esse novo cálculo não é razoável, não poderia estar tão atrelado ao tempo de contribuição do trabalhador” (PANNUTI, 2021, n.p).

3.3.1 Fim do direito de acrescer

O artigo 77, § 1º, da Lei nº 8.213/1991, trazia a possibilidade de, caso algum beneficiário cessasse o direito à pensão por morte, o valor correspondente à sua cota individual ser recalculado e revertido em favor dos dependentes remanescentes. Essa possibilidade é conhecida como direito de acrescer. Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/2019, entretanto, extinguiu-se esse direito, por força do artigo 23, § 1º:

Art. 23, § 1º: As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco) (BRASIL, 2019).

Dessa forma, cessada qualquer das cotas, estas não serão mais revertidas aos demais dependentes, pois a reversibilidade de cotas não se aplica mais à pensão por morte sendo, portanto, uma outra modificação trazida pela reforma e não menos injusta, que impacta diretamente na renda dos beneficiários. Para Castro e Lazzari (2020), esse dispositivo é mais uma forma para reduzir o valor da pensão que já foi profundamente vulnerado com a implementação da lógica de cotas.

3.4 DURAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE

Primeiramente, é necessário analisar as hipóteses de cessação do benefício, nesse sentido, o decreto nº 3.048/1999 traz essas possibilidades, que são:

Art. 114. O pagamento da cota individual da pensão por morte cessa: I - pela morte do pensionista; II - para o filho, o enteado, o menor tutelado ou o irmão, de ambos os sexos, ao completar vinte e um anos de idade, exceto se o pensionista for inválido outiver deficiência

intelectual, mental ou grave III - para o filho, o enteado, o menor tutelado ou o irmão inválido, pela cessação da invalidez; III-A - para o filho, o enteado, o menor tutelado ou o irmão que tenha deficiência intelectual, mental ou grave, pelo afastamento da deficiência IV - pela adoção, para o filho adotado que receba pensão por morte dos pais biológicos. V - para o cônjuge ou o companheiro ou a companheira: a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação do disposto nas alíneas "b" e "c"; b) em quatro meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido dezoito contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiver sido iniciado a menos de dois anos antes do óbito do segurado; ou c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas dezoito contribuições mensais e de, no mínimo, dois anos de casamento ou união estável 1. três anos, com menos de vinte e um anos de idade; 2. seis anos, entre vinte e um e vinte e seis anos de idade; 3. dez anos, entre vinte e sete e vinte e nove anos de idade; quinze anos, entre trinta e quarenta anos de idade; 5. vinte anos, entre quarenta e um e quarenta e três anos de idade; ou 6. vitalícia, com quarenta e quatro ou mais anos de idade; VI - pela perda do direito na forma do disposto nos § 4º e § 5º do art. 105; e VII - pelo decurso do prazo remanescente na data do óbito estabelecido na determinação judicial para recebimento de pensão de alimentos temporários para o ex-cônjuge ou o ex-companheiro ou a ex-companheira, caso não incida outra hipótese de cancelamento anterior do benefício (BRASIL, 1999).

A duração do benefício varia de acordo com idade e o tempo de contribuição. Dessa forma, caso o segurado instituidor conte com menos de 18 meses de contribuição ou tenha casado ou convivido em união estável por menos de 2 anos, o cônjuge ou companheiro terá direito ao benefício de pensão por morte apenas por 4 meses.

Contando com tempo de união estável ou casamento superior a 2 anos e com mais de 18 meses de contribuição ao INSS, a duração dependerá da idade do cônjuge ou companheiro no momento do óbito do instituidor, conforme tabela abaixo:

Tabela 1 – Tempo de duração do benefício de acordo com a idade do beneficiário

IDADE DO DEPENDENTE NA DATA DO ÓBITO/TEMPO DE DURAÇÃO DO BENEFÍCIO	COMO ERA ANTES DA REFORMA
Menos de 22 anos: 3 anos	Menos de 21 anos: 3 anos
22 a 27 anos: 6 anos	21 a 26 anos: 6 anos
28 a 30 anos: 10 anos	27 a 29 anos: 10 anos
31 a 41 anos: 15 anos	30 a 40 anos: 15 anos
42 a 44 anos: 20 anos	41 a 43 anos: 20 anos
45 anos ou mais: Benefício Vitalício	44 anos ou mais: Benefício Vitalício

Fonte: Ministério da Economia, apud. CUESTA, (2022, n.p).

Quanto ao prazo para que o requerimento do benefício de pensão por morte gere direito ao pagamento a partir da data do falecimento, o artigo 74 da Lei 8.213/1991 prevê duas hipóteses. A primeira, para os filhos menores de 16 anos, que deverão requerer o benefício até 180 dias após o óbito do segurado. Aos demais dependentes o requerimento deve ser feito até 90 dias do falecimento.

Se o pedido não for realizado dentro dos prazos supracitados, a pensão terá início na data do requerimento. Tratando-se de morte presumida, seu prelúdio se dará a partir do dia em que a decisão judicial foi concedida.

4 PENSÃO POR MORTE DEPOIS DA EC Nº 103/2019 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A carta magna brasileira prevê que o Estado tem a obrigação de promover uma sociedade justa e igualitária, além de erradicar a pobreza, garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, sem preconceito de origem raça cor ou sexo.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Ocorre que nem todo ato que o Estado pratica é positivo para a sociedade. Como já exposto, a mudança legal dos valores da pensão por morte é considerada por muitos

um retrocesso legislativo e social, haja vista que a alteração do cálculo do benefício afetou diretamente a vida de muitos brasileiros que dependiam desse salário para sobreviver ou manter as condições que detinham antes do falecimento do segurado.

4.1 DEPENDENTES REAIS

A legislação brasileira, como já dito anteriormente, com as alterações normativas da mudança no cálculo da pensão por morte, não observou um dos objetivos do Estado Democrático brasileiro, que é garantir o bem-estar social e erradicar a pobreza. É evidente que, dentre os beneficiários, existem pessoas com uma condição financeira maior e outras com condições inferiores.

Por esse motivo, há pessoas que de fato dependiam da contribuição mensal do falecido(a), pois muitas delas não trabalham por falta de oportunidade. A taxa de desemprego hoje no Brasil gira em torno 9,3%, conforme dita o IBGE106. A princípio parece uma porcentagem pequena, mas ao se colocar isso diante do número de pessoas que habitam no Brasil, que é de cerca de 215 milhões, obtém-se o total de 19.995.000 (dezenove milhões, novecentos e noventa e cinco mil) pessoas desempregadas, informação essa preocupante e alarmante.

A redução pela metade do valor do benefício, salvo as exceções citadas nos tópicos anteriores, afeta diretamente o sustento daqueles que dependiam diretamente do salário do segurado, obrigando-os a viver em uma situação financeiramente instável e, dependendo do grupo familiar, passando por diversas dificuldades.

Hoje, o salário mínimo no Brasil tem seu poder de compra reduzido, o que significa que uma família que recebe essa remuneração não conseguirá comprar o básico para o seu sustento e de seus familiares. Segundo reportagem do site BCC News Brasil, "o preço mais baixo da cesta básica é de R\$ 473,26, equivalente a 46,5% do salário mínimo em Aracaju, e o mais alto é em Florianópolis, no valor de R\$ 710,53, equivalente a aproximadamente 70% do salário mínimo" (SALÁRIO, 2021, n.p).

Diante dessa realidade, percebe-se que, dependendo da região, o salário mínimo não consegue adquirir duas cestas básicas por mês. Por esse motivo, com a alta da inflação, a redução do poder de compra e a alta taxa de desemprego, o Estado brasileiro deve colocar como prioridade seus objetivos firmados na Constituição Federal de 1988,

106 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

alterando novamente os valores previstos na pensão por morte, como forma de garantir um meio de subsistência para as famílias brasileiras.

Diversos são os casos em que os beneficiários já estão sentindo os prejuízos das mudanças, como o da defensora pública Michelle Leite, viúva desde abril de 2021 e que milita pela revisão das regras de pensão por morte e da aposentadoria por invalidez, “Isso me gera revolta e indignação. Viola o princípio da confiança. Ele recolheu um valor para se proteger e proteger a família dele. A reforma está deixando um rastro de destruição incalculável, aumentando fome e pobreza, retirando a dignidade dos brasileiros que são segurados da Previdência, que contribuíram para ter proteção” (LEITE, 2021, n.p).

O marido da pensionista Dalva Paré, que também ficou viúva após a reforma, ganhava cerca de R\$ 4.400,00 e sua pensão foi calculada no valor de R\$ 2.700,00, “Eu não sabia que iam descontar tanto, fico indignada. Como a maioria dos brasileiros [que perderam alguém], senti na pele o que é ganhar uma pensão nesse valor” (PARÉ, 2021, n.p).

Como visto, as recentes mudanças trazidas pela Reforma da Previdência foram bastante prejudiciais aos dependentes do segurado, seja pela alteração na forma do cálculo do benefício, pela implementação de cotas por dependentes ou pela sua irreversibilidade aos dependentes remanescentes, ficando evidente que a EC nº 103/2019 veio com o objetivo de limitar o acesso à pensão por morte e reduzir o valor pago aos dependentes, impactando de forma significativa a vida daqueles que dependem exclusivamente do benefício para sobreviver de forma digna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade, desde seus primórdios, sempre esteve ligada ao trabalho, pois sua sobrevivência sempre dependeu disso, para se alimentar, construir, dentre outras necessidades. Com o tempo, essa função foi se aprimorando e a partir desse momento surgiram novas funções para cada indivíduo.

Chega um momento na vida de todos, entretanto, em que a vitalidade, capacidade física e mental vai se limitando. Assim, a legislação brasileira entende que esse é o momento de descanso, pelo que abre espaço para os benefícios previdenciários, entre os quais está a pensão por morte, que garante para os dependentes do falecido o recebimento do salário através do INSS.

Esse benefício deve obedecer a alguns requisitos para o seu recebimento, como a morte do segurado que tenha contribuído com o INSS, a necessidade de verificar o período de graça, bem como haver dependentes habilitados a recebê-lo, entre os quais o cônjuge (ou companheiro em união estável), o filho, pais, irmãos não emancipados e com menos de 21 anos, ou que sejam inválidos.

Antes de 2019 os valores do benefício da pensão por morte eram de 100%, valor esse que garantia a mesma qualidade de vida aos dependentes depois da morte do segurado. Em 12 de novembro de 2019, contudo, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 103, que trouxe mudanças significativas para a previdência social.

A pensão por morte teve o seu valor reduzido para 50%, o que é considerado por muitos como um retrocesso social, haja vista que esse benefício tem o objetivo de suprir a falta financeira que o falecido está fazendo na vida de seus familiares, pois, na grande maioria das vezes, estes dependiam dele, nesse ponto.

Diante da crise econômica que está presente no país e da alta taxa de desemprego, o Estado brasileiro deve efetivar os direitos fundamentais e sociais mais do que nunca, e, por essa mudança normativa afetar diretamente o sustento de muitas famílias, fica evidente a necessidade dessa alteração.

Por esse motivo, os poderes legislativo e executivo devem garantir a revogação do artigo 23 da Emenda Constitucional nº 103/2019, que instituiu essa mudança na forma de cálculo, e trazer de volta as regras existentes antes da reforma, retomando o previsto no artigo 75 da Lei 9.032/1995, que garantia aos dependentes o benefício de 100% do valor que o segurado recebia.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

AMORIN, Ellen. Pensão por Morte de Acordo com a Reforma da Previdência. **SaberaLei**, 26 dez. 2020. Disponível em: <<https://saberalei.com.br/pensao-por-morte/>>. Acesso em: 28 set. 2022.

BLUME, Bruno André. CEOLIN, Monalisa. **O que é previdência social?**. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/previdencia-social-o-que->

CUESTA, Bem-Hur. Por Quanto Tempo Posso Receber Pensão Por Morte?. **INGRÁCIO ADVOCACIA**, 31 Ago. 2022. Disponível em: <<https://ingracao.adv.br/tempo-de-duracao-pensao-por-morte/>>. Acesso em: 27 set. 2022.

LEITE, Michelle. Mais luto, menos dinheiro. Entrevista concedida a Filipe Andretta. **UOL ECONOMIA**, São Paulo, 12 nov. 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-previdencia-2-anos-pensao-covid-aposentadoria/#end-card>>. Acesso em: 28 set. 2022.

PANNUTI, Pedro. Mais luto, menos dinheiro. Entrevista concedida a Filipe Andretta. **UOL ECONOMIA**, São Paulo, 12 nov. 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-previdencia-2-anos-pensao-covid-aposentadoria/#end-card>>. Acesso em: 28 set. 2022.

PARÉ, Dalva. Mais luto, menos dinheiro. Entrevista concedida a Filipe Andretta. **UOL ECONOMIA**, São Paulo, 12 nov. 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-previdencia-2-anos-pensao-covid-aposentadoria/#end-card>>. Acesso em: 28 set. 2022.

SALÁRIO mínimo de 2022 poderá comprar menos de duas cestas básicas. **BBC NEWS BRASIL**, 31 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59839609>>. Acesso em: 28 set. 2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreira dos Santos. – Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CRIME CIBERNÉTICOS: ESTELIONATO VIRTUAL NA PANDEMIA AOS OLHOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

PEDRO LUIS FREITAS DE OLIVEIRA:
Bacharelado em Direito pelo do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA/IESMA).

LUÍS GONZAGA DE ARAÚJO NETO¹⁰⁷

(orientador)

RESUMO: O estado brasileiro tem como um dos objetivos os direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, e uma dessas prioridades é a Segurança. Com a chegada da pandemia a utilização da internet aumentou consideravelmente, e, por conseguinte o número de crimes cibernéticos aumentou em 175%, principalmente o estelionato virtual, se tornando uma preocupação real para a população e o Estado, afinal os direitos e garantias individuais estão em risco. O presente trabalho objetivou uma abordagem de maneira reflexiva sobre os crimes cibernéticos e o estelionato virtual aos olhos do ordenamento jurídico brasileiro, pelo método de procedimento bibliográfico e abordagem a partir do método indutivo, utilizando-se para a sua elaboração materiais já existentes, como doutrinas, leis e jurisprudências. Dessa forma é necessário que o Estado faça alterações legislativas para que as sanções possam ser aplicadas de forma mais eficiente, uma vez que com a crise econômica que está presente no país é essencial que o direito patrimonial seja tutelado, considerando que o salário mínimo não consegue arcar com as despesas básicas de uma família, afetando assim diretamente o seu sustento.

Palavras-Chave: Crimes cibernéticos. Estelionato virtual. Estado brasileiro.

ABSTRACT: The Brazilian state has as one of its objectives the fundamental rights and guarantees of each individual, and one of these priorities is Security. With the arrival of the pandemic, the use of the internet has increased considerably, and, therefore, the number of cybercrimes has increased by 175%, especially virtual embezzlement, becoming a real concern for the population and the State, after all, individual rights and guarantees are at risk. The present work aimed at a reflexive approach to cybercrimes and virtual fraud in the eyes of the Brazilian legal system, through the method of bibliographic procedure and approach from the inductive method, using existing materials for its elaboration, such as doctrines, laws and jurisprudence. In this way, it is necessary for the State to make legislative changes so that sanctions can be applied more efficiently, since with the economic crisis that is present in the country, it is essential that property rights be

¹⁰⁷ Professor Orientador, especialista em ciências penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina

protected, considering that, the minimum wage cannot bear the basic expenses of a family, thus directly affecting their livelihood.

Keyword: Cyber Crimes. Virtual Fraud. Brazilian State.

1 INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica ao longo da história teve um papel essencial, pois com ela houveram inovações na área médica, industriais, de transporte, comunicação, infraestrutura bem como a chegada da internet em 1969.

Conforme o avanço da tecnologia o crime também foi se adaptando e modernizando, se tornando uma prática habitual dentro do mundo cibernético, forçando a legislação brasileira se adequar para poder penalizar esses tipos de crimes. Entretanto as normas que estabeleceram limites ao mundo virtual chegaram de forma morosa, limitando o Estado brasileiro a atuar com dispositivos antiquados até 2012.

Contudo em 2020 a pandemia chegou no Brasil, com o Vírus do COVID-19, trazendo consequências graves para a população brasileira, obrigando o Estado a incentivar a sociedade permanecer em casa, em decorrência disso aumentou consideravelmente o uso da rede mundial de computadores.

Diante desse cenário a população se tornou mais suscetível a golpes na internet, como o Estelionato Virtual, prejudicando diretamente a renda e o sustento de cada pessoa, dessa forma o ordenamento jurídico deve se ajustar para tutelar o direito patrimonial e de imagem de cada indivíduo.

Surgindo assim a problemática, qual a eficácia e a aplicabilidade das normas jurídicas contra o Estelionato virtual e os crimes cibernéticos? Com o objetivo de avaliar a efetividade da aplicação dos dispositivos contra os crimes cibernéticos durante o período da pandemia.

O presente artigo utiliza como procedimento metodológico a pesquisa descritiva, porque tem como objetivo descrever com o máximo de detalhes possíveis sobre as normas aplicáveis contra o estelionato virtual. Utilizando-se também a pesquisa bibliográfica, porque é elaborado com base em materiais já existentes, como doutrina, leis, jurisprudências.

É utilizado o procedimento monográfico, porque tem como o objetivo investigar a maioria dos aspectos relacionados ao tema, além da utilização da análise qualitativa, porque tem como foco a realidade social, para mais o método indutivo visto que, se baseia em casos enumerados e registrados, para concluir um fato.

2 CRIME CIBERNÉTICOS E SUAS EVOLUÇÕES HISTÓRICAS

É de fundamental importância lembrar o grande papel em que a tecnologia teve ao longo da história, trazendo inúmeros benefícios para a população mundial, nas áreas da comunicação, transporte, saúde, dentre muitas outras áreas. Esse mecanismo tecnológico se tornou essencial afinal hoje praticamente todo mundo tem acesso as tecnologias que facilitam a vida das pessoas.

E com a chegada da quarta revolução industrial, chegou também à internet que modernizou as relações pessoais, comerciais e industriais, se tornando um grande marco para o século XX e XXI, um recurso indispensável nos dias atuais.

O século XXI está experimentando um avanço tecnológico inacreditável. Situações que, em um passado não muito distante, eram retratadas em filmes e desenhos infantis como sendo hipóteses futuristas, hoje estão presentes em nosso dia a dia. As conversas on-line, com visualização das imagens dos interlocutores, seja através de computadores, ou mesmo de smartphones, que pareciam incríveis no início da segunda metade do século XX, atualmente fazem parte da nossa realidade. Enfim, vivemos novos tempos e devemos nos adaptar, conseqüentemente, ao mau uso de todo esse aparato tecnológico. A internet revolucionou o mundo e o fez parecer muito menor. (GRECO, 2021).

Entretanto o crime também foi se organizando e modernizando, se tornando um problema real e recorrente, obrigando a legislação vigente se adaptar, haja vista, que uma boa parte do corpo legislativo brasileiro foi elaborado no século XX, como por exemplo, a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal de 1940, tempos em que o mundo virtual ainda estava engatinhando, razão pela qual a internet só chegou no Brasil em 1981 através da Bitnet, todavia de forma bem limitada e inacessível para a maioria das pessoas.

Nesse sentido foi surgindo criminosos denominados como "Cracker", tratando-se daquele que consegue driblar o sistema de segurança operacional com o intuito de obter vantagem ilícita, vale ressaltar que há uma diferença entre Hacker, que são pessoas que tem um conhecimento amplo sobre computação e informática, que trabalham normalmente para empresas, desenvolvendo softwares e hardwares para computadores.

2.1 O QUE É CRIME CIBERNÉTICO?

O crime cibernético está em constante evolução, se aprimorando e inovando conforme a evolução da tecnologia na sociedade, em suma, quando surge um novo avanço

tecnológico os criminosos virtuais se organizam para conseguir invadir o sistema de segurança e praticar atos ilegais previstas na legislação.

Mas sua definição não é precisa, entretanto, podem ser compreendidos como atividades ilegais realizadas mediante uso da tecnologia, com o intuito de acessar informações sigilosas, sendo configuradas como atos desonestos e maliciosos, em que os criminosos têm a sensação de velocidade de operação, anonimidade e facilidade, com um enorme número de vítimas. (BURDEN; PALMER 2003, apud GARCIA, MACADAR, LUCIANO, 2018).

Originalmente, os crimes cibernéticos foram separados em dois grupos 1) atos criminosos já conhecidos no mundo real e que foram viabilizados no ciberespaço, tais como fraudes, roubos de informação, difamação, chantagem, pornografia, lavagem de dinheiro, violação da propriedade intelectual e terrorismo; 2) crimes cibernéticos puros, que compreendem atos desonestos ou mal-intencionados que não existiriam fora do ambiente virtual. Neste grupo, é possível citar vandalismo virtual, disseminação de vírus ou softwares maliciosos, ataques de negação de serviço, falsificação de endereços na Internet e envio de spam ou mensagens eletrônicas indesejadas (BURDEN; PALMER 2003, apud GARCIA, MACADAR, LUCIANO, 2018).

Diante dos fatos supracitado, denota-se que qualquer crime pode ser cometido dentro do mundo virtual, como o a difamação, calúnia, terrorismo, injúria racial, dentre muitos outros previstos no Código Penal.

2.2 O QUE É ESTELIONATO VIRTUAL?

Primeiramente é necessário entender o que é Estelionato, esse crime está previsto decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em seu artigo 171, que descreve:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. § 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º. § 2º - Nas mesmas penas incorre quem (BRASIL, 1940).

O crime de Estelionato é regido pelo binômio vantagem/ilícita alheio, a conduta deve ter o objetivo de obter vantagem em prejuízo de outra pessoa (GRECO, 2021). Por conseguinte, ele deve atender alguns requisitos para a sua caracterização, que é o uso de meio ardil, causar prejuízo a outrem, enganar alguém ou leva-lo ao erro, e por fim obter vantagem ilícita. (SILVA, 2020).

E com o avanço da tecnologia o crime se aprimorou, começando a ser praticado por meios virtuais, desse modo, a legislação brasileira para tentar coibir tais atos, entrou em vigência a Lei nº 14.155 de 2021, criando uma nova modalidade, que é a Fraude Eletrônica, previsto no art. 171, §2º-A, §2º-B e §3.

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. § 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência. (BRASIL, 1940).

Levando em consideração as informações supracitadas, qual seria a relação entre o crime cibernético e o estelionato virtual? Pode-se afirmar que o crime cibernético é o geral, e o estelionato é a subespécie.

Dentro dos atos ilícitos cibernéticos existem vários crimes, como difamação, calúnia, e o próprio estelionato. Mas o ponto primordial para essa configuração, é que sejam praticados por meio eletrônicos.

2.3 CRIMES DIGITAIS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRIA

Os primeiros crimes cibernéticos aconteceram nos Estados Unidos, na década de 60, havendo sua intensificação em 1980, envolvendo crimes de pirataria, manipulação de dados bancários dentre outros, e com a chegada da internet nos demais países, esses atos ilícitos virtuais os acompanharam.

Já no que se refere ao contexto histórico jurídico no Brasil, pode-se dizer que a legislação se atualizou com morosidade, haja vista, que antes de aparecerem as primeiras leis, a justiça ficava muitas vezes de mãos atadas, por não haver uma legislação específica.

Chegando a primeira norma ao que se refere a crimes digitais, apenas em 2012, a Lei nº 12.737, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, tipificando-os como crimes informáticos, havendo também a alteração do Art. 171-A do Código Penal. (SILVA, 2020).

2.4 CRIMES CIBERNÉTICOS NA PANDEMIA

A chegada da pandemia causada pelo COVID-19 foi uma surpresa para todos, uma doença que no momento era desconhecida e não existia tratamento específico e muito menos vacina, por conta desse fato gerou um grande número de óbitos, obrigando assim que fosse decretado o lockdown¹⁰⁸, por conseguinte aumentou o número de pessoas que utilizavam a internet, bem como a quantidade de horas diárias utilizadas.

Pode-se afirmar também que a maioria dos trabalhos foram substituídos pelo home office¹⁰⁹, e muitos deles apesar da crise epidemiológica ter diminuído e terem voltado as atividades presenciais, algumas profissões permaneceram com as suas práticas a distância.

Com o fechamento das fronteiras, dificultando o tráfico de drogas, propiciou a mudança na prática dos crimes, aumentando o número de “crackers”, aplicando golpes dos mais variados tipos, e muitos deles utilizados nas redes sociais, aproveitando-se das pessoas em um dos momentos mais frágeis na história, em meio à crise econômica, falta de emprego e instabilidade emocional.

E pela falha de segurança do sistema e por falta de conhecimento e prevenção, uma quantidade considerável de pessoas se tornaram vítimas dos crimes cibernéticos, reportagem do G1¹¹⁰ de 2022, informa que as fraudes cometidas no mundo digital aumentaram em 175%, dados esses alarmantes, devendo o usuário tomar os devidos cuidados para evitar cair nesse tipo de golpe.

2.5 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DOS CRIMES VIRTUAIS

Os crimes virtuais podem trazer diversas consequências sociais e jurídicas, atos que afetam diretamente a vida de cada brasileiro, e por ser uma prática comum e que qualquer pessoa pode ser vítima, é importante analisar profundamente.

Como já dito anteriormente, o Brasil vive em meio à crise econômica, social, política e de segurança, atualmente o brasileiro vive no limite, tendo em vista, que um salário

¹⁰⁸ É um protocolo de isolamento que geralmente impede o movimento de pessoas ou cargas.

¹⁰⁹ Relação de trabalho na qual o colaborador atua a distância

¹¹⁰ Portal de Notícias da Globo

mínimo de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais) em 2022, não é capaz de atender as necessidades básicas de cada indivíduo que reside neste país, com o aumento da inflação o poder de compra diminui cada vez mais.

Em meio a tanta dificuldade, o brasileiro ainda se vê em uma situação em que tem os seus poucos bens tomados e esse crime se dá muitas vezes por meio eletrônico, por isso tem-se a necessidade de que o poder público seja atuante no combate aos crimes virtuais.

Diante desse cenário, vale analisar que a legislação pátria tem alguns dispositivos que servem de garantia legal a favor das vítimas dos ataques cibernéticos, seja ela por cunho moral ou monetário, dessa forma vale citar o próprio Código Penal, que prevê diversas modalidades de crime que podem ser aplicadas caso utilizadas por meio eletrônico.

Mas em destaque vale citar o artigo 171, § 2º-A, § 2º-B e § 3º, que trata especificamente do estelionato por meio eletrônico, que tem penas de 4 (quatro) a 8 (oito), e pode ter aumento de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado por servidor fora de território nacional e pode-se aumentar novamente 1/3 (um terço), caso a vítima seja entidade de direito público, instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

3 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS LIMITAÇÕES

A legislação brasileira no decorrer dos anos vem se aprimorando cada vez mais, principalmente ao que se refere o Direito Penal, haja vista, que com a evolução tecnológica e a modernização das relações sociais vem surgindo cada vez mais novos crimes, devendo o ordenamento jurídico se adaptar para poder julgar com eficiência.

Entretanto há uma característica na legislação que é o fato que o sistema jurídico brasileiro utiliza o *Civil Law*, ao contrário do Estados Unidos que usa o *common law*, essa situação faz com que os julgamentos se limitem estritamente ao que está na lei, se distanciando do entendimento do magistrado.

O *Civil Law*, também chamado de sistema romano-germânico, é um sistema jurídico que tem a lei como fonte imediata de direito, isto é, que utiliza as normas como fundamento para a resolução de litígios. A jurisprudência, a doutrina e os princípios também são fontes de direito, mas são secundários, pois o que prevalece são as normas escritas do ordenamento jurídico. Esse sistema jurídico é utilizado em todos os países da Europa continental e da América Latina e em diversos países da Ásia e da África. (SALES, 2021).

Diante disso, se torna essencial que a legislação brasileira acompanhe o desenvolvimento social e tecnológico, pelo fato que o sistema jurídico brasileiro deve obedecer estritamente ao que está dentro da lei, todavia essa forma de julgamento é positiva, visto que evita a parcialidade dos julgadores.

3.1 APLICABILIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO EM CRIMES CIBERNÉTICOS

Diante das informações acima, denota-se que mesmo que tardio, a legislação brasileira foi se adaptando as evoluções tecnológicas, nesse sentido, foram criadas leis que tem como objetivo proteger a integridade patrimonial e moral dos brasileiros nos ambientes virtuais.

Uma das principais normas criadas, e se tornando o pontapé inicial para a elaboração de normas jurídicas voltadas para a proteção virtual, é a Lei nº 12.737 de 2012, conhecida como Lei dos Crimes Cibernéticos ou Lei Carolina Dieckmann já citada anteriormente, tipificando os crimes digitais como invasão de celulares ou computadores, violando os dados do usuário independentemente de serem governamentais ou não.

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, inserindo o art. 154-A ao Código Penal, com as modificações em sua redação original trazida pela Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021, exigiu a presença dos seguintes elementos para efeitos de caracterização do delito de invasão de dispositivo informático, a saber: a) o núcleo invadir; b) dispositivo informático alheio; c) conectado ou não à rede de computadores; d) com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo; e) ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. (GRECO, 2021)

Outro marco importante para legislação foi no ano de 2014, em que entrou em vigor a Lei 12.965, em que tem como objetivo regular os deveres e direitos na internet. O referido dispositivo se tornou um marco, pois garantiu o acesso as informações que são privadas através de uma ordem judicial, além de garantir que algum conteúdo seja retirado do ar "Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria". (BRASIL, 2014).

A Lei nº 13.709/2018 conhecida como LGPD111, traz dispositivos importantes, porque ela busca regular a coleta e tratamento de dados pessoais, armazenamento e compartilhamento, modificando os artigos 7º e 16º da Lei 12.965.

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. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 2018).

E por fim a Lei nº 14.155 de 2021, já citada anteriormente, que visa alterar alguns dispositivos do Código Penal de 1940, como os artigos 154-A, §2º, §3º; art. 155, §4-B, §4º-C; art. 171, §2º-A, §2º-B, §4º e art. 70, §4º.

3.2 ESTELIONATO

O estelionato é um crime que comum na sociedade moderna, e com a chegada da pandemia esse tipo de crime se tornou mais recorrente. O ato consiste em induzir, persuadir para a obtenção da vantagem indevida, conduzindo o ofendido ao engano ou deixando a vítima permanecer na situação do erro, podendo o autor provocar uma situação de engano ou apenas dela se aproveitar, cometendo assim uma conduta proibida. (NUCCI, 2019).

Os mecanismos para a prática do delito são os seguintes: a) erro: é a falsa percepção da realidade. O agente coloca – ou mantém – a vítima numa situação enganosa, fazendo parecer realidade o que efetivamente não é. Ex.: o autor finge manter uma agência de venda de carros, recolhe o dinheiro da vítima, prometendo-lhe entregar o bem almejado, e desaparece; b) artifício: é astúcia, esperteza, manobra que implica engenhosidade. Ex.: o sujeito, dizendo-se representante de uma instituição de caridade conhecida, fazendo referência ao nome de pessoas conhecidas que, de fato, dirigem a mencionada instituição, consegue coletar contribuição da vítima, embolsando-a; c) ardil: é também artifício, esperteza, embora na forma de armadilha, cilada ou estratagemas. No exemplo dado anteriormente, o agente prepara um local com a aparência de ser uma agência de venda de veículos, recebe o cliente (vítima), oferece-

111 Lei Geral de Proteção de Dados

-lhe o carro, recebe o dinheiro e, depois, desaparece. Trata-se de um ardid; d) qualquer outro meio fraudulento: trata-se de interpretação analógica, ou seja, após ter mencionado duas modalidades de meios enganosos, o tipo penal faz referência a qualquer outro semelhante ao artifício e ao ardid, que possa, igualmente, ludibriar a vítima. (NUCCI, 2019).

Esse crime se trata de um crime comum¹¹²; doloso¹¹³, comissivo¹¹⁴ e omissivo¹¹⁵; material¹¹⁶, de forma livre¹¹⁷, instantâneo¹¹⁸, de dano¹¹⁹, monossubjetivo¹²⁰, plurissubsistente¹²¹, transeunte¹²² ou não transeunte¹²³, tendo como bem juridicamente protegido o patrimônio daquele que sofreu o prejuízo. (GRECO, 2021).

De acordo com Fernando Capez (2022), o sujeito ativo pode ser praticado por qualquer pessoa, podendo ter participação ou coautoria, em relação ao sujeito passivo é a pessoa que foi enganada, aquela que sofre com a lesão patrimonial, podendo haver um número indeterminado de pessoas. Podendo ter uma causa especial de aumento de pena, quando se trata de uma pessoa idosa ou vulnerável, conforme artigo 171, §4º do Código Penal, *in verbis*.

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardid, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (...) § 4º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é

112 Podem ser cometidos por qualquer pessoa

113 Crime com intenção

114 Praticado por um ato

115 Praticados por uma omissão

116 É aquele que prevê um resultado naturalístico como necessário para sua consumação

117 O delito pode ser cometido de qualquer maneira

118 Se consumam com uma única conduta

119 Consumação com o dano ao bem jurídico

120 Praticados por uma só pessoa

121 Necessitam de vários atos

122 Não deixa vestígios

123 Deixa vestígios

cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso. (BRASIL, 1940)

A consumação do ato ilícito se concretiza quando o agente obtém a vantagem ilícita em prejuízo alheio, todavia, se o criminoso tentar praticar o estelionato, mas não conseguir concretizar seu objetivo, estaremos diante da modalidade tentada.

No estelionato, crime que requer a cooperação da vítima, o início de sua execução se dá com o engano da vítima. Quando o agente não consegue enganar a vítima, o simples emprego de artifício ou ardid caracteriza apenas a prática de atos preparatórios, não se podendo cogitar de tentativa. (BITENCOURT, s.d, apud GRECO, 2021).

Quanto ao seu elemento subjetivo, pode ser praticado somente de forma dolosa, devendo surdir antes do ato criminoso, se não entraria em outra modalidade do Código Penal, que é a apropriação indébita, previsto no artigo 168. Fernando Capez (2022), informa que o arrependimento posterior é possível, entendimento esse pacífico nos tribunais.

3.2.1 Divergência doutrinária

E quando há uma tentativa de cometer o crime por ambas as partes, qual é o posicionamento jurídico que a legislação brasileira adota? Não há um entendimento pacífico, nesse viés é necessário analisar os entendimentos doutrinários.

Para Nélson Hungria, não há crime nenhum, pois a proteção legal só serve para um fim legítimo, tendo como base jurídica o artigo 883, caput do Código Civil, *in verbis*: "Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei" (BRASIL, 2002). O posicionamento majoritário é que existe o crime, não importando a má fé do ofendido, entendimento esse adotado por Fernando Capez, que afirma:

O autor revela maior temibilidade, pois ilude a vítima e lhe causa prejuízo; (ii) não existe compensação de condutas no Direito Penal, devendo punir-se o sujeito ativo e, se for o caso, também a vítima; (iii) a boa-fé do lesado não constitui elemento do tipo do crime de estelionato; (iv) o dolo do agente não pode ser eliminado apenas porque houve má-fé, pois, a consciência e a vontade finalística de quem realiza a conduta independem da intenção da vítima." (CAPEZ, 2022, p.1328)

Dessa forma, nota-se que mesmo quando a tentativa de fraude é bilateral o posicionamento majoritário é que há crime, pois, a má fé do ofendido não constitui como elemento do tipo do crime.

3.3 ESTELIONATO VIRTUAL

A fraude eletrônica é uma modalidade do estelionato em virtude do *modus operandi*, seguindo o mesmo padrão, mas os meios utilizados que divergem do crime comum. Portanto também há uma tentativa de induzir a vítima ao erro, através de contatos telefônicos, aplicativos de comunicação, redes sociais ou qualquer outro meio eletrônico.

Nesse sentido Rogério Sanches afirma que:

a) por meio de redes sociais: atualmente são muito comuns os anúncios promovidos em redes sociais como Facebook e Instagram. Não raro, são anúncios fraudulentos, manobras ardilosas para atrair pessoas que forneçam seus dados; b) por contatos telefônicos: são também muito comuns as fraudes cometidas por meio telefônico. Um exemplo recorrente envolve os cartões de crédito. O fraudador telefona para alguém e afirma, por exemplo, que a instituição financeira detectou indícios de fraude com o cartão dessa pessoa. Pede a ela que confirme dados e digite a senha do cartão. Com a senha à disposição, o agente faz compras, efetua saques, toma empréstimos etc.; c) pelo envio de correio eletrônico fraudulento: neste caso, a vítima recebe um e-mail fraudulento, muitas vezes imitando os caracteres de empresas ou organizações conhecidas e, a partir do acesso por meio do link disponibilizado, o estelionatário pode obter os dados pessoais e bancários inseridos em formulários eletrônicos; d) por qualquer outro meio fraudulento análogo: nesta fórmula analógica se inserem quaisquer outras práticas fraudulentas cometidas por meios eletrônicos ou informáticos, como páginas na internet, por exemplo, em que a vítima não é diretamente abordada pelo estelionatário, como nas modalidades anteriores, mas é induzida em erro por fatores diversos (simulação de um estabelecimento comercial regularmente constituído; cópia de outra página conceituada etc.). (CUNHA, s.d, apud GRECO, 2021).

Um detalhe importante a ser lembrado é que a vítima é enganada fornece as informações ao criminoso, para que obtenha a vantagem ilícita, não podendo ser confundido com furto, considerando-se que nessa modalidade de crime não há trocas de informações mesmo que por meio eletrônico.

E dentro da fraude eletrônica existe a possibilidade de aumento de pena que é quando o crime é praticado de servidor fora do território nacional, previsto no Artigo 171, § 2º-B do CP, podendo ser aumentada em 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

Ao que se refere o § 3º do artigo 171 do Código Penal, é levado em consideração o Sujeito passivo que se for uma entidade de direito público; instituto de assistência social; instituto de economia popular e instituto beneficente a pena poderá ser aumentada de 1/3 (um terço).

A razão de ser do aumento de pena diz respeito ao fato de que todas as entidades arroladas pelo parágrafo prestam serviços fundamentais à sociedade. Assim, o comportamento do agente, causando prejuízo a essas entidades, atinge, reflexamente, a sociedade. Na verdade, embora a entidade prejudicada seja determinada, o número de pessoas que sofre com a conduta do agente é indeterminado. (GRECO, 2021).

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula nº 24 reforça a aplicação dessa majorante “Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3. do art. 171 do Código Penal”.

Os idosos e o vulnerável¹²⁴ como já citados anteriormente também possuem proteção legal do Código Penal, que é o § 4º do Artigo 171, em que dispõe a possibilidade do aumento de pena em 1/3 ao dobro, entretanto para sua aplicação é necessário que o autor do crime tenha conhecimento da idade da vítima.

Para fins legais idoso é aquele que possui a idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em conformidade com o artigo 1º da Lei 10.741/2003 de 2003. A majorante deve ser aplicado no critério trifásico, para fins do cálculo penal, previsto no artigo 68 do CP. (GRECO, 2021).

3.3.1 Ação penal, suspensão condicional do processo e imunidade

O conhecimento do tipo de ação penal de um crime é de extrema importância, pois com essas informações pode-se verificar quem tem a possibilidade para provocar o Estado. Desta forma, FACHINI (2021), afirma que consiste no direito de se exigir ou pedir tutela jurisdicional, com o desígnio de solicitar o conflito decorrente do caso concreto.

¹²⁴ Menor de 14 anos e aquele que, por enfermidade ou doença mental não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou aquela que, mesmo por causa transitória, não possa oferecer resistência. (VEDANA, WENDRAMIN, 2019).

¹²⁵ Estatuto do Idoso

Por conseguinte, o Decreto Lei nº 2.848 de 1940, afirma que o Estelionato Virtual é de ação pública condicionada com aquiescência do artigo 171, § 5º significa que deve ter a representação do ofendido para o prosseguimento do processo criminal.

Todavia há exceções, em que a ação penal será pública incondicionada, quando a vítima for Administração público indireta ou direta, maior de 70 (setenta) anos, pessoa com deficiência mental e criança ou adolescente.

Existe também a possibilidade de haver a suspensão condicional da pena, quando obedecer aos seguintes requisitos, se o réu for primário e se o objeto adquirido ilicitamente for de pequeno valor, hipótese prevista no artigo 155, §2 do Código Penal.

O artigo 181 do CP traz a hipótese de imunidade penal, quando o estelionato virtual ou não, é cometido contra cônjuge, ascendente ou descendente, ou qualquer parentesco legítimo ou ilegítimo, por meio natural ou civil.

Não obstante há exceções ao que se refere ao crime de estelionato, que é quando o estranho participa do crime, ou se é praticado contra uma pessoa maior de 60 anos conforme cita o art. 183, II e III do Código Penal, mas nessas hipóteses não haverá a aplicação do artigo 181.

4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA CONTRA OS CRIMES CIBERNÉTICOS: ações necessárias para sua aplicabilidade efetiva

O acesso a novas tecnologias trouxe inúmeros benefícios para a sociedade atual, dentre elas o acesso à internet, inovações na área médica, automóveis, digitalização de processos criminais ou cíveis. E diante da evolução célere a legislação brasileira deve acompanhar todas as mudanças na sociedade.

Mas como já visto anteriormente a pandemia causada pelo COVID-19, fez com que muitas famílias ficassem dentro de suas casas, e por conta desse fato o uso da internet aumentou drasticamente pelo celular ou computador, e diante do cenário calamitoso o emocional da população acabou ficando sensibilizado, se tornando "presas" fáceis para os crackers.

A visto disso, o número de vítimas de crimes cibernéticos aumentou em 175%, como já visto anteriormente, principalmente ao que se refere ao estelionato, fato esse alarmante, e diante da crise econômica que assola o país, torna a situação mais preocupante.

Por isso cria-se a necessidade da adaptação da legislação brasileira diante do cenário atual em que o Brasil se encontra, devendo haver um trabalho em conjunto entre os três poderes, para que se busque a adaptação normativa adequada, para tutelar o direito patrimonial e moral de cada indivíduo.

4.1 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DIANTE DA PREMÊNIA DOS AUMENTOS DE NÚMEROS DE OCORRÊNCIAS NA PANDÊMIA

Em face do cenário atual, constata-se que desde 2012 o Brasil progrediu consideravelmente no quesito legislativo, fato esse que contribui ao combate aos crimes cibernéticos, haja vista, que com o ingresso desses dispositivos dentro do código penal e demais legislações infralegais permitiram que o poder judiciário pudesse punir tais atos, dentro do sistema jurídico *civil law*, adotado pela legislação brasileira.

Convém lembrar que, mesmo diante de todas essas inovações legislativas foi observado que houve um aumento drástico dos crimes cibernéticos, principalmente ao que se refere ao estelionato virtual, a partir deste ponto, pode-se questionar se os dispositivos normativos atuais são o suficiente para combater esse tipo de criminalidade? Ou as penas são brandas demais ao ponto de não conseguir surtir o efeito da ressocialização?

Conforme já visto anteriormente, o crime previsto no artigo 171, §2-A do Código Penal, prevê a possibilidade de pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos e multa, nesta perspectiva o tipo de regime pode ser semiaberto ou fechado, variando de acordo com a pena aplicada.

A progressão de regime prevista no artigo 33, § 2º do Código Penal, contribui para a ineficiência no objetivo legislativo de punir o agente criminoso, haja vista, que principalmente quando o réu é primário, basta cumprir 1/6 da pena para progredir de regime, ou seja, apenas 16% da pena em que foi condenado. Na hipótese de ser condenado em 4 (quatro) anos, caso atenda aos requisitos, poderia o réu progredir para o regime aberto, resumindo, bastaria ficar apenas 6 (seis) meses na prisão.

Esse fato faz com que o réu entenda que mesmo que cometa um crime e prejudique uma pessoa, e sanção será muito branda ao ponto de “valer a pena” para ele, afinal se for condenado em 4 anos, e cumprir 1/6 da pena e progredir de regime, qual seria a mensagem que o Estado brasileiro passaria?

Vale lembrar que um dos maiores objetivos do Sistema prisional brasileiro é ressocializar qualquer pessoa que cometer um crime e sofrer uma sanção penal, mas diante do cenário supracitado, observa-se que a legislação brasileira falha nesse ponto.

O Conselho Nacional de Justiça apontou que a taxa de reincidência criminal é de 42%, esse fato mostra a fragilidade legislativa e prisional em que o Brasil se encontra, e quando se considera o índice de resolução de crimes, esses dados se tornam mais preocupantes.

Por isso tem-se a necessidade de haver alterações legislativas, para modificar a progressão de regime, e ao mesmo tempo aumentar a pena do crime de estelionato virtual, com o objetivo de combater o aumento de casos que vem ocorrendo no Brasil

A forma preventiva legislativa também falha nesse aspecto, pois a intenção é causar receio na população para que a mesma não venha cometer qualquer ato ilícito, como por exemplo, ao dirigir embriagado o Estado puni com multa e as vezes detenção, para impedir que esse crime aconteça novamente. A partir do momento em que a população não teme a sanção, a tendência é que esse ato seja cometido mais vezes, e o mesmo se aplica ao estelionato virtual.

E para que isso aconteça é necessária uma ação em conjunto do Estado, com o congresso nacional, alterando o artigo 171, § 2º-A do CP, aumentando a pena base, para que esse crime cause receio a população em geral, justamente por conta das sanções que podem ser aplicadas, além de que modificar o sistema de progressão de regime também iria beneficiar nesse sentido.

A partir deste ponto, o poder executivo deve divulgar essas mudanças legislativas na TV aberta, pois assim um maior número de pessoas iria ter conhecimento sobre as sanções aplicáveis na iminência do crime, e com esse fato a redução do número de crimes por estelionato virtual iria diminuir drasticamente.

Outro ponto a salienta, é que com esse conhecimento a população iria saber como agir caso fosse vítima do Estelionato Virtual, com essas medidas sendo praticadas, a tendência é que o número de crimes cometidos diminuiria.

E com as medidas mais severas, o poder judiciário poderia aplicar sanções mais efetivas, diminuindo assim a taxa de reincidência ao que refere o crime de estelionato, sendo ele virtual ou não.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate aos crimes cibernéticos no Brasil teve seu início de forma tardia, pelo fato que teve a constituição de sua primeira lei com finalidade de tutelar os direitos patrimoniais e de imagem no meio eletrônico somente em 2012.

Ao que se refere o Estelionato Virtual foi estabelecido através da Lei nº 14.155 de 2021, inserindo os parágrafos § 2º-A, § 2º-B e § 3º, no artigo 171 do Código Penal, com os mesmos requisitos e características do Estelionato convencional, com a diferença da forma em que é utilizado, no crime em questão se trata da utilização de meios eletrônicos para a ocorrência do ato ilícito.

A chegada desse dispositivo foi essencial para auxiliar ao combate aos crimes cibernéticos, haja vista, que a inovação tecnológica está a cada dia mais presente na vida dos brasileiros. Todavia, com a chegada da pandemia do COVID-19 em 2020 no Brasil, houve um aumento da utilização da internet, pelo fato que, com o *lockdown*, e o incentivo do governo para a população permanecer em casa favoreceu a uso constante dos meios virtuais.

Diante desse cenário o aumento dos crimes cibernéticos aumentou exponencialmente, principalmente o delito da Fraude eletrônica (estelionato virtual), utilizando-se da fragilidade emocional ocasionado pela pandemia para tirar proveito próprio.

Perante o exposto, forma-se a necessidade da atuação do Estado para combater os crimes cibernéticos, com alterações legislativas no Código Penal, aumentando as penas do crime de Estelionato Virtual, para que o objetivo da ressocialização possa ser alcançado, bem como a mudança do sistema de progressão de regime.

O Estado também deve divulgar as mudanças legislativas bem como informar a população das consequências do cometimento do crime de Estelionato Virtual. É de conhecimento geral, que a maior parte da população não tem entendimento do conteúdo normativo das leis, apesar de disponível para todos, essas informações ficam praticamente retidas nas mãos dos profissionais de Direito, evidenciando assim a importância dessa divulgação de forma didática e simples.

Dessa forma, o Estado irá conseguir alcançar o seu objetivo preventivo ao que se refere aos crimes virtuais. E com as mudanças o poder judiciário poderá aplicar as sanções penais de forma mais severa e efetiva, diante da crise econômica se torna essencial a proteção patrimonial da população, pelo fato, que hoje o salário mínimo não consegue arcar com as despesas básicas, prejudicando assim diretamente o sustento da família brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

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

BRASIL. **LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.** Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 28 de ago. De 2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 28 de ago. de 2022.

BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2022.

BRASIL. **LEI Nº 14.155, DE 27 DE MAIO DE 2021.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14155.htm>. Acesso em: 11 de set. de 2022.

CARCARÁ, Thiago. **Estelionato virtual:** a reinvenção de uma prática criminosa secular. Disponível em: <<https://procon.pmt.pi.gov.br/estelionato-virtual-a-reinvencao-de-uma-pratica-criminosa-secular/#:~:text=Diferente%20do%20Estelionato%20cuja%20conduta,do%20bem%20que%20foi%20atingido.>>. Acesso em: 28 de ago. de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte Especial arts. 121 a 212 – v. 2 – 22. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

FACHINI, Thiago. **Ação penal:** definição, tipos, princípios e requisitos. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/acao-penal-definicao-tipos-principios-requisitos/>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.

GARCIA, Plínio Silva de. MACADAR, Marie Anne e LUCIANO, Edimara Mezzomo. **A influência da injustiça organizacional na motivação para a prática de crimes cibernéticos.** JISTEM - Journal of Information Systems and Technology Management [online]. 2018, v. 15 [Acessado 23 Agosto 2022], e201815002. Disponível em: <<https://doi.org/10.4301/S1807-1775201815002>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.

GLOBO, Portal de Notícias. **Crimes virtuais:** no auge da pandemia, fraudes cometidas no mundo digital aumentaram em 175%. Disponível em: <<https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2022/07/25/crimes-virtuais-no-auge-da-pandemia-fraudes-cometidas-no-mundo-digital-aumentaram-175percent.ghtml>>. Acesso em: 28 de ago. de 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** volume 2: parte especial: artigos 121 a 212 do código penal – 19. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022.

PARALELO, Brasil. **Sistema prisional brasileiro – assassinatos diários, brigas de facções e alta reincidência criminal**. Disponível em: <[SILVA, Daniel. **Requisitos do Crime de Estelionato \(com exemplos\)**. Disponível em: <\[SILVA, Jessica Luana Pereira. **Crimes Cibernéticos e sua evolução jurídica – A Internet não é terra de ninguém?**. Disponível: <\\[TERRITÓRIOS, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos. **Estelionato**. Disponível em: <\\\[VEDANA, Paola Cristine. WENDRAMIN, Cassiane. **O Crime de Estupro de Vulnerável e as Alterações Promovidas Pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência**. Disponível em: <\\\\[Boletim Conteúdo Jurídico v. 1118 de 22/10/2022 \\\\\(ano XIV\\\\\) ISSN - 1984-0454\\\\]\\\\(https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-as-alteracoes-promovidas-pelo-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/#:~:text=Como%20vulner%C3%A1vel%2C%20considera%20o,217%2DA%20do%20C%C3%B3digo%20Penal.>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.</p></div><div data-bbox=\\\\)\\\]\\\(https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/educacao-semanal/estelionato-1>>. Acesso em: 28 de ago. de 2022.</p></div><div data-bbox=\\\)\\]\\(https://www.laad.com.br/2020/06/23/crimes-ciberneticos-a-internet-nao-e-terra-de-ninguem/>>. Acesso em: 28 de ago. de 2022.</p></div><div data-bbox=\\)\]\(https://cadernodeprova.com.br/requisitos-do-crime-de-estelionato-com-exemplos/>>. Acesso em: 28 de ago. de 2022.</p></div><div data-bbox=\)](https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/sistema-prisional-brasileiro#:~:text=Um%20estudo%20do%20departamento%20de,no%20Brasil%20%C3%A9%20de%2042%25.>>. Acesso em: 19 de set. de 2022</p></div><div data-bbox=)

PRINCÍPIO DE INVIOABILIDADE DOMICILIAR E ATUAÇÃO POLICIAL: ALGUNS APONTAMENTOS

RAILSON DOS SANTOS SILVA:

Bacharelado em Direito pela Faculdade Facimp Wyden de Imperatriz - MA, Estagiário do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Aprovado no Exame da Ordem.

WAGNER LUIZ FERNANDES JÚNIOR¹²⁶

(orientador)

RESUMO: Este artigo tem por objetivo discutir o conceito de inviolabilidade do domicílio e o uso das exceções legais pelos agentes de segurança pública. Ao longo da análise, será investigado tanto o conceito de inviolabilidade do domicílio, na mesma medida conectaremos estas questões ao campo da segurança pública. Serão analisados os limites da atuação policial no que diz respeito as exceções legais que permitem a invasão de domicílio. Buscaremos também evidenciar em que circunstâncias a invasão de domicílio alheio pode estar sujeita a acusação de abuso de autoridade. A pesquisa que pretende-se desenvolver será descritiva, de caráter qualitativo, apoiada em uma pesquisa bibliográfica. Considerando que este é um debate complexo, não é nosso objetivo esgotar o tema. Entre as conclusões extraídas a partir das reflexões realizadas, aponta-se que para que o agente policial realize a invasão do domicílio munido de legalidade, é necessário que este esteja provido de mandato ou que suas motivações sejam bem fundamentadas. Mediante esse quadro, defende-se a necessidade de uma atuação policial amparada por uma rede de inteligência, que agencie, coordene e impeça ações arbitrárias.

Palavras-chave: Inviolabilidade do domicílio; policia; legislação.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Desenvolvimento 3.1. Para uma compreensão do conceito de segurança pública 3.2. O princípio de inviolabilidade domiciliar e suas nuances 3.3 Atuação policial e o princípio de inviolabilidade do domicílio. 4. Conclusão. 5. Referências.

¹²⁶ Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra-Portugal. Especialista em docência do ensino superior pela Universidade Serrana do Espírito Santo

1. INTRODUÇÃO

É inquestionável a imersão do assunto “segurança pública” nos mais diversos círculos de debate do estado brasileiro. Seja no âmbito intelectual, ou na privacidade domiciliar, o tema se tornou uma constante no nosso imaginário social. Além da própria experiência cotidiana, onde vivencia-se uma constante sensação de insegurança e desamparo junto ao poder público, a mídia tornou-se uma peça chave na construção da opinião pública.

Entre as diversificadas pautas que se apresentam no painel geral que compõe o sistema de segurança pública, um campo sensível dos debates está relacionado a atuação policial. Uma questão que vem sendo pautada com frequência consiste nas exceções legais quanto a inviolabilidade do domicílio e a possibilidade de os agentes de aplicação da lei ingressarem, sem mandado judicial, no domicílio alheio, em situações onde há indícios de crimes permanentes, a exemplo de tráfico de drogas, posse ilegal de armas de fogo dentre outros.

É sabido que o direito à inviolabilidade do domicílio é previsto na Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso XI, afim de garantir um local para fins de desenvolvimento de direitos da personalidade. Isto é, considerando os direitos do cidadão, a lei estabelece a proteção ao direito à intimidade e à privacidade de cada um.

Entretanto, paralelo ao direito de inviolabilidade domiciliar, o Código Penal prevê casos onde tal direito pode vir a ser relativizado. À luz da Constituição Federal Brasileira de 1988, é notório a abertura de exceção legal mediante mandado judicial fundamentado por autoridade competente - durante o dia, e a qualquer momento em caso de flagrância decorrente de delito, desastre ou prestação de socorro.

Neste quadro, cabe ao agente público, mediante autorização, entrar no domicílio alheio, sem que o direito de inviolabilidade seja transgredido, assim como cabe a este definir, em determinada circunstância, se é lícito realizar a invasão, estando coberto pelas exceções legais. Nessa perspectiva, verifica-se que uma das limitações ao direito à inviolabilidade do domicílio, diz respeito à possibilidade de adentrar em uma residência alheia, sem o consentimento dos moradores, para fins de efetivação da segurança pública. Além disso, tem-se que tal conduta só poderá ocorrer, sob circunstâncias permitidas constitucionalmente.

Um exemplo comum quando a situações que caracterizam tal permissibilidade, pode-se apontar a questão da entrada forçada em domicílio, para efetuar a prisão do

agente em flagrante delito, discriminada no artigo 302 do Código de Processo Penal. O policial possui a permissão em adentrar em domicílio alheio sem mandado, considerando o “perigo na demora”, diante uma situação onde seja explícito o flagrante da ilicitude.

Entretanto, existem uma série de discussões quanto ao poder atribuído ao agente público em situações como está. Os maiores questionamentos, vindos de organizações da sociedade civil que debatem a segurança pública, se dá na utilização indevida da hipótese de flagrante delito, que por vezes está fundamentada em denúncias anônimas ou em provas pouco substanciais.

Mediante esse cenário, esse trabalho tem por objetivo analisar o conceito de inviolabilidade do domicílio e o uso das exceções legais pelos agentes de segurança pública. Em específico, discutiremos o conceito de inviolabilidade do domicílio, na mesma medida em que serão analisados os limites da atuação policial no que diz respeito as exceções legais que permitem a invasão de domicílio. Buscaremos também evidenciar em que circunstâncias a invasão de domicílio alheio pode estar sujeita a acusação de abuso de autoridade.

A problemática que mobilizará as discussões realizadas nas próximas páginas consiste em: Quais são os limites que separam a liberdade da atuação policial e o conceito de inviolabilidade domiciliar previsto na Constituição? Em que medida a hipótese de flagrante delito é um dispositivo que explicita o caráter dúbio das exceções previstas a violabilidade do domicílio?

Ao passo que é um debate complexo, no qual existe um volume de pesquisadores de distintas áreas dedicadas a investigar esse tema, esse trabalho se justifica pela necessidade de discutir a questão da inviolabilidade domiciliar em vista a atuação policial. Desta forma, serão analisados com maior vagar as situações onde o policial está autorizado a adentrar em domicílio alheio e quais os limites para que o agente não esteja sujeito a acusação de abuso de autoridade.

2.METODOLOGIA

A pesquisa que pretende-se desenvolver será descritiva, fundamentada nos conceitos dispostos por Gil (2002) e Thomas, Nelson e Silverman (2012). De acordo com esses autores, se constitui uma pesquisa descritiva aquela que apresenta campos de observação, classificação, análise, interpretação e descrição de um ou mais fenômenos evidenciados numa população.

De acordo, especificamente, com a leitura de Thomas, Nelson e Silverman (2012, p. 293), investigações de caráter descritivo são utilizadas nas mais diversas áreas, sendo “amplamente utilizadas na educação e em ciências comportamentais” onde “seu valor tem como base a premissa de que os problemas podem ser resolvidos e as práticas melhoradas por meio de descrição objetiva”.

Ainda segundo Thomas, Nelson e Silverman (2012), o pesquisador ou pesquisadora que maneja este tipo de metodologia “procura determinar as práticas (ou opiniões) presentes em uma população específica” (THOMAS; NELSON; SILVERMAN, 2012, p. 293). Outro autor que destaca as características e a importância da metodologia descritiva é Godoy (1995), ao afirmar que pesquisas de cunho descritivo têm como objetivo principal entender o fenômeno em toda a sua complexidade.

No que diz respeito a natureza da investigação que pretendemos desenvolver, ela será fundamentalmente aplicada e de caráter qualitativo. Uma pesquisa aplicada tem por objetivo central formular conhecimentos para aplicação prática voltadas à solução de problemas específicos, relacionados a verdades e interesses locais. Nesse caso, ao passo que ela se configura como aplicada, isso não impede que também realizemos discussões de caráter teórico, em uma análise mais ampla quanto a questões conceituais.

O estudo consistirá numa investigação qualitativa tendo em vista que focalizaremos a utilização de nossos instrumentos metodológicos na análise e discussão, sem pretensões quantitativas, no que diz respeito as dinâmicas que teóricas e práticas que envolvem o princípio de inviolabilidade domiciliar.

É notório que um estudo qualitativo, conforme entende Minayo (2008, p.57), consiste numa análise “que se aplica ao estudo da história, das relações, das representações, das crenças, das percepções que os humanos fazem a respeito de como vivem, constroem seus artefatos e a si mesmos, sentem e pensam”.

Ainda sobre esse assunto, Chizzoti (2003, p.221) afirma que uma análise qualitativa se constitui um quadro transdisciplinar, uma vez que possibilita ao pesquisador utilizar “multimétodos de investigação para o estudo de fenômeno situado no local em que ocorrem, (...) procurando tanto encontrar o sentido desse fenômeno quanto interpretar os significados que as pessoas dão a ele”, na mesma medida em que “implica uma partilha densa com pessoas, fatos e locais que constituem objetos de pesquisa, para extrair desse convívio os significados visíveis” (CHIZZOTI, 2003, p. 221).

Somado ao caráter qualitativo, a pesquisa também se constituirá em um estudo exploratório. De acordo com Yin (2005), a escolha por seguir pelo viés exploratório se realizada uma vez que o estudo exploratório possibilita não só uma análise das práticas,

mas permite discutir, a partir da nossa proposta, outros aspectos dentro do âmbito do objeto investigado.

Deste modo, a utilização do estudo de caso sob o viés exploratório possibilitará uma maior precisão nesta pesquisa, lançando novas luzes sob um momento de múltiplas instabilidades no cenário global, que demandaram das educadoras e educadores respostas rápidas mediante os desafios nas diversas esferas do ensino, incluindo especialmente a educação infantil.

Do mesmo modo, tendo em vista que esse trabalho se configura em uma investigação descritiva, afim de analisar dados qualitativos, alicerçando nossas discussões a partir da pesquisa bibliográfica. Como nos elucida Gil (2002), a pesquisa bibliográfica é aquela que, "é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, esta modalidade de pesquisa inclui material impresso como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos".

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. PARA UMA COMPREENSÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Antes de nos debruçarmos no debate referente a inviolabilidade domiciliar e a atuação policial, acreditamos ser pertinente discutirmos o conceito de segurança pública. Em linhas gerais, o conceito de segurança pública pode ser definido como um estado onde não há ocorrências, ou expectativas, de infrações penais. Uma vez que os cidadãos têm consciência e aderem a esta vivência em situação de tranquilidade e salubridade pública, constrói-se um âmbito de ordem social, em que se estabelece uma convivência pacífica no meio social (SMANIO, 2017).

Os princípios de segurança aplicados para a manutenção da ordem social foram elaborados, em grande parte, para garantir tanto os direitos como os deveres da sociedade, segundo o que estabelece a lei. Logo, a estrutura do Estado, como os demais componentes do organismo social devem estar alinhados para que a segurança pública possa ser efetivada.

O conjunto de órgãos governamentais designados para realizar atividades voltadas para garantir a segurança recebem a alcunha de "sistema de segurança pública". Seus eixos de atuação são variados, partindo desde o plano estratégico, com a elaboração de planejamentos e programas em torno da prevenção de crimes, assim como os mecanismos de caráter repressivo.

Como destacam Vilobaldo Carvalho e Maria do Rosário Silva (2011), o debate sobre o campo da segurança pública, especialmente no cenário brasileiro, ainda requer um amadurecimento. Os mecanismos estruturais desta área precisam verificar meios de mudanças de paradigmas, especialmente no que diz respeito a valorização dos cidadãos, independente da camada social que integra.

No Brasil, ainda não foi articulada, por exemplo, uma base nacional de dados referente a criminalidade em si. A maior parte dos estudos que buscam realizar uma análise relativa a Segurança Pública baseiam-se as taxas de homicídio, não levado em conta outras ações como assaltos, estupros ou sequestros, por exemplo (ZUMINO, NEME. 2002). Podemos constatar um déficit, especialmente no plano dos estados, quanto a informações e registros oriundos, em grande parte, da polícia.

A ausência de dados consistentes que possibilitem um quadro amplo do status da segurança pública no Brasil é apenas a “ponta do iceberg” quanto a escassez de propostas realmente fecundas para o combate da violência no país. Alguns levantamentos apontam que foi em meados dos anos 1990, que o Brasil passou a realizar estudos sistemáticos que analisavam a situação da segurança pública.

Nesse quadro, as ações realizadas pela polícia exigem dos estudiosos uma atenção especial. Pesquisas divulgadas após um levantamento do Fórum Brasileiro de Segurança Pública confirmaram o estado de gravidade em que se encontra o sistema de segurança pública nacional. Uma das evidências que causam preocupação, ao longo das últimas décadas, é o alto índice de execuções realizadas por policiais.

De acordo com dados concedidos pela última edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), em média, são 17 mortes causadas pela polícia por dia no país. Segundo o levantamento, se compararmos aos homicídios provocados por organismos de outros países, como a polícia estadunidense, é constatado que o número de mortes realizadas pela polícia do Brasil é seis vezes maior. Outro dado que chamou atenção no último Anuário foi a leve queda no índice de homicídios, que por sua vez não se refletiu na morte de pessoas negras.

Pode-se evidenciar, ao longo dos últimos anos, o estabelecimento de algumas políticas públicas na área da segurança, frutos em grande medida da mobilização popular e a criação de um debate sobre possíveis medidas preventivas contra a violência, com o objetivo de reduzir as abordagens reativas e repressivas.

De acordo com Paulo Sérgio Pinheiro e Guilherme Assis de Almeida (2003), na situação específica do Brasil, o desafio parece ser ainda maior, apesar dos notórios avanços na consolidação de uma política de segurança pública de Estado. Os princípios democráticos ainda precisam ser exercidos, tendo em vista o direito a igualdade e a justiça.

Ao considerarmos esse quadro, as forças de segurança pública são uma parte importante e sensível desse sistema. No Brasil estes grupos são divididos a fim de atuar em distintas esferas. No plano nacional, encontramos a Polícia Federal, Rodoviária e Ferroviária. Em termos de atuação estadual, há uma divisão entre a Polícia Militar e a Polícia Civil. A militar tem por objetivo a repressão direta aos crimes, e tem por responsabilidade a promoção de patrulhamento ostensivo. Já a Polícia Civil é a responsável pelo âmbito jurídico. Ela cumpre a função de investigação, levando os casos ao Poder Judiciário.

A alcunha “Militar” da PM não é apenas um termo “simbólico”. Ao tratarmos do caso brasileiro, a sua estrutura está vinculada as forças armadas, funcionando como uma corporação de reserva. Logo, apesar de ser uma instituição que tem por objetivo servir a sociedade, a Polícia Militar tem por alicerce uma formação e códigos de conduta de guerra, que de certo modo, difere dos princípios de atuação civil.

Segundo Arthur Gonçalves (2015), a militarização consiste numa ideologia que compreende o indivíduo em condição de suspeita como um inimigo. Do mesmo modo, há uma espécie de inversão no plano estratégico no âmbito civil. Ao invés de focalizar as suas atividades na defesa do cidadão, as atuações da polícia militar buscam defender os interesses do poder estatal. Logo, qualquer manifestação apontada pelo estado como indevida, torna-se um alvo para a repressão e “manutenção da ordem”. Em outras palavras, especialistas apontam que esta é uma postura de combate que, na teoria, não está alinhada com o exercício da segurança local.

Na última década, a crença de que a melhor forma de combate a violência é a mobilização do aparato policial, e até mesmo militar, vem alcançando níveis preocupantes, ameaçando por vezes, os direitos civis, com a adoção de posturas excessivas e arbitrarias, em nome da “manutenção da ordem”.

Em termos institucionais, podemos designar como ato de violência a manifestação arbitrária e excessiva de força física, ou na prática de atos autoritários mediante o uso da lei. Isto é, pode-se considerar como violência ações ilegítimas, que contrariam os direitos

democráticos do cidadão, uma vez que decisões políticas são realizadas sem um alinhamento com os interesses públicos.

Como destacamos no início deste trabalho, a segurança pública – ou a ausência dela – tornou-se um tema permanente nos mais diversos campos da sociedade brasileira. Na atualidade, o tema vem sendo discutido nos mais diversos setores políticos e sociais. Especialmente com o advento das eleições presidenciais, podemos captar diferentes discursos, propondo soluções que vão desde a desmilitarização da polícia militar, até a permissão do porte de armas a todos os cidadãos.

Ao traçarmos um breve histórico sobre o assunto, é evidente que a violência sempre esteve presente no Brasil. É nesse âmbito que nos voltamos para a questão da inviolabilidade domiciliar e todos os debates teóricos e práticos que envolvem essa questão.

3.2 PARA UMA COMPREENSÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA PÚBLICA - O PRINCÍPIO DE INVIOABILIDADE DOMICILIAR E SUAS NUANCES

Em linhas gerais, ao pensarmos em domicílio, residência, casa, as ideias que surgem correspondem a um lugar onde compreendemos como seguro para nos resguardarmos, guardarmos nossos pertences e delimitarmos uma fronteira entre o público e a vida privada. Em termos históricos, é difícil delimitar em tempo e espaço em que momento predominou a necessidade e importância de se constituir um lar fixo para o ser humano. É notório a relação que se estabelece com o abandono de um modo de vida nômade, que hoje consideramos desconfortável, com a compreensão de uma vivência “confortável” a partir da premissa da fixação do homem num território.

Na contemporaneidade, a casa e o domicílio foram incluídos como conceitos jurídicos. Na realidade brasileira, a Constituição elaborada em 1988 delimita que: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

A noção de domicílio, no âmbito jurídico corresponde a “sede jurídica da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou prática, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos” (DINIZ, 2020, p. 248). Por sua vez, quando trata-se de “residência”, este é o local onde a pessoa mora, ou seja, onde ela habita com o intuito de permanência (DINIZ, 2020).

Mediante o art. 70 do Código Civil Brasileiro, domicílio corresponde ao local onde determinado indivíduo estabelece residência com ânimo de ali permanecer por um lapso temporal maior. Por sua vez, apesar da interpretação que se relaciona a ideia de “permanência”, um indivíduo pode ter mais de uma residência, podendo qualquer uma dessas ser compreendida como domicílio (BRASIL, 2002).

É sob essa diversidade de nomenclaturas, que abrem brecha para distintas interpretações, que está imerso o entendimento sobre o princípio de inviolabilidade do domicílio. No Código Penal, ao tratar do crime de inviolabilidade, é utilizado o termo “casa”, conforme exposto no art. 50, parágrafos 4º e 5º:

[...] § 4º – A expressão “casa” compreende:

– Qualquer compartimento habitado;

II – Aposento ocupado de habitação coletiva;

III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º – Não se compreendem na expressão “casa”:

I – Hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II – Taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero (BRASIL, 1940).

Ao discutir o que compreende a escolha do termo “casa”, Capez (2020) apreende que o Código Penal buscou um entendimento no qual a “casa” como ideia de moradia, implica uma proteção distinta a outros locais onde a divisão entre privado / público é menos nítida. Na mesma medida, oferece uma tutela jurídica, apesar das generalizações, às dependências da casa, considerando até mesmo as partes exteriores, desde que estejam cercadas ou muradas.

Este direito encontra-se explicitado no artigo 5º, inciso XI, de acordo com o que está exposto abaixo:

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: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial [...] (BRASIL, 1988).

Como salienta Ingo Sarlet (2013), a inviolabilidade é um direito fundamental concedido aos cidadãos tendo em vista à sua dignidade, com objetivo de assegurar a estes um espaço no qual aja privacidade, assim como o livre desenvolvimento de sua personalidade.

De acordo com o autor:

A inviolabilidade do domicílio constitui direito fundamental atribuído às pessoas em consideração à sua dignidade e com o intuito de lhes assegurar um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade, além de garantir o seu direito de serem deixadas em paz, de tal sorte que a proteção não diz respeito ao direito de posse ou propriedade, mas com a esfera espacial na qual se desenrola e desenvolve a vida privada (SARLET, 2013, p. 547).

Este direito também tem por pressuposto a garantia dos indivíduos serem deixados em paz, na medida em que a proteção não corresponde necessariamente ao direito de posse ou propriedade, mas está relacionado a esfera espacial na qual se fomenta a vida particular do indivíduo.

Cabe destacar que a inviolabilidade domiciliar corresponde a uma garantia inerente aos indivíduos, visando assegurar a privacidade e a intimidade violadas, em relação ao que acontece dentro de suas residências ou em seus arredores. As exceções também estão dispostas, ou quando há um consentimento dos moradores para ali adentrar.

De acordo com Sarlet (2013), o consentimento do morador corresponde a hipótese mais plausível para se adentrar numa moradia alheia. É notório que a noção de "morador" é mais complexa do que se pode imaginar a priori, sendo muito mais ampla que a ideia de

“proprietário do imóvel”. Morador está relacionado, acima de tudo, naquele que ocupa o interior da residência, e exerce naquele espaço os direitos relativos à personalidade.

Nesse sentido, Capez aponta que: “a proteção legal destina-se àquele que ocupa o espaço, não ao titular da propriedade, pois o que se tutela aqui é o direito à tranquilidade e segurança no espaço doméstico, e não o direito à posse ou propriedade” (CAPEZ, 2020, p. 382).

Como destacam Couto e Pereira (2021):

Compreende-se, portanto, que a ocorrência de uma violação domiciliar, dar-seia pela entrada ou permanência em um imóvel, contra a vontade expressa ou tácita, do morador. Tal inconformismo poderá se dar por intermédio de gestos, palavras, escritos, ou de forma tácita, quando tal inconformismo provir de um comportamento ou fatos incompatíveis com a vontade de que o terceiro ali permaneça. Destaca-se, ainda, que a violação poderá ocorrer de forma clandestina (escondido, obscuro), astuta (conduta fraudulenta) ou de maneira ostensiva, ou seja, quando a entrada ou permanência de um terceiro contrariar veementemente a vontade do morador (COUTO, PEREIRA. 2021, p. 6).

Nessa esfera, Araújo (2017) aponta alguns locais que estão excluídos do conceito de casa. Alguns exemplos são restaurantes, boates, bares, lanchas, ônibus ou lugares em geral aberto à população. Isso se deve ao fato desses lugares não se enquadrarem no quesito de particularidade que junta o sujeito ao objeto. Por sua vez, este princípio não serve de garantia para impunidades de crimes praticados no interior de seus domicílios.

Ainda nas palavras de Araújo:

(...) se reforça a ideia de que ninguém pode entrar na casa alheia sem o consentimento do morador, devendo ser entendido por casa o lugar onde uma pessoa vive ou trabalha, não acessível ao público em geral, reservado à sua intimidade e à sua vida privada. Considera-se domicílio, pois, para fins do texto constitucional, todo local, delimitado e separado, por alguém ocupado de modo exclusivo a qualquer título, inclusive profissionalmente (ARAÚJO, 2017, p. 26)

Como já apontamos, apesar da inviolabilidade domiciliar ser prevista na Constituição como direito fundamental, esta garantia não é absoluta. Existe, na legislação atual, algumas situações previstas legalmente, aonde pode ser abertas exceções ao direito em comento, podendo ser motivada por interesse público ou por interesse do próprio morador (SARLET, 2013).

Tais circunstâncias precisam estar relacionadas, em grande medida, a ocasiões ligadas à própria segurança individual, no caso de suspeita de crimes cometidos, prestação de socorro ou por conta de uma ordem judicial. Neste último caso, é preciso que a ordem judicial seja realizada durante o dia, com objetivo de busca e apreensão de criminosos ou de objetos de um crime.

Com isso, a partir dos pontos acima listados, é notório que um terceiro só pode entrar num domicílio alheio ou em uma dessas três circunstâncias ou mediante o consentimento do morador. Como destacam Sarlet e Neto (2013), situações que se enquadram dão abertura para uma ação policial que leve a invasão domiciliar são previstas na norma constitucional, não sendo possível uma ampliação por via ordinária.

3.3. ATUAÇÃO POLICIAL E O PRINCÍPIO DE INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

No que se refere a atuação policial, o agente de segurança é o responsável, em geral em empreender iniciativas no interior de domicílios, sob a premissa de coibir crimes considerados graves, a exemplo de tráfico de drogas e a posse, assim como porte de arma de fogo, que remetem a prisões em flagrante caso evidenciados tais delitos.

O flagrante consiste no meio mais usual, no Brasil, para o início da persecução penal. As comunicações que estão relacionadas a ações de prisão em flagrante que são apresentadas as varas criminais, reverberando em uma cadeia de ações junto ao judiciário, revelam um *modus operandi* uma iniciativa que não possui planejamento nem controle. O flagrante, como praticado nos dias atuais pela polícia, merece ser alvo de discussões e questionamentos, pois para especialistas em segurança pública e direito, esse formato de atuação não permite vislumbrar a complexidade da rede que envolve a criminalidade.

Uma prisão em flagrante pode ser apenas um primeiro fio de uma extensa teia de ações, que quando não são investigadas apropriadamente, acabam passando despercebidas. Por isso que ao tratarmos de flagrante e inviolabilidade do domicílio, é primordial se discutir o tema da inteligência policial. Como salienta Pinheiro (2016), os flagrantes que não são acompanhados por um quadro mais amplo de ações colaboram

para o crescimento vertiginoso da população carcerária, sem que haja, em contrapartida, uma melhora na segurança e nos índices de criminalidade.

Com isso, ao nos voltarmos para a questão da entrada forçada em domicílio a fim de realizar a prisão do agente em flagrante delito, esta situação corresponde a uma restrição do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar em prol da segurança pública, em crimes ou contravenções penais. Sobre esse ponto, Sarlet afirma que:

“(...) a inviolabilidade do domicílio é a regra; excepcionalmente diante do perigo na demora, o agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se deprende com flagrante delito, nesta última hipótese, a situação deve demonstrar-se com base em fatos concretos, só devendo validar-se a busca domiciliar correlata (que não é consectário necessário do flagrante) quando pudesse ser autorizada, naquelas circunstâncias específicas (avaliadas ex ante), pelo juiz (SARLET, 2013, p. 388).”

Mesmo que sejam identificadas a existência de tais permissivos legais, existe um intenso debate quando a distância entre a teoria e a prática. Pode-se dizer que a grande questão que orbita o princípio de inviolabilidade do domicílio orbita na atuação do agente público e situações onde a hipótese de flagrante delito é realizada por meio de condutas abusivas ou perseguições infundadas.

Como nos aponta Lira (2020)

Uma vez que a atuação policial se encontre em dissonância da previsão constitucional e infraconstitucional, se amparando pelo imaginário do agente público, mesmo que se confirme posteriormente o cometimento do delito, o agente estará cometendo uma atuação abusiva e inconstitucional por violação do domicílio do agente (LIRA, 2020, p. 14)

É notório que o agente público só tem autorização para entrar em uma residência munido de autorização judicial, ou que ao menos aja uma justificativa. De acordo com Bitencourt (2020) a intervenção de um agente público precisa estar fundamentada na suspeita de uma infração penal que esteja ocorrendo no interior de uma residência. Caso o agente público realize essa ação sem nenhum embasamento, esta conduta é enquadrada

como arbitrária, mesmo quando tal ilegalidade só seja identificada e comprovada após o flagrante.

Seguindo este pressuposto, Lira (2020) salienta o caráter da inviolabilidade do domicílio enquanto direito fundamental, e por conta disso, não deve ser baseado em medidas ambíguas e permeadas por incertezas. Para que o flagrante seja realizado de maneira idônea, sustentado pelas garantias legais de exceção, o agente de segurança deve estar ciente da seriedade que incorre as suas ações.

Sob esse aspecto, mediante o que se evidencia na Constituição de 1988, a invasão de domicílio fomentada a partir de flagrante só pode ser realizada sob a suspeita de crime permanente, mesmo que os agentes de segurança em questão não tenham em mãos mandado judicial. Quanto a isso, Sarlet e Neto (2013), apontam que, “em preliminar, o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas e, em consequência, a declaração da nulidade nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, pois a apreensão de drogas ou armas teria se dado no domicílio do réu sem autorização judicial e ausente situação de flagrância” (SARLET; NETO. 2013, p. 548).

Em complemento, ainda de acordo com Sarlet (2013), o não cumprimento dos critérios estabelecidos pela norma constitucional, para fins de concretização da violação domiciliar, poderão acarretar contaminação das provas coletadas na ação. Diante disso:

Importante consequência resultante do desatendimento dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal é que prova obtida em situação que configure violação do domicílio tem sido considerada como irremediavelmente contaminada e ilícita (ponto a ser desenvolvido no próximo item), não podendo ser utilizada, ainda que o Poder Público não tenha participado do ato da invasão (SARLET, 2013, p. 389).

Destacamos, com isso, que para o policial, no exercício de sua função, verificar a necessidade de infligir inviolabilidade do domicílio de forma legal, é preciso que este tenha certeza da prática do crime naquele local. É notório que a atividade policial posterior à inviolabilidade domiciliar deverá ocorrer no sentido de se comprovar que se adentrou na residência alheia baseado em razões sólidas ou por motivos justos.

A ação policial precisa estar baseada em critérios legais e ser praticada sob fatos concretos. Acima de tudo, é necessário que se houver a necessidade de invasão de

domicílio, está não pode ser feita mediante incertezas, considerando que os agentes envolvidos estariam a cometer uma violação a garantia constitucionalmente reconhecida.

Por esse modo, ressaltamos mais uma vez a necessidade de haver, sob a atuação policial, um aparato de inteligência, para que erros ou condutas inapropriadas não conduzam a uma anulação das provas. É compreendido, deste modo, que sob ocasião de flagrante delito que não está devidamente em consonância com a legislação, o magistrado tem o poder de não validar as informações e itens coletados.

Os policias tem em suas mãos o poder e o dever de proteger os interesses particulares, em vista a manutenção da paz e ordem social. Entretanto, se por um lado as exceções legais são mecanismos necessários para a segurança dos cidadãos e o estabelecimento da ordem, os agentes não podem sobressair e ultrapassar os limites impostos legalmente.

Caso seja evidenciado postura abusiva ou autoritária, o policial estará sujeito a sanção de forma administrativa, civil ou penal ao desobedecer a princípios legais e constitucionais. Entretanto, sabemos que todo esse desenho institucional funciona de forma muito mais complexa, no qual o cumprimento dos dispositivos legais sofre variações de acordo com o local e a classe social no qual os agentes de segurança atuam.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou analisar o conceito de inviolabilidade do domicilio e o uso das exceções legais pelos agentes de segurança pública. Em específico, ao longo do texto, buscou-se explorar algumas das linhas que debatem o conceito de inviolabilidade do domicilio, ao passo que também houve uma preocupação em contextualizar tais questões a partir da ótica da segurança pública.

Considerando os apontamentos realizados, podemos concluir que, o princípio da inviolabilidade de domicilio é um direito fundamental inerente a todo cidadão. Dito isso, o direito supracitado visa primordialmente a garantia de um espaço onde as pessoas possam desenvolver e proteger seus direitos morais. Isso significa que seus direitos à intimidade e privacidade estão protegidos contra violação.

Apesar de garantido tanto na Carta Magna de 1988 como no Código Civil Brasileiro, o que se verificou ao longo das discussões aqui apresentadas é que existem alguns percalços jurídicos, especialmente por conta das exceções que este princípio possui para

que seja viabilizado o cumprimento de outras leis. Especificamente, tratamos da atuação policial e de que maneira a invasão de domicílio para a realização de prisões em flagrante ou a busca por provas, permeia um caminho sinuoso entre a legitimidade e a acusação de abuso de poder.

Considerando que este é um debate complexo, temos ciência de que esse estudo realizou apenas um breve panorama dos impasses que envolvem a manutenção da segurança pública e a ação policial. Concluimos que para que o agente realize a invasão do domicílio, é necessário que este esteja munido de mandato ou que suas motivações sejam bem fundamentadas. Mediante esse quadro, defendemos a necessidade de uma atuação policial amparada por uma rede de inteligência, que agencie, coordene e impeça ações arbitrárias.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, A. **A exceção constitucional à inviolabilidade do domicílio na prática da atividade policial em relação ao tráfico de drogas: análise do recurso extraordinário nº 603616 do supremo tribunal federal.** Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina. 2017.

BERTOLO, R. **Inviolabilidade do domicílio.** São Paulo: Método, 2003.

BITENCOURT, C. Tratado de direito penal: parte geral. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020.

COUTO, F; PEREIRA, R. **A inviolabilidade do domicílio e os limites impostos pela legislação em casos de flagrante delito.** 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/18744>.

DINIZ, Ma. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Renato. **Curso de processo penal.** Niterói: Impetus, 2013.

LIRA, Maria Teresa Dias. **A inviolabilidade do domicílio perante o flagrante delito nos crimes relacionados à prática do tráfico ilícito de drogas.** Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos –UNICEPLAC. Gama, Distrito Federal, 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, A. **A militarização da segurança pública brasileira em vistas das masculinidades militares**: questionando o modelo de segurança. Anais XIII Semana de Relações Internacionais UNESP.

MONTEIRO. Joana. **Os Efeitos da Política de Pacificação sobre os Confrontos entre Facções de Drogas no Rio de Janeiro**. IBRE/ FGV. 2014.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Políticas Pública de Segurança e Políticas de Segurança Pública – da teoria à prática. In: ILANUD (Org.). Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança. São Paulo, 2002, p. 57-76.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, J. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso de flagrante delito. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 544-562, jul/dez. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

SMANIO. Gianpaolo Poggio. Segurança Pública. IN: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/90/edicao-1/seguranca-publica>

THOMAS, J.R.; NELSON, J.K.; SILVERMAN, S.J. **Métodos de Pesquisa em Atividade Física**. 6ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

YIN, R. Estudo de Caso. **Planejamento e Métodos**. Porto Alegre: Bookman.2005

A EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO ANTIRRACISMO NO BRASIL

RANI GOMES GEDEON: Graduada na Universidade Federal do Maranhão. Pós graduada em direitos humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais – FACICA. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a trajetória das principais leis e políticas públicas a respeito da discriminação racial, bem como os problemas enfrentados para uma melhor efetivação da legislação antirracismo, haja vista que, para compreender um importante lado do combate ao racismo, devemos fazer uma análise sobre as leis criadas para reprimi-lo. Ademais, neste trabalho, é ressaltado algumas definições para um melhor entendimento do ordenamento jurídico brasileiro nos casos de racismo.

Palavras –chave: Leis. Políticas públicas. Discriminação racial. Injúria racial. Racismo. Efetivação da legislação anti-racista.

1.INTRODUÇÃO

Nas inter-relações que vivemos, é muito comum encontrarmos práticas que hierarquizam, discriminam e mantém a população negra em situação de inferioridade ou desvantagem perante a população branca. E a sociedade brasileira não está livre do racismo, a cor pesa de modo perverso e ilegal no cotidiano das pessoas de pele mais escura, em especial entre jovens pobres das periferias, e a discriminação se manifesta de múltiplas formas, como por exemplo, durante uma conversa quando alguém faz comentários ou insinuações que ofendam pessoas por sua cor ou também pode ser manifestados em textos, propagandas, anúncios de emprego que preferem pessoas brancas.

Nessa perspectiva, como o Brasil é formado por diversas etnias, por vários povos provenientes de diversos locais do mundo, é especialmente importante para nós conhecer profundamente a legislação que trata sobre as questões étnico-raciais.

O legislador constituinte ofereceu proteção à igualdade entre todos os seres humanos ao definir que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais” (art. 5º, inciso XLI, CF). Esse trato igualitário entre todos, base das democracias modernas, proíbe a prática de discriminações e preconceitos decorrentes de

raça, cor, origem étnica, preferência religiosa e procedência nacional, o que constitui odiosa e histórica afronta ao princípio isonômico.

A Constituição Federal é mais enfática ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso XLII, que: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da Lei”. Entretanto, mesmo com implantação de legislação anti-racismo, existem aqueles que não sabem diferenciar determinadas atitudes como prática de crime de racismo ou não, e uma das maiores confusões que as pessoas podem cometer é confundir racismo e injúria racial.

No presente trabalho, é feito também uma análise histórica das legislações que tratavam das condutas que discriminavam o negro. Haja vista que o comportamento do homem, ao longo da história da humanidade, sempre foi diferenciado para alguns grupos, sobretudo na origem étnica. O racismo vem surgir como desculpa para o tratamento desigual dessa etnia. No Brasil, praticamente desde o início da articulação do movimento negro, as estratégias de combate ao racismo levaram em consideração o direito e, em especial, o direito como instrumento sancionatório.

Logo, para o direito penal brasileiro, a prática da discriminação e do preconceito por raça, etnia, cor, religião ou procedência nacional consiste em um delito previsto na Lei 7.716/89, alterada pela Lei 9.459/97. As referidas legislações foram promulgadas em consonância com o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, que estabeleceu, como já supracitado, a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

Contudo, percebemos alguns problemas quanto à eficácia da lei anti-racismo no Brasil, haja vista que a impunidade nos casos de racismo reflete a brandura da legislação específica e a ineficácia de justiça criminal no país.

2.HISTÓRICO

A luta do povo negro no Brasil teve início no século XVI, quando eram capturados em suas terras na África, e, tal como animais, eram escravizados e trazidos para cá nos navios negreiros. No início da descoberta do Brasil, os portugueses escravizaram os índios; porém, por volta de 1550, os índios foram substituídos pelos africanos pelo fato de estes se adaptarem melhor ao tipo de trabalho pesado realizado na Colônia.

O sentimento de superioridade dos brancos em relação aos negros era enraizado no Brasil-Colônia enquanto a coroa portuguesa obtinha lucros com o tráfico de escravos. O pensamento dos colonizadores brasileiros era comum ao dos europeus, ou seja, o de que o homem negro era como um bem a ser negociado, e não como um ser humano como

eles. Eram tratados como simples mercadoria, os negros eram vendidos por meio e por tonelada. A própria forma como se comercializavam os negros africanos era reflexo de sua desumanização.

Os escravos negros eram aprisionados e submetidos a péssimas condições de trabalho, sendo explorados até o limite de suas forças, como se fossem máquinas. A vida útil do escravo adulto, em média, não passava de 10 anos, por causa da dureza dos trabalhos e da precariedade da alimentação; e seus filhos, desventuradamente, eram seus substitutos nesse infortúnio.

Entre os primeiros movimentos contra o tráfico escravagista esteve a pressão estrangeira, mais propriamente a que era feita pela Inglaterra, cuja preocupação - vale ressaltar - não era com o negro, pois este, igualmente, não era reconhecido como ser humano; o interesse era, na verdade, sustentado por motivos econômicos daquele momento histórico.

O Brasil não resistia às pressões dos ingleses e chegaram a um acordo para diminuição gradual do tráfico escravagista. Este, porém, era feito às escondidas, e não demorou muito para que os ingleses comesçassem a destruir os navios negreiros do Brasil, pois nosso país mostrava-se resistente à extinção do tráfico.

Nesse mesmo sentido, outro movimento que sinalizou o declínio da escravatura foi o Projeto de Lei do Ventre Livre, que estabelecia o início do estágio de evolução para um sistema de trabalho livre, sem prejudicar o sistema econômico agrário brasileiro.

O abolicionismo estava, de fato, crescendo e disseminando-se no Brasil. Foram 17 anos de lutas e perseguições entre a Lei do Ventre Livre e a Abolição. Enfim, a luta dos abolicionistas é vitoriosa e em 13 de maio de 1888 a Lei Áurea foi assinada pela Princesa Isabel: os negros estavam libertos. É bom lembrar que o Brasil foi o último país a acabar com a escravidão e, com a assinatura da Lei Áurea, os negros alcançaram a liberdade, mas não obtiveram direitos. Entretanto, a partir da liberdade, pequenas conquistas foram avançando lentamente, passo a passo.

No âmbito internacional, destaca-se como marco central do combate ao racismo a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, na qual restou consignado que "todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição".

Foi por defender o princípio da igualdade que, em 1951, foi aprovado no Brasil o primeiro diploma a cuidar especificamente do preconceito e da discriminação racial - a Lei

nº 1.390, de 3 de julho de 1951, denominada Lei Afonso Arinos, de autoria do então deputado federal pelo Estado de Minas Gerais, Afonso Arinos de Melo Franco.

Assim, com a promulgação da referida Lei, não havia mais como negar a existência do racismo. Todavia, tal diploma legislativo sofreu inúmeras críticas, vez que caracterizava as ações preconceituosas como meras contravenções penais, puníveis com 1 ano de prisão simples e com multas entre 15 dias a 3 meses, bem como suas condutas eram pouco abrangentes, o que gerava dificuldade na aplicação da Lei.

Nesta linha, a antiga Lei Afonso Arinos representou à sua época seu papel, que guarda extrema importância na História, porém, imperiosa era a promulgação de uma nova Lei, que representasse fielmente a realidade.

Em 1989 tivemos a Lei Caó que regulamenta o princípio constitucional para combater o racismo. Considerada um expressivo avanço jurídico e político, a denominada Lei Caó (por força do parlamentar Carlos Alberto Caó, autor do projeto de Lei na Câmara dos Deputados), ou ainda Lei "Antidiscriminação" ou Lei "Anti-preconceito", veio para suprir as falhas que foram deixadas pela Lei Afonso Arinos.

A Lei Caó inovou ao caracterizar a prática de racismo como crime, em um cenário aonde este era considerado apenas uma contravenção penal, ensejando às pessoas que cometessem atos discriminatórios os benefícios da primariedade, do simples pagamento de multas etc., sem que, de fato, fossem condenadas e cumprissem pena em estabelecimentos carcerários. Ou seja, a prática do racismo vinha sendo estimulada de forma crescente, sem que o Estado, detentor de uma máquina policial-judiciária lenta e ineficiente viesse a punir os culpados.

Em seguida, essa lei foi modificada pela Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997, e expandiu significativamente seu alcance tipificado, já que nela está apontada, expressamente, a discriminação, acrescentando-se os crimes resultantes de preconceito ou discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Entretanto, não se definem precisamente as expressões nela contidas, como por exemplo, o que é raça e cor.

3. DEFINIÇÕES BÁSICAS ACERCA DA LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA

O conceito legal de discriminação racial fora abordado primariamente durante a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, realizada pela ONU e ratificada pelo Brasil em 1968. Em seu artigo 1º tem-se que a expressão "discriminação racial" significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um

mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Sendo assim, em nossa Constituição Federal de 1988, foram aduzidos três artigos a respeito do racismo, conforme colacionados abaixo:

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:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

A conquista da tipificação do crime contra o racismo foi um passo muito importante, principalmente em um país como o Brasil, marcado por grande diversidade cultural e no momento, por grandes segregações em função da raça.

Importante adentrar nesse tema e conhecer melhor a respeito da legislação adequada para os crimes racistas no Brasil, sendo necessário esclarecer primeiramente a adequação do crime nos casos de injúria racial ou de racismo propriamente dito.

O Racismo está previsto do artigo 20 da Lei nº 7.716/89 é diferente da injúria racial, implica em conduta discriminatória dirigida a um determinado grupo ou coletividade. Considerado mais grave pelo legislador, o crime de racismo é imprescritível e inafiançável, que se procede mediante ação penal pública incondicionada, cabendo também ao Ministério Público a legitimidade para processar o ofensor.

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

Pena: reclusão de um a três anos e multa

Quanto a sua imprescritibilidade, estabelecido também na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLII, significa que não há um prazo de validade para o início da ação desde que ocorrido o incidente, no crime de racismo mesmo depois de 50 anos continuaria sendo crime, não acontecendo nenhuma causa de extinção de punibilidade. Importante frisar que apenas dois crimes em toda legislação brasileira são imprescritíveis, daí tira-se a importância a esta atribuição ao crime do racismo.

Necessário ainda ressaltar que sendo esse um crime inafiançável, não se admite pagamento de fiança para soltura do preso.

E em oposição ao crime por injúria racial, na ação penal pública incondicionada não se exige qualquer condição para que o Ministério Público possa iniciá-lo ou, mesmo, requisitar a instauração de inquérito policial. Pelo fato de não existir qualquer condição que impossibilite o início das investigações da polícia ou que impeça o Ministério Público de dar início à ação penal pelo oferecimento de denúncia, é que o art. 27 do Código de Processo Penal diz que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público. Na ação penal pública incondicionada o MP tem a obrigação de dar início a ação penal, independente de a vítima querer ou não.

Já a Injúria Racial está prevista no artigo 140, § 3º do Código Penal, se caracterizando como qualquer tipo de ofensa discriminatória onde o alvo, ou a vítima no caso, é uma pessoa ou grupo determinado de pessoas e caracteriza-se como uma ação pública condicionada à representação do ofendido, sendo o Ministério Público o detentor de sua titularidade. Na injúria racial, há uma atribuição negativa a uma pessoa, ofendendo a honra da vítima, ou seja, a sua própria autoestima.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Necessário esclarecer que na ação pública condicionada à representação, a titularidade dessa modalidade de ação continua a ser do Ministério Público, mas depende de manifestação de vontade do interessado (vítima ou representante legal e Ministro da Justiça) para que possa desenvolver-se.

No crime de injúria racial, o réu pode responder em liberdade. Desde que paga a fiança, sua pena é menor, e a prescrição é a determinada pelo artigo 109, inciso IV, do CP (em 8 - oito - anos).

Vale lembrar que o objeto a ser protegido no crime de racismo é a Dignidade da Pessoa Humana, enquanto que no de injúria racial (ou injúria qualificada) protege-se a honra subjetiva da vítima.

Ocorre que, na prática, essa diferenciação é bem difícil pelos doutrinadores e juristas. Uma parte defende que é necessário analisar a questão subjetiva, isto é, analisar se quando o agente proferiu aquelas expressões, ele estava querendo atingir aquele indivíduo do grupo étnico-racial ou se pretendia atingir toda a coletividade, todo o grupo ao qual faz parte a vítima. O problema está em avaliar exclusivamente esse critério, porque depende unicamente da pessoa que proferiu as expressões. No cotidiano, o que se vê é que o agressor, quando assume que proferiu as injúrias, justifica-se afirmando que as fez por mero dissabor do momento, mas que jamais se considera uma pessoa racista.

Outros levam em consideração o contexto objetivo em que foi pronunciada aquela expressão. Então se analisa o ambiente em que se deu a conduta, a pessoa que se pronunciou, a própria vítima, o histórico de conduta de cada envolvido, além da análise do próprio critério subjetivo para que se possa classificar a conduta como Injúria Racial ou Racismo.

Como será demonstrado adiante, essa dicotomia legal acaba por beneficiar o infrator de crime de racismo, tendo em vista que a maioria das condutas racistas no Brasil são classificadas como meras injúrias.

Imprescindível mencionar também a presença das punições contra o racismo em outras leis do ordenamento jurídico brasileiro.

Lei de Combate à Tortura – 9.455/97: Em seu artigo 1º, I, "c", que dispõe: "Constitui crime de tortura: constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, em razão de discriminação racial ou religiosa". A pena para este crime é de Reclusão, de 2 a 8 anos;

Lei de Combate ao Genocídio – 2.889/56: Em seu artigo 1º tem-se que "quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional étnico, racial ou religioso" por morte, lesão grave ou outro tipo de violência. A pena para este crime é a mesma que a pena cominada para o homicídio qualificado, ou lesão corporal qualificada, etc;

Lei de Imprensa – 5.250/67: Seu artigo 14 tipifica como crime a propaganda de preconceitos de raça ou de classe, cominando pena de Detenção, de 1 a 4 anos.

Tribunal Penal Internacional: Recentemente criado através do Estatuto de Roma, a lei que estabelece esse Tribunal e que também torna o Brasil submetido a ele, estabelece, em seu artigo 6º, sua competência para julgar crimes raciais.

Dessa forma, é importante conhecer a fundo essa questão como uma forma de resgatar a identidade do povo brasileiro. Quando se aborda o combate ao racismo e aplicação da legislação relativa, o que se quer é o reconhecimento dos negros como cidadãos comuns, com a punição e repressão dos agentes de racismo e a promoção da igualdade étnico-racial.

4. DIFICULDADES ENFRENTADAS NO BRASIL NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIRRACISMO

No que diz respeito à aplicação dessa legislação pelos Tribunais brasileiros, o sentimento mais comum tanto por parte de atores do movimento social como por parte de juristas parece ainda decorrer de uma interpretação negativa dos supostos avanços da legislação. No entanto, é preciso uma análise mais profunda para concluir a respeito da real efetividade da lei penal antirracista no Brasil.

Um estudo dos professores da universidade de São Paulo constatou, após a análise de 111 julgados proferidos por esta corte entre 1998 e 2007, que apenas 45 do total dos casos chegaram ao Tribunal após a prolação de sentença de mérito (condenatória ou absolutória) em primeira instância, o que seria o fluxo natural dos casos no Judiciário. E destes, houve mais condenações do que absolvições – 25 condenações em relação a 16 absolvições. As condenações foram, em sua grande maioria, pelas variações do crime de injúria (simples ou qualificada, com ou sem causas de aumento de pena). E fora encontrado apenas uma condenação pelo crime de racismo do art. 20, caput, da Lei nº 7.716/89 e uma condenação pelo art. 4º da mesma lei (negar ou obstar emprego).

Na mesma linha de estudos, uma pesquisa realizada na Universidade Federal do Pernambuco quantificou o número de ocorrências de discriminação racial registradas nas delegacias da região metropolitana no Recife e constatou que, nos últimos sete anos, dos 160 casos de racismo registrados nas delegacias, apenas 3% foram julgados por esse mérito. Mais de 80% sequer se transformaram em inquérito policial.

Um dos motivos pelo qual a maior parte dos julgados não obtiveram prosseguimento se dá devido à discordância do Tribunal sobre a qualificação jurídica do caso – racismo, injúria simples ou injúria qualificada. A diferença de regimes de processamento desses crimes envolvidos nas divergências acerca da qualificação jurídica dada aos casos (ação penal de iniciativa pública ou privada) determina uma situação

bastante problemática: toda vez que a desclassificação de racismo para injúria racial ocorrer após o prazo de seis meses, terá já ocorrido a decadência do direito do ofendido de propor a ação penal por este. Ou, ainda, se esta decisão for proferida deixando pouco tempo para que o ofendido viabilize a queixa crime, esse será um fator relevante para aumentar a probabilidade desse mesmo desfecho ou, ao menos, dificultar a preparação da ação a ser proposta. Diz respeito, portanto, a ausência de formalidade requerida.

Isso ocorre, porque os legisladores, muitas vezes, conferem ao fato mais grave (racismo) uma tipificação menos gravosa (injúria racial). Como exemplo, do que está sendo afirmado podemos citar o caso de um cidadão negro que é impedido de entrar num clube. Indignado com o fato, ele reclama e se envolve numa discussão com a pessoa que proibiu a sua entrada. No furor do bate-boca, o infrator acaba por proferir uma injúria racial contra a vítima. Levado o caso à delegacia, a conduta racista (de impedir a entrada de um negro no clube) desaparece e só o que se evidencia no boletim de ocorrência, ou no processo judicial é a injúria racial. Tal situação revela uma distorção no modo de adequar o fato à norma. No caso, o desenvolvimento das investigações deveria apontar a ocorrência de duas condutas autônomas (racismo e injúria racial) ou somente o crime de racismo, aplicando-se o princípio da consunção.

A segunda causa mais relevante para a extinção precoce do processo foi a insuficiência de provas para embasar a acusação. É sabida a complicação de produção de provas a respeito deste tema, que muitas vezes são provocações orais e, quando em público, poucas ainda são as pessoas que se prestam para testemunhar do ocorrido. Discerne então, ao juízo de valor não agir tão criteriosamente a esse respeito, e analisar as partes no contexto real inseridas.

Outra dificuldade tem a ver com a influência que determinado comportamento social equivocado promove na atuação dos profissionais em determinado ambiente organizado. Os aplicadores do direito não atuam em conformidade com o ordenamento, pois, parte do princípio de que a discriminação racial não é algo tão relevante, ou que o racismo não deveria ensejar penalidade tão rigorosa, entendem que a pena de prisão seria muito vigorosa para um fato que julgam de menor importância.

Assim, certos profissionais ao atuarem em suas funções acabam também por reproduzir condutas reprováveis, eis que eivadas de vícios preconcebidos ou discriminatórios. De tal modo, ocorre a perpetuação de situações de injustiças cristalizadas historicamente e de difícil transformação. O Racismo tem forte conteúdo ideológico repercutindo nos pensamentos e ações.

Por outro lado, é importante voltar a atenção para a sociedade e não só para o Judiciário e Legislativo, e atentar-se que ainda são poucos o número de processos ajuizados. Grande parte da sociedade ainda é leiga quanto aos seus direitos decorrentes

dos crimes de injúria racial ou racismo. E, além disto, as delegacias, muitas vezes, não incentivam a vítima a denunciar.

Portanto, ficou bem claro que a aplicação da lei é muito mais para os casos de injúria racial do que para casos de racismo da lei especial. Assim, a aplicabilidade é discutível e nos faz questionar a relevância dessas situações para a sociedade moderna, assim como a ausência de políticas públicas que as efetivem.

4.1. O CASO SIMONE ANDRÉ DINIZ

A discriminação racial no Brasil é um problema endêmico que permeia todas as suas instituições públicas e privadas. A decisão no caso Simone André Diniz, proferida pela Comissão Interamericana, representa um marco na luta contra a insensibilidade do judiciário às questões raciais no País e merece um destaque especial.

O fato originário da denúncia deu-se quando um anúncio publicitário para a vaga de empregada doméstica deixava clara a preferência por candidatas de cor branca. Assim, ao candidatar-se à vaga anunciada, Simone André Diniz foi recusada após informar aos anunciantes que era negra.

Apresentando os fatos à justiça brasileira, após o término do inquérito policial, foi encerrado com a justificativa de que as circunstâncias não revelavam elementos suficientes para a propositura da ação penal. Em resumo, no âmbito interno o caso foi arquivado após as investigações criminais, uma vez que, o órgão ministerial entendeu que não existiam provas suficientes para iniciar a ação penal e o juiz, compartilhando do mesmo entender do ministério público, confirmou o arquivamento do caso.

Observa-se que embora houvesse provas substanciais da prática de discriminação racial em razão da comprovação sobre a existência e a autoria da publicação de anúncio publicitário de cunho discriminatório a ação penal não foi instaurada.

Com efeito, denunciado o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, esta defendeu que houve a violação de direitos humanos, e, por consequência, foi reconhecida a denegação do acesso à justiça em relação à Simone André Diniz, vítima de preconceito racial.

Salienta-se que o arquivamento do presente caso em exame não é um fato isolado, pois essa circunstância espelha um padrão comportamental das autoridades brasileiras frente às denúncias de prática de crime de racismo. E, tal caso, reflete a ineficiência do ordenamento jurídico brasileiro que tolera a impunidade nos casos de discriminação racial,

portanto a insuficiência na aplicação da atual legislação específica significa a continuidade da violação dos direitos humanos decorrentes do racismo.

5. CONCLUSÃO

Ao analisar as leis antirracismo do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que, do ponto de vista técnico-jurídico, elas não são tão eficazes devido a alguns problemas enfrentados na produção dos seus efeitos. A problemática em questão encontra-se na herança cultural que a sociedade brasileira carrega, não basta que as leis sejam dinâmicas e atendam aos anseios de cada grupo racial, mas são necessárias políticas públicas e ações sociais que promovam reflexão e conscientização de que a cor da pele e as diferenças étnicas não diferenciam em nada a espécie humana. O pertinente seria afirmar que a prática cidadã decorrente dos princípios democráticos preconiza que qualquer indivíduo comprometido com a ética pública deveria exterminar o discurso sustentador do preconceito racial e aceitar como reprováveis as atitudes discriminatórias.

A decisão do caso Simone André Diniz, em termos gerais, apontou a cegueira racial na sociedade brasileira, ao demonstrar os obstáculos indiretos que um indivíduo enfrenta ao buscar um remédio judicial que sane a discriminação racial sofrida. O principal elemento que causa essa discriminação é a aplicação pelo judiciário, além da quase desconsiderável porcentagem de punições pelo crime de racismo no país.

Ao criticarmos a efetividade do Direito no caso da legislação antirracismo, pretendemos concluir que há obstáculos à efetivação de direitos e à aplicação dessas leis, que as instituições do sistema de justiça não funcionam adequadamente quando têm diante de si casos de racismo e que não vivemos em uma situação de igualdade racial em nosso país. Tal crítica nos parece importante justamente porque nos permite uma melhor compreensão dos diferentes entraves e possibilidades para um combate mais efetivo ao racismo.

Salienta-se que lei e a Constituição brasileira são os documentos que o Brasil se deu para combater o racismo de uma maneira clara e firme. A lei antirracismo não possui tantas lacunas, a questão mais grave é a aplicação dessa legislação; pois, na prática, é como se o problema da discriminação e do preconceito não se constituíssem um problema para o direito e para a justiça, nem para a sociedade, nem para o poder judiciário.

Desse modo, não devemos desistir de tentar conquistar a igualdade entre os grupos existentes em nosso multiétnico país, não podemos abandonar esta luta que, com dificuldades, já se vem estruturando há séculos.

Portanto, devemos almejar a dignidade de nossos irmãos negros, para que eles tenham um lugar de respeito na sociedade e para que sua cultura ocupe o espaço a que

tem direito entre os demais grupos sociais, de forma cada vez mais expressiva e valorizada, com liberdade e, sobretudo, com igualdade. E o poder judiciário, precisa se posicionar de forma nítida contra a prática da discriminação racial demonstrando um compromisso com a garantia dos direitos constitucionais e reconhecendo a condição de humano e cidadão deste povo que tanto contribuiu e contribui com o país.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Cristina. Escravidão no Brasil. 2008. Disponível no site: www.infoescola.com/hitória/escravidãonobrasil. Acessado em 22 de junho de 2015.

DUARTE, Rebeca Oliveira. Prática de Racismo e aplicação da lei: contribuição à análise da legislação antidiscriminatória, 2003. Disponível em: <http://www.lppuerj.net/olped/documentos/ppcor/0124.pdf>. Acessado em 21 de junho de 2015.

CRUZ, Levy. Democracia Racial. 2002. Disponível em: <http://www.fundaj.gov.br/tpd/128.html> . Acessado em 26 de junho de 2015.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DURANTE A GRAVIDEZ E A MATERNIDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO BRASILEIRO APÓS O JULGAMENTO DO AGRG NO HC 731.648/SC PELO STJ: ALTERAÇÕES NOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE REGIME DOMICILIAR

AMANDA DE SOUSA AMORIM:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

VALDIVINO PASSOS SANTOS¹²⁷

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa versa sobre o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC, no qual houve uma mudança considerável acerca dos direitos das detentas gestantes e mães no contexto brasileiro. Estudou-se de que forma o referido julgado trouxe materialização do direito da dignidade da pessoa humana às detentas inseridas no sistema carcerário feminino brasileiro. Realizou-se um aparato geral sobre a situação atual das penitenciárias femininas no Brasil e a violação aos direitos e garantias individuais das presas e de seus filhos. Abordou-se o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial contemporâneo acerca da prisão domiciliar às gestantes ou mães. Por fim, analisou-se especificamente o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ, no qual passou a ser prescindível a comprovação da indispensabilidade dos cuidados maternos da detenta para com o filho que tenha até doze anos para a concessão da prisão em regime domiciliar. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, a metodologia da pesquisa jurídica foi realizada por meio da pesquisa exploratória bibliográfica e documental e a técnica de análise de dados é qualitativa. Percebeu-se que o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ se coaduna com as diretrizes sustentadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Sistema prisional feminino; Dignidade humana; Prisão domiciliar.

ABSTRACT: The present research deals with the judgment of AgRg in HC 731.648/SC, in which there was a considerable change regarding the rights of pregnant women and mothers in the Brazilian context. It was studied how the aforementioned judgment brought materialization of the right of human dignity to the inmates inserted in the Brazilian female prison system. A general apparatus was carried out on the current situation of women's penitentiaries in Brazil and the violation of the individual rights and guarantees of prisoners and their children. The contemporary legal, doctrinal and jurisprudential treatment regarding house arrest for pregnant women or mothers was addressed. Finally, the

¹²⁷ Mestre em Direito. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

judgment of AgRg in HC 731.648/SC by the STJ was specifically analyzed, in which proof of the indispensability of the detainee's maternal care for the child who is up to twelve years old for the granting of the prison regime home. The research method used was deductive, the methodology of legal research was carried out through exploratory bibliographic and documentary research and the data analysis technique is qualitative. It was noticed that the judgment of AgRg in HC 731.648/SC by the STJ is consistent with the guidelines supported by the principle of human dignity.

Keywords: female prison system; human dignity; home prison.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC, de forma a realizar um estudo sobre como o seu julgamento influi na materialização do princípio da dignidade da pessoa humana previsto nas entrelinhas da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, será verificada a forma como o julgado dispôs sobre a concessão da prisão domiciliar às detentas gestantes ou mães de filhos com até doze anos de idade no que se refere ao alcance do princípio da dignidade humana, e mediante quais requisitos a medida poderá ser deferida.

Portanto, a problemática evidenciada é: o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ se coaduna com as diretrizes sustentadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana?

A pesquisa se justifica no meio acadêmico devido à demanda que se tem de averiguar a mudança jurídica que o recente julgamento favorece, que é pôr fim à limitação de que somente é devida a concessão de prisão domiciliar à detenta que comprove a necessidade de que seu filho dependa de seus cuidados, exigindo-se que a comunidade acadêmica empreenda esforços para entender o desenvolvimento dos direitos da mulher no Brasil.

Justifica-se, sob outro viés, no meio social, sob dois pontos de vista: a) o dos direitos da mulher, no ponto em que o presente estudo vem destrinchar o amparo à detenta gestante e mãe de filho com até doze anos que tem sido mais abrangente com o passar dos anos; b) o dos direitos da criança e do adolescente, à proporção que o julgamento do referido remédio constitucional amplia a viabilidade de que o absolutamente incapaz cresça e se desenvolva sob o amparo materno.

O objetivo geral da presente abordagem é estudar o AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ e compreender a alteração quanto aos direitos da mulher gestante e mãe de filho com até doze anos incompletos, na medida em que passa ser dispensável a comprovação da imprescindibilidade dos cuidados da mãe para que essa passe a cumprir pena ergastulada em regime domiciliar.

Entre os objetivos específicos estão: a) estudar o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial acerca da prisão domiciliar nos tempos atuais, delimitando-se a quais hipóteses se aplica e quais os critérios necessários para o deferimento da conversão da modalidade de prisão; b) elucidar quais argumentos fundamentaram a decisão do HC 731.648/SC pelo STJ; c) investigar de que forma o julgamento do HC 731.648/SC pelo STJ garante a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à detenta mulher.

Para que isso seja possível, a presente pesquisa utiliza a metodologia da pesquisa jurídica, por meio da pesquisa exploratória bibliográfica e documental. O método utilizado é o dedutivo e a técnica de análise de dados é qualitativa, com vistas a entender o referido julgado sob a ótica da dignidade da pessoa humana aplicável à mulher.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos, o primeiro versando sobre o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial contemporâneo acerca da prisão domiciliar, com o intuito de verificar as hipóteses de cabimento e os critérios para a aplicação da modalidade de cumprimento da pena.

O segundo capítulo tratará especificamente do julgamento do AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ, para entender o contexto da decisão de que é prescindível a comprovação da necessidade de cuidados maternos para o deferimento da prisão domiciliar em favor das presas mães de filhos de até doze anos ou que estejam gestantes.

Por fim, o terceiro capítulo se designará a estudar de que forma o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ contribui para a evolução dos direitos da mulher no Brasil, garantindo a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente, uma das premissas basilares do Estado Democrático Brasileiro.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA DAS DETENTAS GRÁVIDAS E SEUS FILHOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO NA ATUALIDADE

Em proêmio, insta frisar que o cumprimento da pena em estabelecimento carcerário é demasiadamente dificultoso quando se trata de detenta grávida ou que tenha filho menor que necessite dos cuidados maternos, representando o sistema prisional feminino um verdadeiro desafio para o Estado brasileiro e as políticas públicas adotadas pelo governo.

O problema enfrentado pela mulher se inicia muito antes de seu encarceramento: o machismo e preconceito que assola a sociedade em geral a reprime desde o momento que inserida no meio social, assumindo posição de elevada vulnerabilidade e exclusão social (LIMA, 2006 *apud* ANDRADE, 2017, p. 13).

A título de informação, do ano de 2000 até 2016, o número total de mulheres detentas no Brasil cresceu 656%, totalizando em 42.355 mulheres presas, ao passo que o aumento no número de detentos homens aumentou somente 293% no mesmo período (SANTOS; REZENDE, 2020).

Acredita-se que o aumento drástico nesse número se deva à entrada em vigor da Lei 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, ocasião em que o Estado Brasileiro passou a punir mais severamente os crimes que envolvem o tráfico de entorpecentes (BRASIL, [2022d]). Nesse cenário, na esmagadora maioria das vezes a mulher assume papel de coadjuvante em crimes cujos atores muitas vezes são parentes, companheiros ou amigos (MAKKI; SANTOS, 2017 *apud* ANDRADE, 2017, p. 14).

Apesar do intuito da referida Lei de Drogas ter sido, *a priori*, punir mais severamente os crimes que envolvam entorpecentes, criou um cenário onde a quantidade de ocorrência dessa espécie de crime continua aumentando significativamente, e a população carcerária feminina se torna paulatinamente mais expressiva.

Nas palavras de Zacarias (2022, não paginado), do total de mulheres presas no território brasileiro, 60% aproximadamente está cumprindo reprimenda em razão de algum crime abrangido pela Lei de Drogas. Apesar de parecer estar havendo maior atuação estatal na punição desses criminosos, o número de tráfico de drogas permanece crescendo gradativamente.

De acordo com o mesmo autor, “dos mais de 700 mil presos brasileiros, quase um terço deles está detido por crimes relacionados a drogas” (ZACARIAS, 2022, não paginado). Ademais, “em 2020 foram registrados números recordes de apreensão de drogas”. (ZACARIAS, 2022, não paginado).

O que se discute, portanto, é se a referida lei foi benéfica sob o ponto de vista da necessidade de controle do tráfico de drogas, ou se na verdade caracterizou um instrumento ineficaz de política criminal. Ou, ainda, se é um bom mecanismo, mas que requer outras políticas públicas aliadas para a consecução de bons resultados (ZACARIAS, 2022).

A pauta do encarceramento feminino ainda é alvo de grande discussão, mormente por envolver questão de gênero, porquanto acredita-se que o tratamento prisional

conferido à mulher detenta é praticamente o mesmo conferido ao preso homem. Essa situação resulta no acentuamento da complexidade da ressocialização da presa, por falta de cuidados necessários durante o período em que ergastulada (FRANÇA, 2014 *apud* SANTOS; REZENDE, 2020).

Essa situação denota a falta de dedicação do aparelho estatal em efetivamente realizar análise sobre as necessidades da mulher presa e, além disso, em garantir a tutela de direitos e garantias individuais, gerando uma série de problemas sociais, dentre os quais cabe ser destacada a falta de amparo à detenta grávida ou a que seja mãe de criança (SANTOS; REZENDE, 2020).

Conforme aduz Borges (2005) e Artur (2009) (*apud* SANTOS; REZENDE, 2020), o estabelecimento prisional não foi idealizado com o intuito de atender às necessidades femininas; pelo contrário, foi projetado, em conjunto com as leis de execução penal, para recepcionar homens, sendo totalmente desprovido de amparo às especificidades inerentes à mulher.

Estudar a evolução do sistema prisional feminino brasileiro requer o reconhecimento de que o movimento feminista foi o maior precursor para a garantia dos direitos femininos, o que exigiu uma reformulação do conceito de gênero, passando a contemplar particularidades de cada sexo (SANTOS; REZENDE, 2020).

Nessa senda, a despeito das conquistas da mulher que se estendem ao âmbito da legislação penal e à execução de pena, suas necessidades físicas, sociais e psicológicas ainda são ignoradas quando o assunto é seu encarceramento (SANTOS; REZENDE, 2020).

Inclusive, como muito bem abordado por Santa Rita (2006 *apud* SANTOS; REZENDE, 2020), o sistema prisional brasileiro apenas reflete a desigualdade de gênero que caracteriza uma nítida mazela social presente na cultura brasileira, o que é verificado quando se tem sob visão o fato de que homens recebem “kits” higiene do Estado, ao passo que as mulheres sofrem com a falta de absorventes, *shampoos* e condicionadores, por exemplo.

Até o final do ano de 2017, o Brasil possuía 622 mulheres presas que estavam grávidas ou que são lactantes, sendo 373 grávidas e 249 amamentavam seu filho (BRASIL, 2018, não paginado). A principal dificuldade evidenciada pelas presas é justamente o enfrentamento do cumprimento da pena em situação de extrema solidão, vulnerabilidade e humilhação (GUEDES, 2006 *apud* SANTOS; REZENDE, 2020).

A Lei nº 13.257 de 2016 veio trazer a possibilidade de a detenta gestante ou mãe de filho com até 12 anos cumprir a pena em regime domiciliar, trazendo ao rol do art. 318

o inciso IV, que trata da gestante, e o inciso V, que trata da mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (BRASIL, [2022a], não paginado).

Em que pese tal vitória legislativa, a realidade é um certo grau de resistência do juízo da execução em deferir o cumprimento da pena em regime domiciliar pela detenta mãe. Os críticos dessa abordagem garantem que tal possibilidade pode diretamente viabilizar o aumento da prática de crimes por mulheres, pois estariam respaldadas na garantia de que não ficariam presas caso engravidassem (SANTOS; REZENDE, 2020).

No entanto, a realidade encarada pelas recuperandas destoa dessa presunção. Contrariamente, o vínculo e o afeto familiar soam como motivos para que o crime seja evitado pelas mulheres, ou ainda, mesmo que já tenha sido praticado, um motivo idôneo para uma escorreita recuperação. De acordo com Posada (2015,

p. 28-29 *apud* SANTOS; REZENDE, 2020, p. 589), "o afastamento enfraquece o vínculo entre mães e filhos e compromete a relação com o cuidado destes."

Nesse espeque, é imprescindível que os estabelecimentos prisionais e o sistema carcerário femininos brasileiros devam passar por uma reestruturação institucional, com o intuito de que os direitos e garantias tanto da mulher presa quanto de seu filho sejam resguardados. Além disso, para que a finalidade da pena, que é a ressocialização, conforme seu caráter preventivo (NUCCI, 2019, p. 351), seja alcançada de maneira idônea.

3 O TRATAMENTO LEGAL, DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEO ACERCA DA PRISÃO DOMICILIAR ÀS GESTANTES OU MÃES: hipóteses de viabilidade e critérios para a aplicação da modalidade

A prisão domiciliar está expressamente prevista no Código do Processo Penal a partir do art. 317, e pode ser caracterizada como o a substituição da prisão preventiva consistente no "recolhimento do indiciado ou do acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial." (BRASIL, [2022a], não paginado).

Consoante leitura do art. 318, a referida conversão poderá ser cogitada quando o indiciado ou acusado se tratar de agente maior de 80 anos; se for ou estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; se a manutenção nos interiores do estabelecimento prisional inviabilizar os cuidados de pessoa menor de 6 anos ou portadora de deficiência; se for agente gestante; se for mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos; ou se for homem, em se tratando de único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (CAPEZ, 2022, p. 652-653).

Insta ressaltar que a prisão domiciliar é uma alternativa para cumprimento de prisão preventiva, ou seja, a espécie de prisão provisória de natureza cautelar que antecede a sentença e que pode ser decretada a qualquer momento até sua prolação, desde que presentes seus requisitos e pressupostos autorizadores (CAPEZ, 2022, p. 633).

Especificadamente no caso objeto de análise da presente pesquisa, isto é, em se tratando de detenta gestante ou com filho com até 12 anos incompletos, há de se ressaltar que existem requisitos cumulativos trazidos pela Lei nº 13.769/18, que incorporou ao texto do CPP o art. 318-A, dispondo que a substituição só será possível se o crime cometido não tenha sido com violência ou grave ameaça à vítima e se a vítima do crime não tenha sido seu filho ou dependente (BRASIL, [2022a]).

Atualmente, a prisão domiciliar tem tido aplicação limitada no âmbito do processo penal, pois cada vez mais os órgãos julgadores estão mais criteriosos para seu deferimento. Em regra, a modalidade é autorizada, mediante o preenchimento dos requisitos acima dispostos, à indiciada ou à acusada (CAPEZ, 2022).

Entretanto, não se pode olvidar que efetivamente houve um avanço legislativo e institucional na possibilidade do cumprimento da prisão preventiva em estabelecimento domiciliar por mulheres. Pela primeira vez foi reconhecida a possibilidade no julgamento do Habeas Corpus Coletivo 143.641,

O relator, ministro Sebastião Reis Júnior, lembrou que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do **HC Coletivo 143.641**, concedeu o regime domiciliar às gestantes e mães de crianças pequenas ou com deficiência que estivessem em prisão preventiva, excetuados os casos de crimes violentos ou cometidos contra os descendentes. (BRASIL, 2022b, não paginado).

Segundo Ferreira (2020, p. 388),

O Habeas Corpus coletivo, que foi impetrado pelos membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADH) em favor de todas as mulheres presas preventivamente e que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães de filhos sob sua responsabilidade, teve como resultado uma decisão considerada histórica, que concedeu a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para todas as mulheres no país que estivessem nessa condição

Em que pesem os limitados cenários para aplicação da modalidade, a jurisprudência brasileira já tem estendido a conversão do cumprimento de pena privativa

de liberdade definitiva em estabelecimento carcerário para o regime domiciliar, como foi a ocasião do julgamento do RHC 145.931 pelo STJ:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. EXECUÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 9 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE GENITORA DE CRIANÇAS DE 6 E 2 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. CARACTERIZADA INEFICIÊNCIA ESTATAL EM DISPONIBILIZAR VAGA À RECORRENTE EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PRÓPRIO E ADEQUADO À SUA CONDIÇÃO PESSOAL, DOTADOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO, BERÇÁRIOS E CRECHES. ARTS. 82, § 1º, E 83, § 2º, DA LEP. PRESÍDIO FEMININO MAIS PRÓXIMOS DISTANTE 230 KM DA RESIDÊNCIA. CONVIVÊNCIA E AMAMENTAÇÃO IMPOSSIBILITADA. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. [...] RECURSO PROVIDO.

1. A Suprema Corte, no julgamento do HC Coletivo n. 143.641/SP, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar [...] de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, [...] excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas (HC n. 143.641/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, DJe 9/10/2018). Precedentes do STJ no mesmo sentido.

[...]

3. No entanto, a execução de condenação definitiva em prisão domiciliar, em regra, somente é admitida ao reeducando do regime aberto, desde que seja maior de 70 anos, portador de doença grave, ou mulher gestante ou mãe de menor ou deficiente físico ou mental (art. 117 da LEP). Porém, excepcionalmente, se admite a concessão do benefício às presas dos regimes fechado e semiaberto quando verificado pelo juízo da execução penal, no caso concreto - em juízo de ponderação entre o direito à segurança pública e a aplicação dos princípios da proteção integral da criança e da pessoa com

deficiência -, que tal medida seja proporcional, adequada e necessária e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, salvo se a periculosidade e as condições pessoais da reeducanda indiquem que o benefício não atenda os melhores interesses da criança ou pessoa com deficiência.

4. Outrossim, a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que deve ser dada uma interpretação extensiva tanto ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que somente tratava de prisão preventiva de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, quanto ao art. 318-A do Código de Processo Penal, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às réis em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado (Rcl n. 40.676/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/12/2020).

5. Essa possibilidade, concessão de prisão domiciliar regulada no art. 117 da LEP, em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que excepcionalidade do caso concreto imponha, tem sido reconhecida por esta Corte Superior. Precedentes das Turmas da Terceira Seção.

6. Também a Suprema Corte tem admitido, em situações absolutamente excepcionais, a concessão de prisão domiciliar a regimes mais severos de execução penal, a exemplo das ordens implementadas nas hipóteses em que o condenado estiver acometido de doença grave, a demandar tratamento específico, incompatível com o cárcere ou impassível de ser oferecido pelo Estado (AgR na AP n. 996, Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 29/9/2020).

7. In casu, verifica-se que a recorrente se enquadra nos termos definidos no HC Coletivo n. 143.641/SP, isto é, mulher em vias de ser presa, mãe de criança de 6 e 2 anos de idade (fl. 20), não sendo caso de crimes praticados por ela mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

[..]

9. Recurso em habeas corpus provido, confirmando-se a liminar, para permitir que a recorrente possa cumprir pena em regime domiciliar, com monitoração eletrônica, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo, a serem implementadas pelo Juízo da Execução penal competente [...]. (BRASIL, 2022e, p. 1-3).

No caso concreto, a sentenciada havia sido condenada à pena de reclusão de nove anos por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Contudo, em razão de ser indispensável aos cuidados de seus dois filhos menores, um de dois e outro de seis anos, e levando-se em consideração que as crianças residiam a 230 quilômetros do presídio feminino mais próximo, o contato entre mãe e filhos restou impossibilitado, razão pela qual deferiu-se o regime domiciliar (BRASIL, 2022b).

Para que seja autorizado o regime domiciliar, porém, a pena imposta não pode estar sendo cumprida em regime fechado ou semiaberto, apenas no regime aberto (BRASIL, 2022b), a teor do que trata o art. 117 da Lei de Execuções Penais (LEP):

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante (BRASIL, [2022f], não paginado).

A despeito do mandamento legal, orienta o Min. Sebastião Reis Júnior que a conversão será concedida de maneira excepcional quando observado, a partir do caso concreto, que a medida seja adequada visando o interesse do menor, sendo imprescindível sua adoção para os cuidados com a criança, devendo-se ponderar dois valores: o direito à segurança pública e, em contrapartida, a proteção integral da criança (BRASIL, 2022b, não paginado).

Portanto, o que se observa é que a viabilidade do benefício será analisada caso a caso, pois em se tratando de reeducanda com alto grau de periculosidade e dotada de condições pessoais desfavoráveis, portanto desvirtuando-se do objetivo da prisão domiciliar e desatendendo aos interesses do nascituro ou do filho menor, o indeferimento da conversão será a medida que se impõe (BRASIL, 2022b).

Outra condição hábil a desautorizar a manutenção do regime domiciliar é em caso de desobediência pela reeducanda às regras impostas pelo juízo da execução, mesmo que tenha preenchido, em tese, os requisitos para o cumprimento da pena em estabelecimento domiciliar, como é o caso do julgamento do HC 488826/PR pelo STJ:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO DOMICILIAR. ACUSADA MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. DESCUMPRIMENTO REITERADO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR DOMICILIAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. Ainda que a paciente seja mãe de filho menor de 12 anos, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar foi negada com fundamento em situação excepcional, nos termos do HC n. 143.641/SP, evidenciada no fato de que a ré vem reiteradamente descumprindo as condições impostas durante a audiência de custódia (mov. 27.1), quais sejam, prisão domiciliar mediante monitoração eletrônica, não havendo manifesta ilegalidade.

3. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2019, não paginado).

Depara-se, à vista do exposto, com um complexo dualismo: garantir às mulheres que se encontram em situação de vulnerabilidade social o cumprimento de suas penas em regime domiciliar ou garantir a ordem pública e a paz social mantendo-as em cárcere para o cumprimento da reprimenda e efetivação do processo de reinserção social?

Não se pode olvidar que o estabelecimento prisional não é ambiente favorável ao desenvolvimento da família e criação dos filhos pela mulher, mormente por ser um lugar onde direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos são nitidamente violados.

Portanto, esse cenário gera deficiência estrutural do sistema, fazendo com que mulheres, grávidas, mães e seus filhos permaneçam em situação extremamente degradante e desprovidos de cuidados médicos, hospitalares, psicológicos indispensáveis.

Percebe-se também que há notória falha estatal em não contar com estabelecimentos prisionais femininos com equipe técnica especializada e cuidados em geral para mulheres, sobretudo às gestantes e às que possuem filhos menores. O ideal seria que existissem tais ambientes com médicos, creches e berçários, o que frusta a previsão normativa do art. 82, § 1º, e art. 83, § 2º, da LEP (BRASIL, 2022b).

Tomando por base que o Estado não dispõe de estabelecimento idôneo para o desenvolvimento da família pela mulher, e ao mesmo tempo, considerando que a pena deva ser cumprida por todos os condenados, indistintamente, cabe à técnica do juízo da execução alinhar a melhor forma de cumprimento da pena pela mulher, atentando-se às

particularidades e condições de cada situação fática e sopesando valores reputados imprescindíveis.

4 O JULGAMENTO DO AGRG NO HC 731.648/SC PELO STJ E A GARANTIA DOS DIREITOS DA DETENTA MULHER: uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana

Em agosto do ano de 2022 foi julgado o AgRg no HC 731.648/SC pela Quinta Turma do STJ, no qual restou sedimentado o entendimento de que deve haver a concessão de prisão domiciliar às detentas com filhos de até 12 anos, independentemente da comprovação da necessidade dos cuidados maternos, que é legalmente presumida (BRASIL 2022g). Confira-se o teor da ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, V, DO CPP. MÃE COM FILHOS DE ATÉ 12 ANOS INCOMPLETOS. CRIME SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO COMETIMENTO CONTRA OS PRÓPRIOS FILHOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS MATERNOS PRESUMIDA. EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. ART. 117 DA LEP. REGIME SEMIABERTO. HC COLETIVO N. 143.641/SP DO STF. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por razões humanitárias e para proteção integral da criança, é cabível a concessão de prisão domiciliar a genitoras de menores de até 12 anos incompletos, nos termos do art. 318, V, do CPP, desde que (a) não se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça, (b) não tenha sido praticado contra os próprios filhos e (c) não esteja presente situação excepcional a contraindicar a medida.
2. Conforme art. 318, V, do CPP, a concessão de prisão domiciliar às genitoras de menores de até 12 anos incompletos não está condicionada à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados maternos, que é legalmente presumida.
3. É possível a extensão do benefício de prisão-albergue domiciliar às sentenciadas gestantes e mães de menores de até 12 anos, ainda que em regime semiaberto ou fechado, nos termos dos arts. 318, V, do CPP e 117, III, da LEP, desde que presentes os requisitos legais.

4. Agravo regimental provido para conceder a ordem de ofício. (BRASIL, 2022g, não paginado).

Importante mencionar que as instâncias inferiores haviam negado a prisão domiciliar à requerente, sob o argumento de que ela não teria comprovado ser indispensável ao cuidado de seus três filhos menores de 12 anos. Inclusive, o próprio STJ, na ocasião do julgamento do HC também indeferiu o pedido, sendo necessária a interposição de agravo regimental para impugnar a decisão (BRASIL, 2022c).

De acordo com o entendimento do ministro João Otávio de Noronha, é perfeitamente cabível a referida substituição, ou seja, da prisão em regime semiaberto para a prisão albergue domiciliar nos casos em que a detenta seja mãe de filho(s) com até doze anos de idade incompletos, desde que não tenham eles como vítima; que não tenha sido empregada violência ou grave ameaça na conduta delituosa; e, ainda, que não haja alguma condição especial que impossibilite o deferimento da medida (BRASIL, 2022c).

E mais além, é possível ainda haver a concessão da prisão domiciliar em se tratando de detenta condenada ao regime fechado ou semiaberto, desde que preenchidos os requisitos legais (BRASIL, 2022c). A referida alteração promoveu um avanço na proteção à dignidade humana da mulher, que constantemente tem seus direitos violados na ocasião do recolhimento ao estabelecimento prisional.

Sob o enfoque da evolução dos documentos internacionais que já versaram sobre os direitos da detenta mulher, tem-se as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok), criadas em 2010 (BRASIL, 2016 *apud* FERREIRA, 2020, p. 391), sendo o primeiro regramento que dispôs de alguma forma a necessidade da segregação sexual binária “masculino” e “feminino”.

Insta ressaltar que uma das disposições contidas nas Regras de Bangkok é a indispensabilidade do tratamento equitativo entre os gêneros na hipótese de encarceramento, consubstanciado no princípio da não discriminação, “considerando as necessidades específicas das mulheres, reconhecendo que é necessário um tratamento igual, mas diferenciado.” (CERNEKA, 2012, p. 18 *apud* FERREIRA, 2020, p. 391).

É com base nas Regras de Bangkok que o as nações tem se preocupado paulatinamente com as detentas mães e seus respectivos filhos, priorizando alternativas diversas ao encarceramento preventivo, como é caso da prisão domiciliar. Contudo, não se pode olvidar que sempre é necessária a observância de outros valores como a segurança pública e a paz social, na ocasião do deferimento de tais medidas (FERREIRA, 2020, p. 391). Dessa forma, “A criação pela ONU de um documento internacional preocupado com as questões que permeiam a prisão feminina é mais um passo no reconhecimento

internacional, em âmbito global, dos direitos das mulheres como direitos humanos.” (FERREIRA, 2020, p. 391).

Uma importante consideração feita por Ferreira (2020, p. 393) acerca dos direitos humanos aplicáveis às mulheres presas ao longo do tempo é que devido à universalização de tais direitos, alguns ganham especial atenção, e outros como o estupro e a violência contra a presa acabam ficando suprimidos.

Tanto é que nos documentos internacionais que versam sobre os direitos dos presos, são listados de maneira abstrata, e algumas demandas das mulheres restam desatendidas por poucos desses atingirem as presas, havendo previsão apenas de necessidades básicas como “espaços específicos para gestantes” e o “provimento de atendimento ginecológico.” (FERREIRA, 2020, p. 393).

As Regras de Bangkok puderam ser observadas nitidamente, de maneira inédita, na ocasião do julgamento do HC nº 143.641 SP pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que concedeu a todas as mulheres presas a possibilidade de conversão de suas prisões à modalidade domiciliar, mediante o preenchimento de requisitos (FERREIRA, 2020, p. 396).

O que havia sido observado até o mês de outubro de 2022, quando julgado o AgRg no HC 731.648/SC foi certa resistência pelos juízes e Tribunais em aplicarem os direitos subjetivos das detentas gestantes e mães, denotando “pouca efetividade em promover mudanças no cenário do encarceramento de mulheres.” (FERREIRA, 2020, p. 397):

Observando um conjunto de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano seguinte à decisão do STF, foi possível perceber a relutância dos Ministros em aplicar as determinações da Corte Constitucional e, conseqüentemente, da própria lei e normativas internacionais. (FERREIRA, 2020, p. 397).

Felizmente, o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ demonstrou maior capacidade de interpretação teleológica do órgão julgador perante à norma, superando a mera subsunção da lei ao caso concreto sem qualquer sensibilidade na efetivação da tutela jurisdicional.

É indispensável, portanto, que os julgados no que dizem respeito ao direito da detenta mãe sejam embasados para além da mera checagem de requisitos formais. Reputa-se imperiosa, entretanto, a conduta de analisar, a cada caso concreto, marcadores de gênero, raça, classe, nacionalidade etc., e verificar de que forma influem na realidade daquela detenta (FERREIRA, 2020, p. 397).

O contrário disso é impossibilitar o acesso à justiça e massacrar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Nesse espeque, “o judiciário deve interpretar a norma a partir da realidade das mulheres presas, romper as barreiras estigmatizadoras, aplicando efetivamente o direito à não discriminação” (FERREIRA, 2020, p. 397).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da dignidade da detenta mãe de criança ou adolescente, e ainda da gestante recolhida ao estabelecimento prisional é um tema extremamente complexo do ponto de vista social e que não tem o acolhimento pelo Poder Público de maneira satisfatória.

A vontade de destrinchar o presente tema surgiu da necessidade de se abordar no estudo da ciência jurídica o tema da dignidade da pessoa humana sob o viés dos direitos da mulher, para que o Direito cumpra seu papel, que é acompanhar as problemáticas vivenciadas pela sociedade e fornecer amparo.

E mais além, o presente trabalho partiu das premissas da dignidade da pessoa humana para estudar o julgado do AgRg no HC 731.648/SC, que constituiu uma vitória ao caminho trilhado pelos direitos da mulher gestante encarcerada.

Conforme restou demonstrado, a problemática da falta de amparo à mulher, que resulta na ofensa à sua dignidade, caracteriza uma nítida mazela social vivenciada no Estado brasileiro, e que isso apenas reflete um problema superior oriundo da cultura brasileira, que é a desigualdade de gênero.

Observou-se também que hoje os estabelecimentos carcerários não contam com estrutura e recursos suficientes à contemplação das necessidades básicas da mulher, e principalmente, da mulher mãe ou gestante, e que esse grupo recebe praticamente o mesmo tratamento que é direcionado aos detentos homens.

Essa situação repercute na falha da materialização do intuito da pena, que é a ressocialização, caracterizando através da falta de cuidados à detenta mãe, além de prejuízos à criação e desenvolvimento de seu(s) filho(s), uma série de traumas para si mesma.

Observou-se que a prisão domiciliar, disposta no art. 317 do CPP tem aplicação muito limitada, e somente será deferida em situações extremas, quando o caso concreto se tratar de prisão preventiva. Na hipótese de mulher gestante, notou-se que a substituição só será possível se o crime cometido não tenha sido com violência ou grave ameaça à vítima e se a vítima do crime não tenha sido seu filho ou dependente.

Contudo, a teor do mandamento legal, observou-se que excepcionalmente Tribunais tem entendido pela conversão do cumprimento da pena em estabelecimento prisional ao cumprimento da pena em domicílio, em casos de condenação definitiva, desde que preenchidos requisitos específicos.

Ademais, observa-se maleabilidade do Poder Judiciário também no que se refere à viabilidade de conversão nas hipóteses de presas condenadas a regime fechado ou semiaberto, situação que traduz a ausência de mero juízo de subsunção pelos Tribunais, que passaram a se tornar mais flexíveis para atender a valores maiores.

Contudo, restou definido que a solução à problemática da ausência de estrutura adequada às mulheres gestantes nos estabelecimentos prisionais não é a concessão desenfreada da conversão para a prisão em regime domiciliar, até porque muitas vezes as condições pessoais da detenta representarão um óbice à autorização do regime.

Finalmente, foi abordado o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ e a garantia dos direitos da detenta mulher como mecanismo de concretização do princípio constitucional da dignidade humana, ocasião em que se verificou que o julgado supra passou a reputar como direito subjetivo da detenta a concessão da prisão domiciliar quando tiver filho menor de doze anos, não necessitando comprovar a indispensabilidade do cuidado materno.

O presente trabalho abordou fielmente a problemática suscitada inicialmente, que é “o julgamento do AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ se coaduna com as diretrizes sustentadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana?”, chegando à afirmação de que o referido julgado foi uma vitória para os direitos das mulheres no Brasil, pois reafirmou direitos básicos e, sobretudo, garantiu a dignidade da mulher e de seus filhos.

Além disso, foi contemplado o objetivo geral da pesquisa, que é o de estudar o AgRg no HC 731.648/SC pelo STJ e compreender a alteração quanto aos direitos da mulher gestante e mãe de filho com até doze anos incompletos.

Nessa perspectiva, os objetivos específicos também foram alcançados, pois foi efetuado estudo sobre o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial da detenta presa e as hipóteses de prisão domiciliar contemporaneamente, bem como quais os requisitos para a concessão.

Ademais, foram elucidados os argumentos que fundamentaram a decisão do HC 731.648/SC pelo STJ. Por fim, foi investigado de que forma o aludido julgamento pelo STJ garantiu a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana à detenta mulher e ao(s) seu(s) filho(s).

A pesquisa em evidência reputa-se de grande importância quando observada sob o viés dos direitos da mulher, sem excluir os do nascituro, da criança e do adolescente, porquanto necessária para avaliar de que modo os direitos fundamentais desses grupos estão sendo garantidos pelo Estado Brasileiro.

Além disso, aumentando-se a discussão sobre temas como esse, de extrema importância, contudo, de pouca abordagem, conseqüentemente vai se tornando mais exigível dos órgãos públicos providências para a minimização dos problemas enfrentados pelas mulheres no triste cenário do sistema prisional feminino.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luana Helena de Paula Drummond de. **O Sistema prisional feminino e a maternidade**. 2017. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Instituto de Ciências da Sociedade Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2017. Disponível em:
<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/4942/TCC%20LUANA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Terceira Seção invoca proteção integral à criança e concede prisão domiciliar a mãe condenada em regime fechado**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 11 abr. 2022b. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/11042022-Terceira-Secao-invoca-protecao-integral-a-crianca-e-concede-prisao-domiciliar-a-mae-condenada-em-regime-fechado.aspx>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regime domiciliar para presa com filho de até 12 anos não exige prova da necessidade de cuidados maternos**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2 ago. 2022c. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02082022-Regime-domiciliar-para-presa-com-filho-de-ate-12-anos-nao-exige-prova-da-necessidade-de-cuidados-maternos.aspx>. Acesso em: 7 out. 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. Brasília, DF:

Presidência da República, [2022d]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus Nº 145.931 - MG**

(2021/0113321-3). Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 9 de março de 2022. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 16 mar. 2022e. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101133213&dt_publicacao=16/03/2022. Acesso em: 7 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Brasília, DF:

Presidência da República, [2022f]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Habeas Corpus Nº**

731.648/SC). Relator Ministro João Otávio de Noronha, 7 de junho de 2022. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 23 jun. 2022g. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1553476395/inteiro-teor-1553476412>. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 488826 / PR (2019/0007385-0)**.

Impetrante: Carlos Henrique Bueno da Silva. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 23 de abril de 2019. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 3 maio 2019. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1818397&num_registro=201900073850&data=20190503&formato=PDF Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Presídios femininos têm 466 grávidas ou**

lactantes. Thaís Cieglinski. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2018 Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/presidios-femininos-tem-466-gravidas-ou-lactantes/>. Acesso em: 7 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FERREIRA, Letícia Cardoso. Direitos humanos das mulheres nas prisões. **Revista**

Humanidades & Inovação - UNITINS, Palmas/TO, 2020. Disponível em:

<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3791>. Acesso em: 7 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Bruna Rios Martins; REZENDE, Vânia Aparecida. Sistema carcerário feminino: uma análise das políticas públicas de segurança com base em um estudo local. **Cad. EBAPE.BR**, v. 18, n. 3, Rio de Janeiro, jul./set. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/nb3pxjFQ7hDkWFxJ9D8MzFc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 out. 2022.

ZACARIAS, Bruno Daminello. Lei de Drogas é acusada de encher prisões sem acabar com o tráfico. O que pode mudar. **Gazeta do Povo**, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/lei-de-drogas-pode-mudar/>. Acesso em: 7 out. 2022.

A IMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA

ETINON RAMOS DE OLIVEIRA JUNIOR:

Doutorando em Direito pela PUC - São Paulo

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de estudar e analisar a negociação coletiva como forma da empresa cumprir sua função social e solidária. Abordando a necessidade cada dia maior das empresas propiciarem melhores condições de trabalho, respeitarem o meio ambiente e buscar uma economia sustentável, é possível apresentar a negociação coletiva como um dos meios eficazes para o cumprimento desta função social e solidária. Nesse diapasão, analisa-se a função social e solidária da empresa e a própria função social da negociação coletiva. Concluindo, aponta-se o quanto é importante que a empresa utilize a negociação coletiva, instrumento democrático e com ampla participação dos trabalhadores, para cumprir sua função social e solidária.

Palavras-chave: Empresa. Função social. Negociação Coletiva.

ABSTRACT: This article aims to study and analyze the collective bargaining as a way to the company fulfill its social and solidarity function. Broaching the increasing need of companies to provide better working conditions, respecting the environment and seeking a sustainable economy, it's possible to present the collective bargaining as one of the effective means to fulfill this social and solidarity function. In this tuning fork, will be analyze the company social and solidarity function and the own social function of collective bargaining. To conclude, it is pointed out how important it is for the company to use collective bargaining, a democratic instrument, with broad participation of the workers, to fulfill its social and solidarity function.

Keywords: Company. Social function. Collective bargaining.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. 2 FUNÇÃO SOCIAL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. 3 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A empresa analisada de forma fria e racional tem como finalidade o lucro, isto é indiscutível e, inclusive, com previsão constitucional. A mesma constituição que prevê a livre iniciativa e a livre concorrência para que estas empresas, cada vez mais, possuam independências em suas ações.

Ocorre que esta mesma empresa, cada dia mais, diante das mudanças na sociedade, vem percebendo a necessidade de ir além da obtenção do lucro, cumprindo também sua função social. Encontra-se no ordenamento jurídico artigos específicos, como é o caso da Lei de Sociedades Anônimas, previsão legal para este cumprimento da função social, mas esse dever vai além da legalidade, sendo um dever social, cada vez mais latente.

Esta mudança também se dá em virtude dos valores e princípios tragos com a nova constituição de 1988. Porém essas mudanças vão além da função social, devendo as empresas que querem se destacar, oferecer a chamada função solidária.

Existem várias formas para que a empresa exerça esta função social e solidária, uma vez que os valores constitucionais já citados trouxeram consigo um Estado Social, cada vez mais preocupado em garantir direitos sociais aos trabalhadores.

Uma das formas que dá a possibilidade da empresa cumprir sua função social e solidária é através da negociação coletiva. Esta possibilidade deve ser amplamente aproveitada pelas empresas, uma vez que acontecem anualmente e contam com a participação direta dos trabalhadores, caracterizando-se pela paridade de armas na discussão, bem como, formar um instrumento que agrade a ambas as partes, trabalhador e empresa.

As negociações coletivas são um ótimo exemplo de efetivação de direitos e garantias fundamentais, através da conscientização da iniciativa privada. Um grande exemplo é o fornecimento de plano de saúde através de acordos coletivos, o que gera ao trabalhador um acesso mais digno a saúde, a priori pode-se concluir que saúde é um dever do estado, mas a empresa, por sua iniciativa, oferece planos de saúde, dando mais dignidade ao seu trabalhador.

Surge, então, as dúvidas cujo presente trabalho buscará elucidar: como a empresa pode cumprir sua função social e solidária através da negociação coletiva? A negociação coletiva em si é um instrumento de função social e solidária?

O estudo apresentará variações do papel da empresa no cumprimento da sua função social, bem como, uma compreensão maior da negociação coletiva, tanto como instrumento constitucional de composição entre trabalhadores e empresas, como o novo papel de cumprimento da função social da empresa.

O presente trabalho utilizará o método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas e da dialética jurídica. Para tanto, será necessária uma abordagem sobre a função social da empresa, apresentando a importância do seu cumprimento, a relevância da negociação coletiva nas relações de trabalho, bem como a sua própria função social, e, por fim,

compreender melhor as possibilidades de a empresa cumprir sua função social e solidariedade social, através da negociação coletiva.

1 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Cada dia mais se discute no Brasil a função social, seja da propriedade, do contrato ou da empresa, está última que será trabalhada neste artigo. Com a Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, os mecanismos de busca pelo interesse social cresceu muito, de maneira que não se observa mais nenhum instituto apenas pelo prisma econômico, mas também social.

Busca-se, agora, uma completude de direitos dentro de cada instituto ou organização. Ao utilizar o exemplo de uma empresa, não se espera mais que ela apenas de lucro, apesar de continuar sendo esta a sua finalidade; não se espera mais, somente, que ela gere empregos, apesar de também ser esta a sua finalidade; se espera mais do que isso, que ela também cumpra sua função social. De acordo com Maria Christina de Almeida: “A função social da empresa representa um conjunto de fenômenos importantes para coletividade e é indispensável para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica”¹²⁸.

O conceito função social da empresa é bastante amplo e está em pleno desenvolvimento ainda, pois, como narrado anteriormente, sua pujança se deu no Brasil após a Constituição Federal de 88. Pode-se entender como função social da empresa o dever que ela tem com a sociedade de não visar apenas o lucro, mas também com o fim social de suas decisões. Sua atividade deve estar voltada a uma utilização que beneficie da sociedade, um equilíbrio entre a satisfação do empresário e da sociedade que participa da evolução desta empresa.

Trata-se da busca do equilíbrio entre o objetivo econômico da empresa e o dever social da mesma. Se por um lado é de suma importância o capital para uma empresa, seja perante a sociedade, ou até mesmo para a sua sobrevivência, o que poderia gerar uma busca incessante pelo lucro, fazendo com que o trabalhador não tivesse qualquer força dentro desse sistema. Por outro lado, porém, cresce a cada dia a preocupação social com o trabalhador, com direitos e garantias que possibilitam, ou, visam possibilitar, sua inserção social, tanto no âmbito da empresa onde trabalha, quanto na sociedade onde vive, através do trabalho.

¹²⁸ Almeida, Maria Christina de. A Função Social da Empresa na Sociedade Contemporânea: Perspectivas e Prospectivas. Unimar, Marília, v. 3, p. 141, 2003.

Dentro desta possível dicotomia, entre o interesse social e o interesse econômico da empresa, encontra-se hoje na doutrina três linhas com diferentes interpretações e entendimento.

A primeira linha, mais tradicional, sustenta que não há que se falar em responsabilidade social por parte da empresa, uma vez que isso foge totalmente do seu propósito, da sua intenção e da sua função na sociedade, quer seja, a de gerar lucros, sendo seu interesse totalmente financeiro, e este, muito importante para a sociedade, não havendo que se falar em uma busca da função social pela empresa, sendo este, papel do Estado.

Nesse sentido, Friedman, apud Guimarães, diz:

- o objetivo das empresas numa economia de mercado, onde a competição é muito acirrada, é a maximização dos lucros;
- as ações dos executivos das empresas devem ser sempre voltadas para o objetivo do lucro, de forma a melhor remunerar os acionistas;
- investimento por parte da empresa na área social, para qualquer tipo de público (interno ou externo, empregados ou a sociedade) é uma forma de lesar os acionistas, de diminuir seus ganhos;
- procedendo com responsabilidade social a empresa estará se autotributando e, ao invés de ser elogiada, deveria ser processada.¹²⁹

Já a segunda corrente é totalmente oposta a primeira, pois, entende que o dever social sempre deverá prevalecer sobre qualquer outro, inclusive, o econômico. A ideia de propriedade privada não lhes parece correta, e defendem, inclusive que não deveriam existir, devendo seus benefícios econômicos serem sempre compartilhados.

Para ilustrar o debate entre as duas correntes, veja o trecho da obra de Carlos Alberto Faracha de Castro citando passagem do professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Não se pode olvidar, também, que 'há quem argumente que a função social da empresa é gerar lucros', como é o pensamento de Alfredo Assis Gonçalves Neto, que escrevendo sobre a sociedade por ações, aduz que 'não é constituída para atender o interesse público, mas

129 GUIMARÃES, Heloisa Werneck Mendes. Responsabilidade Social da Empresa: uma visão histórica de sua problemática. 1984. Disponível em: < http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901984000400025.pdf >. Acesso em: 12/10/2016.

para buscar o lucro no exercício de uma atividade econômica de interesse do conjunto de seus acionistas'. Ora, essa opinião, se de um lado exige respeito, de outro obriga-nos a complementá-la, no sentido de que o lucro não é proibido, podendo até ser o objetivo principal da atividade, o que, no entanto, não afasta a obrigatoriedade de sua distribuição ser compatibilizada com a satisfação dos acionistas e investidores e o imperativo de solidariedade constante na Constituição Federal, propiciando, assim, benefícios concomitantes aos trabalhadores e à comunidade em geral.¹³⁰

A terceira linha, intermediária, e mais moderna, defende que ambos os instrumentos são importante para a sociedade. Para estes, o lucro é com certeza a finalidade de uma empresa, não havendo nada de errado em se busca-lo, porém, com consciência social, sendo que o equilíbrio entre eles pode gerar um enorme crescimento social.

O raciocínio desta corrente é que, para a empresa gerar lucro, é necessário que ela se utilize de recursos da sociedade, não só a mão de obra, mas vários outros recursos indiretos que advém da sociedade. Portanto, uma parte do que se consegue com o lucro, deve ser devolvido a esta sociedade de onde "algo" foi retirado para a obtenção do lucro.

No entendimento de Keith Daves, afirma: "A longo prazo, quem não usa poder de uma maneira que a sociedade considera responsável tenderá a perder esse poder". Ou seja, não existe mais a possibilidade de uma empresa entrar em uma sociedade, dela retirar bens e serviços, sem nada oferecer em troca.

O que esta terceira corrente espera é que a empresa observe dentro do seu prospecto, além do lucro que é sua finalidade, procure também entender antecipadamente o que chamam de "custo social", aquilo que será utilizado do meio social, e deverá ser devolvido ou recompensado à sociedade.

A última linha parece a mais razoável, já que é impensável nos dias de hoje uma empresa que não dialoga com a sociedade e busque apoiá-la da melhor forma, afinal, este apoio é cíclico, pois, a preocupação social da empresa com aquela sociedade também voltará de outras formas para ela, pois é naquele meio que ela está inserida.

Ultrapassado então a discussão se a empresa tem ou não o dever de responsabilidade social, é preciso tentar entender qual seria essa responsabilidade. Novamente é possível

¹³⁰ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Preservação da empresa no código civil. Curitiba : Juruá, 2007, p.139.

identificar três correntes divergentes sobre de onde advém essa responsabilidade social, já que é indiscutível que ela exista, como visto anteriormente.

Para a primeira linha, chamada, esta responsabilidade das empresas está amplamente ligada com seu dever ético e moral. Para seus defensores a responsabilidade social da empresa é, ao mesmo tempo, uma responsabilidade moral, e, portanto, um dever, devendo ser sempre analisada no sentido de compreender se aquilo que a empresa tem feito cumpre com seu dever moral, sob o julgamento ético da sociedade.

Já para a segunda, existe um elo de ligação entre a empresa e a sociedade, uma espécie de contrato social, onde é normal que a sociedade tenha expectativas com a chegada de uma empresa e que, portanto, crie uma interação entre elas, um "contrato".

Nesse entendimento, encontra-se os ensinamentos de Wood, apud Kreitlon:

A idéia básica por trás da responsabilidade social empresarial é que empresas e sociedade são sistemas interdependentes, e não entidades distintas; portanto, é natural que a sociedade possua certas expectativas em relação ao que sejam comportamentos e resultados corporativos adequados¹³¹.

A terceira linha, e mais uma vez, a que nos parece mais razoável, entende que é normal que uma empresa, instalada em uma sociedade, ao longo do tempo, encontrará um equilíbrio, onde aquilo que é bom para a sociedade também é bom para a empresa.

Essa teoria vai ao encontro da teoria intermediária da responsabilidade social da empresa que presente acima, onde, por ser cíclico, tudo de bom que uma empresa faz para uma sociedade, recebe de volta de outras formas. O que fica claro nos ensinamentos de Jones apud Kreitlon:

Tirar proveito das oportunidades de mercado decorrentes de transformações nos valores sociais, se souber antecipar-se a ele o comportamento socialmente responsável pode garantir-lhe uma

131 KREITLON, Maria Priscilla. A Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial. 2004. Disponível em: <
<http://www.gestaosocial.org.br/conteudo/quemsomos/extensao/gestao-da-responsabilidade-social-empresarial-e-desenvolvimento/bibliografia-complementar/responsabilidade-socioambiental/KREITLON,%20Maria%20Priscila.%20A%20Etica%20nas%20Relacoes%20entre%20Empresas%20e%20Sociedade.pdf>>. Acesso em: 12/10/2016.

vantagem competitiva; uma postura proativa permite antecipar-se a novas legislações, ou mesmo evitá-las¹³².

Ultrapassada a discussão se a empresa possui ou não o dever social, bem como, a melhor forma de exercê-lo, é possível a entender um pouco melhor esta função social, a partir de seus princípios norteadores.

A doutrina enumera vários princípios norteadores para o cumprimento da função social da empresa, o primeiro deles, pode parecer contraditório, mas de suma importância para o equilíbrio, quer seja o Princípio da Dignidade Empresarial. Trata-se do princípio equilibrador, onde há de se buscar, na construção de uma empresa, um equilíbrio entre sua atividade econômica e social, a busca pelo melhor custo x benefício existente nas empresas. Deverão ser sempre pautada pelos preceitos constitucionais e éticos, visando que a atividade da empresa seja sustentável.

Outro princípio norteador da função social da empresa é o Princípio da Boa-Fé Empresarial, segundo o qual, toda a atividade empresarial desenvolvida pela empresa, sobretudo os contratos, a principal forma de negócios empresariais, deverão ocorrer de forma justa. Todas as decisões empresariais deverão acontecer dentro dos limites éticos, sejam eles normativos ou socialmente impostos, pois, o que se busca é um equilíbrio entre o livre mercado e os interesses sociais, e este equilíbrio carece de uma certeza de boa-fé objetiva por parte da empresa.

Há também o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, base dos Princípios Fundamentais, cada vez mais difundido e Constitucionalmente garantido. A aplicação deste princípio no universo em questão decorre da garantia de que uma empresa não deve estar voltada somente para os fins econômicos, mas igualmente ou mais, se importando com seus trabalhadores. Aqui vale ressaltar os ensinamentos de Kant apud Zanoti:

O que tem um preço pode ser substituído por alguma coisa equivalente; o que é superior a todo preço e, portanto, não permite nenhuma equivalência, tem uma dignidade'. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de que ela 'não obedece a nenhuma lei que não seja instituída por ele mesmo'. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto,

¹³² Ibidem. Acesso em: 12/10/2016.

a condição da dignidade do homem e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço [...].¹³³

Além de todos estes ensinamentos doutrinários, há também a previsão de cumprimento da função social, expressamente, em texto de lei. Como é o caso do parágrafo único do artigo 116 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas):

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender¹³⁴.

Na mesma lei, em seu artigo 154 encontra-se: "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa"¹³⁵.

Não há que se falar também em atividade empresarial, sem passar pelo artigo 170 da Constituição Federal. É totalmente possível, ou mesmo, necessário que exista um equilíbrio entre a livre iniciativa da empresa e o cumprimento da sua função social, seja a luz dos princípios já mencionados, ou mesmo do diploma legal acima transcrito.

Neste diapasão, o autor Modesto Carvalhosa tenta evidenciar que deve haver equilíbrio entre os interesses, principalmente diante da determinação expressa na lei de sociedades anônimas:

"Na composição dos diversos interesses imbricados na atividade societária encontram-se os coletivos. Cabe ao administrador proporcionar meios de maximização dos lucros sociais, desde que atendidas as exigências do bem público. Não se trata, pois, de superar o aspecto contratual de lucratividade para levar em conta outros interesses. O que deve nortear a conduta do administrador é

133 ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. A Função Social Da Empresa Como Forma De Valorização Da Dignidade Da Pessoa Humana. 2006. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>>. Acesso em: 11/10/2016.

134 BRASIL. Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 17 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 11/10/2016.

135 Ibidem. Acesso em: 11/10/2016.

a harmonização dos fins sociais com os demais interesses da comunidade.¹³⁶

E continua:

A função social da empresa deve ser levada em conta pelos administradores, ao procurar a consecução dos fins da companhia. Aqui se repete o entendimento de que cabe ao administrador perseguir os fins privados da companhia, desde que atendida a função social da empresa.¹³⁷

Ora, parece claro que a empresa deverá sim procurar a maximização dos lucros, e é este a finalidade da empresa, porém, cumprindo sua função social baseada nos princípios constitucionais pertinentes. Não é possível olhar para a empresa como instrumento exclusivo de bem estar social, sob pena dela deixar de existir, como mostra os ensinamentos de Fábio Konder Comparato:

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo o controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social.¹³⁸

É evidente que não cabe mais às empresas a busca somente pelo lucro, sem qualquer limite. Ao contrário, esta busca hoje, mais do que nunca, deve estar totalmente em equilíbrio com a sua função social, buscando ser uma empresa lucrativa, porém, eficiente no meio em que está inserida. Uma empresa socialmente responsável se preocupará, portanto, com o bem estar dos seus trabalhadores, com a moralidade e com o bom desenvolvimento social do meio onde está inserida.

136 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. vol. 3. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p.281.

137 Ibidem. p.282.

138 COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976, p. 732.

Entretanto, o que se vê hoje em dia, é mais que isso, são empresas se preocupando também com o que está em sua volta, não mais apenas para dentro dos seus muros, mas além deles, o que pode-se chamar de solidariedade, veja os ensinamentos de Mariana Santiago:

A seu turno, o princípio da solidariedade, que sustenta a função solidária da empresa, possui uma conotação diversa, pois agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras. A função solidária da empresa é aquela que traz uma contribuição valorosa para o desenvolvimento social.¹³⁹

Nota-se que não cabe mais a empresa somente cumprir sua função social, mas sim ir além, modificando o meio em que está inserindo, contribuindo para a mudança da realidade da sociedade local e indo além de benefícios apenas aos seus colaboradores diretos, é isso que se espera de uma empresa atenta as mudanças do mundo moderno.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Se por um lado, em sentido lato, existe a busca pelo cumprimento da função social da empresa, por outro lado, em um sentido mais stricto, existe uma possibilidade do cumprimento desta função através do instrumento coletivo, advindo da negociação coletiva. Surge então um novo conceito de negociação coletiva, que deverá também cumprir sua função social.

A função social da negociação coletiva está intrinsecamente ligada à participação dos trabalhadores nas decisões empresariais. É através da negociação coletiva que ocorre de forma mais clara e efetiva a participação dos empregados na administração da empresa, seja sob o ponto de vista econômico, social ou mesmo na criação de melhores condições de trabalho, sendo, claramente uma evolução social.

A negociação coletiva é sem dúvida um importante instrumento e conquista social do trabalhador, reconhecido pela própria Constituição Federal de 1988, in verbis: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de

139 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gagher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/19877/18798>>. Acesso em: 15/10/2016.

sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”140.

Como é possível verificar do próprio texto constitucional, em seu caput, todos os instrumentos elencados no artigo 7º da constituição visam à melhoria da condição social dos trabalhadores, e não é diferente com a negociação coletiva.

Trata-se a negociação coletiva de instrumento democrático e de inclusão do trabalhador nas decisões da empresa. Ela tem a finalidade de colocar um uma mesa redonda os representantes da empresa e dos trabalhadores para encontrarem a melhor solução democrática para cada momento.

Por se tratar de um instrumento social, ela tem a característica flexível, podendo, em determinados momentos, se caracterizar por mais proteção aos direitos do trabalhador, e em outros momentos, atender aos interesses da empresa. É um equilíbrio entre a rigidez da lei, visando a adequação dos interesses de ambas as partes.

Além da Constituição a Consolidação das Leis Trabalhistas também buscou em seu Título VI, estabelecer as regras de negociação coletiva, porém, mantendo sempre a mesma finalidade de garanti-la como instrumento democrático de participação dos trabalhadores na administração da empresa.

Internacionalmente não é diferente, a Organização Internacional do Trabalho, principal órgão de proteção ao trabalho, é um grande incentivador das negociações coletivas, com previsão em sua convenção 163 onde se reconhece que o direito à negociação coletiva deve ser amplo e assegurado a todas as regiões e formas de organização, em qualquer nível sindical, profissional ou empresarial.

Uma das características da negociação coletiva é que de acordo com o texto da Convenção e da própria CLT, a negociação coletiva, pode ser por parte da empresa, ser conduzida por uma única entidade empresarial, porém sob o ponto de vista dos trabalhadores, deve ser, necessariamente representado por entidades profissionais organizadas (organizações de trabalhadores ou sindicatos). Porém, com a aprovação da Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho, a Constituição Federal reconheceu ao sindicato a obrigatoriedade na negociação de trabalho em seu artigo 8º,

140 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível em: < <http://sijut.fazenda.gov.br/netacgi/nph->

[brs?SECT1=SIATW7&d=SIAT&p=1&u=/netahtml/Pesquisa.htm&r=8&f=G&l=20&s5=\(CF000000SN19881005\\$\).CHAT.+E+CN.ORGA.>](http://sijut.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?SECT1=SIATW7&d=SIAT&p=1&u=/netahtml/Pesquisa.htm&r=8&f=G&l=20&s5=(CF000000SN19881005$).CHAT.+E+CN.ORGA.>). Acesso em: 11/10/2016.

inciso VI, in verbis: "VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho"¹⁴¹.

Esta atuação sindical possui várias finalidades, quer sejam, para equilibrar o papel político-social entre a empresa e seus trabalhadores, buscando com a união da força dos trabalhadores equilibrar os poderes. A finalidade de pacificar as relações, buscando no momento da negociação coletiva resolver possíveis divergências entre empresa e trabalhador e até mesmo entendimentos divergentes da própria lei, realizando a chamada "autocomposição".

Porém, a principal finalidade da negociação coletiva, e nosso objeto de estudo é a função social. Esta finalidade se materializa com a obtenção da ampliação de direitos dos trabalhadores, com flexibilizações de direitos favoráveis aos trabalhadores, com garantias de direitos não obrigatórios, mas que efetivam direitos sociais, como exemplo o plano de saúde.

É essencial o entendimento que apesar de buscar garantir a função social deste instrumento, sua principal característica é a de normatização, pois, uma vez realizada a negociação coletiva, seu instrumento, seja ele uma convenção coletiva, realizado entre dois sindicatos, ou mesmo um acordo coletivo, entre uma empresa e um sindicato de trabalhadores, estes instrumentos tem função normativa, inclusive, se incorporando ao contrato de trabalho.

O autor José Claudio Monteiro de Brito Filho comenta esta característica fundamental da negociação coletiva: "Observe-se que de todas estas funções, sobressai a função normativa, pois, no mais das vezes, o principal objetivo da negociação é criar normas e condições de trabalho"¹⁴².

Tal entendimento está esculpido na súmula 277 do TST, senão veja:

Súmula nº 277 do TST

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

141 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 11/10/2016.

142 BRITO FILHO, José Carlos Monteiro de. "Direito Sindical", São Paulo: LTr, 2ª edição, 2007, p. 148.

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.¹⁴³

Além do fenômeno da integralização das normas coletivas ao contrato individual de trabalho, outra característica importante desta súmula é a o da ultratividade da norma coletiva, que se efetiva pela manutenção de um benefício uma vez colocado na norma coletiva só poderá ser modificado ou suprimido através de uma nova negociação coletiva, caso contrário, permanecerá surtindo efeitos.

Esse fenômeno de valorização da negociação coletiva só ocorreu após a Constituição Federal de 1988, até então havia apenas os normativos da CLT sobre o tema, que se limitavam a disciplinar as formas como deveriam ocorrer os acordos e convenções coletivas. Somente com a CF de 88 é que se iniciou um movimento de valorização da negociação coletiva, não mais como apenas uma fase preliminar aos acordos ou convenções, mas sim, a núcleo deles, o momento efetivo da democracia caracterizada pelo diálogo entre trabalhadores e empregador.

Com a nova força normativa dada às negociações coletivas, começam então os debates sobre os limites destas negociações, ou seja, quais seriam os direitos passíveis de serem colocados na mesa de negociação para serem apreciados pelas partes? É possível encontrar várias correntes acerca do tema, mas este artigo irá se limitar neste momento a apenas duas, a primeira que defende a negociação livre e a segunda que defende a negociação regulamentada.

Aqueles que defendem a negociação livre entendem que a autocomposição é a melhor forma de encontrar a solução para os problemas e, portanto, ninguém melhor que um grupo formado pelos trabalhadores para poder escolher os direitos e deveres que melhor lhes atendem. Esta linha geralmente é desenvolvida em países onde não há regras e limites específicos para as negociações coletivas. Os críticos desta corrente afirmam que a negociação sem limites deixa de ser negociação e passa a ser “desregulamentação”.

Já a corrente contrária, defende que os limites da negociação coletiva é a lei, tudo aquilo que já está positivado, sob pena de retrocesso, inclusive social. Para estes, a flexibilização através da negociação coletiva só pode acontecer para ampliar direitos dos

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 277. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 15/10/2016.

trabalhadores ou regular aquilo que ainda não foi regulado, mas, jamais, para retirar direitos já adquiridos pelos trabalhadores ou mesmo relativizar.

Essa discussão vem criando vários debates nos dias de hoje, principalmente na França, país que passa por uma grande crise e que está aplicando uma Reforma Trabalhista. Uma das maiores discussões que está em questão é justamente sobre os limites da flexibilização que se aproxima.

Não muito diferente é o que ocorrerá e já está ocorrendo em nosso país, onde também diante da crise estão sendo propostas medidas anticrise, dentre elas, a reforma trabalhista. Mesmo antes da propositura efetiva de tais medidas, as especulações já se resumem sobre este aspecto, de quais serão os limites para esta reforma, se respeitará o legislado, ou terá força legislativa, transformando a autocomposição em uma força superior à própria lei.

É nesse sentido que cresce cada dia mais o instituto da negociação coletiva, como meio de equilibrar as forças entre as empresas e os trabalhadores, como meio de colocar os trabalhadores, ainda que uma vez por ano, a participar das decisões da empresa, aumentando seus direitos, relativizando outros, em um conjunto de negociações, pautado por grandes debates, chegar a um instrumento democrático, que agrade a ambas as partes e que consiga deixar o trabalhador cada dia mais atendido em suas necessidades dentro do trabalho.

Essa afirmação é defendida por Valentin Carrion ao afirmar que a negociação coletiva:

Permite ao empregado influir nas condições de trabalho, tornando-as bilaterais; atenua o choque social e reforça a solidariedade do operariado; é fonte de direito (Mario de La Cueva) e não tem os inconvenientes da lentidão legislativa, experimentando medidas que poderão tornar-se, no futuro, normas gerais; é uma tentativa nobre de reabilitar a dignidade humana, aviltada pelo individualismo jurídico.; in Valentin Carrion.¹⁴⁴

Ora, nos ensinamentos de Valentin Carrion resta evidente os benefícios da negociação coletiva, como força e conquista da classe operaria, que consegue através deste instrumento conquistar melhores condições de trabalhos, e mais, destaca de forma brilhante o autor, que estas conquistas, se tivessem que ocorrer pela via legislativa, poderia demorar anos até que o direito se efetivasse, diante de sua característica lentidão, sendo

144 CARRION, Valentin. "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", São Paulo: Saraiva, 26ª edição, 2001,p.450.

portanto, um instrumento de grande valia para os trabalhadores a possibilidade de poder pactuar direitos através da negociação coletiva.

Não é surpresa para ninguém que no Brasil não há ainda a cultura de participação diária dos trabalhadores nas decisões das empresas, há ainda a dicotomia clara entre os empresários, que tomam as decisões da empresa, por conhecerem melhor os números e os rumos que a empresa deverá seguir. De outro lado, tem os trabalhadores, que com sua mão de obra, permitem com que esses empresários e suas empresas consigam se alavancar no mercado.

Tem-se então um cenário onde o trabalhador, apesar de ser o instrumento da conquista dos objetivos da empresa, não consegue participar diretamente de suas decisões, por motivos que não serão aprofundados neste momento, mas que parece evidente que não acontece, já que no dia a dia da empresa as decisões cabem aos empresários.

Então não pode-se chegar a outra conclusão, senão a de que a negociação coletiva tem uma função social das mais nobres, quer seja, a de colocar, ainda que durante estas negociações, o trabalhador no papel principal, representado por um grupo de trabalhadores ou por um sindicato, sentam na mesma mesa dos representantes da empresa para negociarem melhores condições de trabalhos, às vezes, porque não, flexibilizam alguns direitos, mas cientes de tudo aquilo que tem conquistado através da negociação coletiva.

A função social da negociação coletiva passa por permitir que o trabalhador, aquele que efetivamente usufrui dos direitos legais a eles destinados, e também aquele que sofre com a falta de legalização de alguns direitos, possa, através dos instrumentos dos acordos coletivos ou convenções coletivas, adquirir uma melhor qualidade de trabalho, o que, como já dito anteriormente, pela via legislativa poderia levar anos, dada a sua lentidão em produzir as leis necessárias ao país.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Buscou-se evidenciar inicialmente que existe uma função social por parte da empresa e que esta é, cada dia mais, uma obrigação, em alguns casos até positivada, como é o caso das Sociedades Anônimas. Tentou-se também demonstra que as negociações coletivas de trabalho também têm sua função social e a vem cumprindo de forma a dar voz ao trabalhador, equilibrando direitos e deveres através deste instituto. Chega-se, então, a conclusão que a negociação coletiva é um grande instrumento para que a empresa exerça a sua função social.

Sabe-se que hoje em dia ser empresário é buscar seus lucros, porém como já foi dito, sem se esquecer de suas responsabilidades sociais, ou seja, obter um lucro de forma sustentável, sem se esquecer da crise atual, das altas cargas tributárias e a competitividade cada vez maior diante de um mundo cada vez mais globalizado.

Tem-se então um novo conceito de empresa que continuará buscando seus lucros mesmo com as dificuldades acima expostas, porém, cada dia mais de forma sustentável, buscando cada vez mais cumprir sua função social, principalmente após a Constituição Federal de 1988, tornou-se necessário que as empresas entendessem melhor sua função na sociedade e dela se apropriasse.

É nesse cenário que com a constitucionalização da negociação coletiva, na nova constituição, em seu artigo 7º, inciso XXVI, que determinou que sejam reconhecidas as convenções e os acordos coletivos: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho"145.

Apesar desta determinação constitucional não estar sendo aplicada na Justiça do Trabalho, o que não será aprofundado neste momento, mas não é possível deixar de citar que, é evidente que procurou o constituinte elevar a negociação coletiva a um novo patamar, dando a ela um destaque muito grande dentro dos direitos dos trabalhadores e sendo claro na sua determinação de que estas deverão ser acolhidas.

Dois pontos certamente chamam a atenção na constitucionalização das negociações coletivas, o primeiro é que deve-se lembrar que ela foi colocada no rol do artigo 7º, onde se encontram os direitos dos trabalhadores, mas mais que isso, onde se encontram os direitos voltados à melhoria da condição social dos operários. Entendeu o constituinte que a negociação coletiva é um instrumento de melhoria da condição social dos trabalhadores, e é fundamental essa percepção para que se possa dar à negociação coletiva, o respeito que o constituinte positivou.

Outro ponto de destaque é que o constituinte, não por acaso, optou pela terminologia "reconhecer". Quis o constituinte dizer que a negociação é fruto de um longo debate entre as partes, trabalhadores e empresa, fruto de uma autocomposição, e principalmente, substrato do melhor interesse das partes, sendo, portanto, dever de todos "reconhece-la".

145 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13/10/2016.

Já havia em outras Constituições, como a de 1934 e 1967 a previsão de reconhecimento dos acordos, mas somente na Constituição de 1988 esse reconhecimento foi alçado à condição de direito fundamental do trabalhador.

Esse alargamento dado à negociação coletiva é tratado por José Augusto Rodrigues Pinto, que ainda ressalta a necessidade de um estudo cada vez maior para que os direitos sociais da negociação se efetivem, in verbis:

No Brasil, depois da Constituição de 1988, que alargou expressivamente o horizonte da liberdade sindical, a Convenção Coletiva se valorizou sobremodo no conjunto dos instrumentos de negociação, experimentando, inclusive, relevantes alterações em sua disciplina legal. Por tudo isso, seu estudo recomenda pormenorização bastante cuidadosa, correspondente em seus aspectos mais polêmicos. Conhecer, saber construir e aplicar, convenientemente, a Convenção Coletiva de Trabalho, passa a ser, então, um caminho seguro para a solução de alguns dos magnos problemas de qualquer sociedade industrial.¹⁴⁶

Nada mais é a negociação coletiva do que um mecanismo de equilíbrio entre os trabalhadores e a empresa, é o retrato da autocomposição, quando as próprias partes conseguem solucionar seus próprios conflitos sem a necessidade de um terceiro, são agentes de suas próprias decisões e isso só pode gerar benefícios às partes.

[...] o processo heterocompositivo, uma vez completo, dará lugar a outra figura jurídica, no seu caso a sentença (ou seu equivalente, o laudo arbitral), capaz de exprimir a solução de autoridade do árbitro ou de chancelar a solução de transigência das partes, com o exato sentido desta última palavra no Direito: ato jurídico pelo qual as partes põem termo a um litígio, mediante concessões recíprocas em torno do objeto litigioso do direito (res litigiosa).¹⁴⁷

Ainda de acordo com José Augusto Rodrigues Pinto: “consiste em aproximar os interessados na solução do conflito (as representações sindicais dos empregados e das

146 PINTO, José Augusto Rodrigues. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 220.

147 Ibidem. p. 180.

empresas, ou estas, diretamente) em volta da mesa de discussão amistosa dos interesses antagônicos”¹⁴⁸.

No que tange a força normativa da negociação coletiva, entende-se como sendo esta a sua finalidade. Tem o dever de gerar direitos e deveres para as partes, devendo estes ser observado tanto pela empresa, quanto por seus empregados, inclusive nas relações individuais de trabalho, uma vez que este instrumento, como já estudado, incorpora ao contrato de trabalho para todos os efeitos.

O autor Arnaldo Sussekind em consonância com essa normatização, afirma:

Como se infere, a convenção e o acordo coletivo de trabalho são, a um só tempo: a) um ato-regra, de caráter normativo, aplicável às empresas e aos empregados que pertençam ou venham pertencer aos grupos representados; b) um contrato, no que tange às cláusulas que obrigam, direta ou reciprocamente, as respectivas partes.¹⁴⁹

Por se tratar de um meio muito mais efetivo, tanto do ponto de vista temporal, quanto de atender aos anseios das partes, a negociação coletiva ao ganhar força normativa, tem o condão de diminuir os litígios entre estas partes, se antecipando aos possíveis conflitos, uma vez que pode se amoldar a cada classe, setor ou mesmo localidade.

Nos ensinamento do professor Amauri Mascaro Nascimento encontra-se o destaque à possibilidade que possui a negociação de

ter maior possibilidade de atender as peculiaridades de cada setor econômico e profissional, ou cada empresa para a qual é instituída. A legislação é geral, uniforme, para toda a sociedade. A negociação é específica para segmentos menores. Permite a auto-regulamentação de detalhes que a lei, norma de ordem geral, para toda a sociedade, não pode nem deve reger.¹⁵⁰

Essa característica de que a negociação coletiva possui um potencial de se amoldar melhor nas situações do dia a dia do que a lei, uma vez que esta é rígida e voltada para um universo muito grande de pessoas, enquanto a negociação é flexível e voltada para grupos específicos, podendo atender de forma bastante específica cada classe, respeitando inclusive características regionais e culturais que a lei jamais conseguiria atingir.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 177.

¹⁴⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.448.

¹⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.308.

Já Maurício Godinho Delgado destaca que a negociação coletiva tem ido muito além de simples função normativa, mas sim, cumprindo um papel econômico, social e político:

De todo modo, a geração de regras jurídicas, que se distanciam em qualidades e poderes das meras cláusulas obrigacionais, dirigindo-se a normatizar os contratos de trabalho das respectivas bases representadas na negociação coletiva, é um marco de afirmação do segmento juscoletivo, que confere a ele (e à negociação coletiva) papel econômico, social e político muito relevante na sociedade democrática. 151

Ora é exatamente estes papéis, dentre outros, que compõem a função social da negociação coletiva pela empresa. A partir do momento em que a empresa consegue realizar uma negociação coletiva justa, com ampla participação, discutindo aspectos econômicos, sociais e políticos, estará, sem sombra de dúvida cumprindo a sua função social.

Em decisão bastante recente, em 08 de setembro de 2016, ao julgar um Recurso Extraordinário, que versava sobre a sobreposição de um acordo coletivo sobre a legislação específica sobre o tema “horas in itinere”, o Ministro Teori Zavascki do Supremo Tribunal Federal, deu validade a norma que retirava dos trabalhadores o direito ao recebimento das horas in itinere, veja um trecho da decisão:

Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.152

A princípio, pode parecer que o Ministro cometeu um atentado ao trabalhador, retirando-lhe direitos já conquistado através da lei, prevista claramente no artigo 58, § 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, que garante claramente o recebimento de horas in

151 DELGADO, Maurício Godinho. Direito coletivo do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 139

152 Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 895.759 / PE. Rel. Ministro Teori Zavascki. Disponível em < <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/STF-acordo.pdf> >. Acesso em: 15/10/2016.

itinere aos trabalhadores que laborem em local de difícil acesso ou não servido de transporte público, e desde que a empresa lhes forneça o transporte.

Mas não, o que fez o Ministro foi justamente dar aos trabalhadores o direito de serem donos do seu próprio destino, de terem o poder de negociar através da negociação coletiva todos aqueles direitos que melhorem se amoldam a sua realidade, e diante disso, poderiam abrir mão de determinados direitos, para conseguir outros que acharem mais benéficos aquela classe, como por exemplo, abrir mão do pagamento das horas in itinere, para, em troca receberem um bom plano de saúde e um bom seguro de vida, sendo o primeiro obrigatório por lei e os demais, facultativo.

Para que esse fenômeno ocorresse, o que Teori usou foi a chamada Teoria do Conglobamento, onde um instrumento coletivo, decorrente de ampla negociação coletiva, não pode ser analisado através de cláusulas individuais, pinçadas, onde se faça a escolha de quais cláusulas "servem" e quais não "servem". Ao contrário, o instrumento coletivo é um documento que deverá ser analisada de forma global, se aquilo que o trabalhador "abriu mão", compensa com aquilo que o trabalhador "adquiriu" com aquela negociação. O instrumento analisado como um todo dará a noção se aquele instrumento, como um todo, é ou não razoável e não somente uma cláusula analisada de forma isolada.

Desta forma sim, conseguir-se-á chegar ao objetivo de transformar a negociação coletiva em um instrumento de personificação da função social da empresa. Terá as empresas, confiança, para transacionar melhores direitos aos trabalhadores diante de decisões como esta que garantem a validade daquilo que foi pactuado entre as partes, legítimas e capazes de se autocomporem.

É preciso também um amadurecimento dos empresários, para que entendam que é na negociação coletiva o melhor momento de ouvir uma voz que muitas vezes ficam distantes das decisões da empresas, mas que tem bons fundamentos que, se bem utilizados, poderiam levar a uma efetividade cada vez maior da empresa.

Se ambos entenderem a força da negociação coletiva, e os terceiros reconhecerem e validarem estes instrumentos, como constitucionalmente previsto, sem dúvida será possível afirmar que este será através da negociação coletiva que a empresa efetivará de forma mais célere sua função social, com efeitos, inclusive, cíclico, dos quais ela se beneficiará.

CONCLUSÃO

A modernidade nos trouxe um novo tipo de relação de emprego, cada vez mais caracterizada pela busca do social. Hoje não é mais possível se analisar uma empresa

apenas pelo que esta é obrigada a oferecer aos seus trabalhadores, o prisma legal, isto já está ultrapassado.

Com a Constituição Federal de 1988, com valores e princípios de um Estado cada vez mais social, com grande preocupação com a efetividade dos direitos individuais e garantias fundamentais, as empresas também tiveram que se adaptar a essa nova realidade.

Encontra-se, então, a efetividade da função social das empresas, onde mais que apenas o lucro, elas também procuram, cada dia mais, dar melhores condições de trabalhos aos seus integrantes, e vai além, nasce também o conceito de solidariedade social, onde a empresa não se compromete apenas com aqueles que ali estão, mas com a sociedade como um todo, transformando o meio em que está inserida.

Contudo, são necessários instrumentos para que ocorra a efetivação dessa função social e solidária, e é nesse diapasão que ganha destaque a negociação coletiva. Através de acordos e convenções coletivas é possível que a empresa ofereça aos trabalhadores, seus familiares, e ao meio em que está inserido, mais do que apenas aquilo que a lei lhe a obriga, propiciando melhor qualidade de vida a esses trabalhadores e à sociedade.

É a negociação coletiva, portanto, um instrumento social, pelas suas próprias características, democrática, autônoma, heterogênea e com grandes garantidos constitucionalmente. É fonte do direito, tem força de contrato, com efeito direto no contrato individual de trabalho, motivo pelo qual, a possibilidade de efetivação social por esse instrumento, tem que ser aproveitado da melhor forma possível, tanto por trabalhadores, quanto pela empresa.

É necessário que, cada dia mais, as empresas busquem a efetivação da sua função social e da solidariedade social, buscando a mudança de vida do seu trabalhador e da sociedade a qual pertence. A negociação coletiva é, sem dúvida, uma das melhores formas para que esta efetivação ocorra.

Com o amadurecimento das relações entre sindicatos, trabalhadores e empresas, a negociação coletiva, principalmente com a decisão recente do Supremo Tribunal Federal, de prevalecer o negociado sobre o legislado, a efetivação dos direitos sociais para os trabalhadores ocorrerá de forma mais rápida e, principalmente, individualizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. A Função Social da Empresa na Sociedade Contemporânea: Perspectivas e Prospectivas. Unimar, Marília, v. 3, p. 141, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://sijut.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?SECT1=SIATW7&d=SIAT&p=1&u=/netahtml/Pesquisa.htm&r=8&f=G&l=20&s5=\(CF000000SN19881005\\$\).CHAT.+E+CN.ORG.A.>](http://sijut.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?SECT1=SIATW7&d=SIAT&p=1&u=/netahtml/Pesquisa.htm&r=8&f=G&l=20&s5=(CF000000SN19881005$).CHAT.+E+CN.ORG.A.>). Acesso em: 11/10/2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 11/10/2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13/10/2016.

BRASIL. Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 17 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 11/10/2016.

BRITO FILHO, José Carlos Monteiro de. "Direito Sindical", São Paulo: LTr, 2ª edição, 2007, p. 148.

CARRION, Valentin. "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", São Paulo: Saraiva, 26ª edição, 2001, p.450.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. vol. 3. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p.281.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Preservação da empresa no código civil. Curitiba : Juruá, 2007, p.139.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976, p. 732.

DELGADO, Maurício Godinho. Direito coletivo do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 139.

GUIMARÃES, Heloisa Werneck Mendes. Responsabilidade Social da Empresa: uma visão histórica de sua problemática. 1984. Disponível em: <http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901984000400025.pdf>. Acesso em: 12/10/2016.

KREITLON, Maria Priscilla. A Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial. 2004. Disponível em: <<http://www.gestaosocial.org.br/conteudo/quemsomos/extensao/gestao-da-responsabilidade-social-empresarial-e-desenvolvimento/bibliografia-complementar/responsabilidade-socioambiental/KREITLON,%20Maria%20Priscila.%20A%20Etica%20nas%20Relacoes%20entre%20Empresas%20e%20Sociedade.pdf>>. Acesso em: 12/10/2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.308.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 220.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n 1p119. ISSN: 2178-8189. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/19877/18798>>. Acesso em: 15/10/2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.448.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. A Função Social Da Empresa Como Forma De Valorização Da Dignidade Da Pessoa Humana. 2006. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>>. Acesso em: 11/10/2016.

CRITÉRIOS DO STJ NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES AMBIENTAIS DE 2010 ATÉ 2022

STEFANE VENTURA DA SILVA:
Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

ISA OMENA MACHADO DE FREITAS¹⁵³

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como intuito abordar os critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para embasar as decisões que concederam a aplicabilidade do princípio da insignificância a algum crime ambiental à luz da Lei nº 9.605/98, no período compreendido entre 2010 a 2022. Estudou-se o princípio da insignificância e sua aplicabilidade no âmbito jurídico brasileiro, bem como quais são os critérios utilizados para a apuração da viabilidade de sua aplicação, segundo a jurisprudência. Apurou-se de maneira sucinta como é a responsabilização criminal pelo cometimento de crime ambiental à luz da Lei de Crimes Ambientais. Buscaram-se no site do STJ os critérios utilizados pelo Tribunal para a aplicação do princípio da insignificância a crime ambiental, no período compreendido entre o ano de 2010 até o ano de 2022. Realizaram-se considerações sobre os resultados alcançados. O método de abordagem teórica utilizado foi o dedutivo, a metodologia de pesquisa foi a jurídica exploratória e documental e a técnica de análise de dados foi a qualitativa. Em conclusão, abordou-se o conjunto de critérios para a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais no período em que o autor se dispôs a investigar.

Palavras-chave: Princípio da insignificância; crimes ambientais; critérios; Direito penal.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O princípio da insignificância e sua aplicabilidade no panorama jurídico Brasileiro; 3 A responsabilização criminal por crimes ambientais a luz da lei Nº 9.605/98; 4 Critérios utilizados pelo STJ para embasar a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais no período entre 2010 e 2022 a partir de precedentes; 4.1 HC 112840/SP; 4.2 HC 148061/SC; 4.3 HC 143208/SC; 4.4 HC 124820/DF; 4.5 HC 128566/SP; 4.6 AGRG NO RHC 32220/RS; 4.7 RHC 33941/RS; 4.8 AGRG NO RESP 1320020/RS; 4.9 HC 178208/SP; 4.10 RESP 1372370/RS; 4.11 RHC 39578/MG; 4.12 RHC 35122/RS; 4.13 RHC 35577/MG; 4.14 RHC 33465/SC; 4.15 AGRG NO RESP 1366185/MG; 4.16 AGRG NO RESP 1263800/SC; 4.17 RHC 71380/SC; 4.18 RESP 1409051/SC; 4.19 AGRG NO HC 313815/SP; 4.20 AGRG NO ARESP 493595/ES; 4.21 AGRGNO RESP1689342/TO; 4.22

¹⁵³ Mestre em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

HC 363350/MG;4.23 AGRG NO RESP 1461563/SC;4.24 AGINT NO ARESP 1269973/GO;4.25 RESP 1770667/RS;4.26 AGRG NO AGRG NO RESP 1815966/PR;4.27 AGRG NO HC 519696/SC;4.28 HC 688248/MS;5 Resultados e discussões ;6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa em tela visa abordar o contexto da aplicabilidade do princípio da insignificância ou da bagatela, como também é conhecido, aos crimes ambientais contemplados pela Lei nº 9.605/98 e a possibilidade de extinção do crime por incidência desse juízo fundamental, conforme o conceito de Reale (1999, p. 60) sobre o que são princípios.

A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) surgiu com a necessidade de se criminalizar especificadamente os autores de crimes que ponham em risco ou que violem o meio ambiente, que é o bem comum do povo, consoante disposição expressa do art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) (BRASIL, [2022a]).

De acordo com o entendimento de Trennepohl (2022, p. 412-413), a nova lei veio suprir lacuna que era utilizada como pretexto para os administradores se esquivarem dos deveres para com o meio ambiente, pautando-se no argumento de que a lei não dispunha de preceitos penais para a tutela do meio ambiente.

Por muito tempo o princípio da insignificância teve sua aplicabilidade indeferida quando se tratava de crimes ambientais, e isso se deve ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que o interesse protegido pela referida lei envolve toda a sociedade e que a despeito que se trate, no caso concreto, de um dano ínfimo, não se pode afastar o requisito da mínima lesividade da conduta (BRASIL, 2018).

Portanto, o principal questionamento a ser sanado é: quais critérios embasaram os julgados do STJ na aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, no período compreendido entre 2010 e 2022?

A presente pesquisa se justifica na intenção de se verificar, ao longo dos julgados do STJ no período compreendido entre 2010 a 2022, quais têm sido os critérios que motivaram a mudança no panorama da aplicação do referido princípio a essa espécie de crimes.

No meio científico, sua relevância é atestada na medida em que, através dos dados aqui colacionados, aperfeiçoa-se o estudo do princípio do direito penal e dos objetos jurídicos tutelados pela lei ambiental.

O objetivo geral do trabalho é identificar quais critérios embasaram os julgados do STJ na aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais entre anos de 2010 a 2022.

Os objetivos específicos são: a) estudar o princípio da insignificância; b) conceituar crimes ambientais à luz da Lei n. 9.605/98; c) verificar quais critérios o STJ usou para aplicar o princípio da insignificância em crime ambiental nos julgamentos do HC 112840/SP, do HC 148061/SC, do HC 143208/SC, do HC 124820/DF, do HC 128566/SP, do AGRG NO RHC 32220/RS, do RHC 33941/RS, do AGRG NO RESP 1320020/RS, do HC 178208/SP, do RESP 1372370/RS, do RHC 39578/MG, do RHC 35122/RS, do RHC 35577/MG, do RHC 33465/SC, do AGRG NO RESP 1366185/MG, do AGRG NO RESP 1263800/SC, do RHC 71380/SC, do RESP 1409051/SC, do AGRG NO HC 313815/SP, do AGRG NO ARESP 493595/ES, do AGRG NO RESP1689342/TO, do HC 363350/MG, do AGRG NO RESP 1461563/SC, do AGINT NO ARESP 1269973/GO, do RESP 1770667/RS, do AGRG NO AGRG NO RESP 1815966/PR, do AGRG NO HC 519696/SC e do HC 688248/MS.

Para alcançar os objetivos acima propostos, a presente pesquisa utiliza a metodologia da pesquisa jurídica na modalidade exploratória e documental, consubstanciada em análise doutrinária, legal e sobretudo jurisprudencial sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância aos chamados crimes ambientais. O método utilizado é o dedutivo e a técnica de análise de dados é a qualitativa.

Os julgados supramencionados que se tem como ponto de partida para avaliar o percurso pelo qual o princípio da insignificância trilhou quando o assunto é sua aplicabilidade aos crimes ambientais foram identificados no sítio do STJ no período compreendido entre os anos de 2010 a 2022.

Nessa prévia pesquisa, observou-se que nos julgados acima especificamente houve a aplicabilidade do princípio objeto de estudo, restando elencar o caminho lógico e sistemático para que o órgão julgador viesse a admiti-lo, ou seja, remanesce o interesse em detectar os critérios fixados.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos, onde será abordado no primeiro o princípio da insignificância e sua aplicabilidade no panorama jurídico brasileiro, ocasião em que serão observadas a quais searas da ciência jurídica o referido princípio é válido.

Seguindo, no segundo capítulo será investigada a responsabilização criminal por crimes ambientais à luz da lei nº 9.605/98, a fim de observar como é o nível de reprovação conferido pelo legislador ao autor de crimes dessa espécie, avaliando-se tanto a quantidade de pena imposta quanto as formas de cumprimento da pena.

O terceiro capítulo cuidará de colacionar os julgados nos quais tiveram aplicação do princípio da insignificância a algum crime ambiental contemplado na Lei nº 9.605/98 pelo STJ, entre os anos de 2010 a 2022. Por fim, o último capítulo cuidará de discutir os resultados encontrados.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE NO PANORAMA JURÍDICO BRASILEIRO

Criado em 1964 pelo estudioso Claus Roxin, sob a ideia do latim *minima non curat praetor*, o princípio da insignificância tal como é conhecido hoje originalmente era chamado de princípio da bagatela, cujo termo também é bastante popular contemporaneamente (BITENCOURT, 2022, p. 121).

A motivação da origem do referido princípio partiu da ideia de que não cabe ao Direito Penal preocupar-se em reprimir uma conduta que não ponha um determinado bem jurídico em efetivo risco, o que gera a desnecessidade de regramento de condutas com baixo potencial lesivo (BITENCOURT, 2022).

Essa análise, na prática, conforme sustenta admiravelmente Bitencourt (2022, p. 121), exige que haja um exame de proporcionalidade do binômio gravidade-drasticidade da intervenção estatal, a fim de se avaliar se uma conduta que tenha subsunção formal a algum tipo penal, de fato oferece lesão ao bem tutelado.

Isso se solidifica a partir de outro princípio do Direito Penal, que é o da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, reservando a sua atenção a condutas que de fato constituam ataque contra bens jurídicos reputados importantes, configurando-se como um mecanismo de limitação do poder incriminador do Estado (BITENCOURT, 2022, p. 104-106).

Embora tal princípio seja reservado ao legislador, ou seja, limitando o poder incriminador do Estado, onde deve ser realizado juízo de conveniência sobre a criação de um tipo penal incriminador, guarda similaridade com o princípio da insignificância, aplicável pelo aplicador da norma penal (órgão julgador), na medida em que uma conduta desprovida de potencial lesivo não pode ser punida.

À vista disso, partindo-se da premissa que o Direito Penal deverá ter sua aplicação limitada, reservando-se a punir condutas cujo grau de reprovabilidade resida em violar um bem jurídico indispensável, é possível afirmar que o princípio da insignificância vem a afunilar mais ainda a aplicação dessa ciência.

Acerca do que vem a ser o princípio da insignificância, Gonçalves (2022, p. 106) entende que, segundo esse princípio, o direito penal não pode se ocupar em punir comportamentos que redundem em lesões mínimas a bens jurídicos, devendo o reconhecimento da atipicidade ser realizado pelo julgador.

Além disso, o referido doutrinador entende que o referido princípio, aplicável especificamente ao Direito Penal, é um corolário do princípio da proporcionalidade, pois a partir do caso concreto deverá ser avaliado se a conduta proferida pelo agente é proporcional ao preceito secundário previsto pela norma incriminadora (GONÇALVES, 2022, p. 107).

Já nas palavras de Nucci (2018, p. 184), o referido princípio se justifica na característica de o direito penal ter caráter subsidiário, e por funcionar como *ultima ratio*, no sistema punitivo, não deve ater sua atenção a bagatelas.

Embora não seja um princípio previsto expressamente na legislação, a jurisprudência cuidou de sua disciplina, notadamente o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Contudo, o princípio da insignificância, consoante expõem Junqueira e Vanzolini (2022, p. 58), teve sua primeira aplicação expressa na ocasião do julgamento do RHC 66.869 pelo STF, ocasião em que o Ministro Relator Aldir Passarinho reconheceu a atipicidade material do crime de lesão corporal culposa decorrente de acidente de trânsito.

Em consulta no sítio do referido tribunal, verifica-se que o primeiro precedente que trouxe de maneira expressa e enumerada os critérios tais como são conhecidos hoje para a aplicação do princípio da insignificância foi o HC 84412, com julgamento em 2004, consoante se observa:

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA [...] CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – ‘RES FURTIVA’ NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) [...] PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na

aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. [...] (BRASIL, 2004, não paginado).

Insta salientar que a partir de então, os critérios norteadores para a aplicação do princípio da insignificância vêm sendo: "a) ausência de periculosidade social da ação; b) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; c) mínima ofensividade da conduta; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada." (GONÇALVES, 2022, p. 107)

Embora pareça ser aplicável a qualquer crime, a depender do caso concreto, quando a conduta importe em não nocividade ao bem jurídico protegido pela norma penal, há certo segmento jurisprudencial nos últimos anos que vem vedando a aplicação do princípio da insignificância a determinados crimes (BITENCOURT, 2022).

A análise que se tem sobre essa situação é de que os aplicadores do Direito Penal estão mais preocupados com a importância do bem jurídico em abstrato protegido pela norma penal incriminadora, do que com a efetiva lesão a tal bem jurídico no caso concreto, criando-se uma espécie de julgamentos muito abstratos e desprovidos de técnica e segurança jurídica (BITENCOURT, 2022).

Tome-se em consideração o exemplo trazido por Bitencourt (2022, p. 123-124): "Por isso, não vemos grande diferença entre um pequeno furto e uma insignificante ofensa a determinado bem jurídico da administração pública, por exemplo (funcionário público que aceita de alguém um modesto brinde de Natal, sem alterar sua conduta)."

Portanto, a aplicação do princípio da insignificância exige meticulosidade da técnica penal para que seja realizada da maneira ideal a análise sobre se a conduta a ser punida é grave ao ponto de merecer a intervenção estatal, com o escopo de se identificar se houve efetivamente uma relevância sob o critério material.

Nesse âmbito, de acordo com os ensinamentos de Bitencourt (2022, p. 125), a interpretação teleológica da norma é indispensável nessa árdua missão, onde os olhos deverão ver muito além do cunho diretivo e formal da norma, estendendo-se ao estudo

valorativo do preceito penal, o que é incompatível com a restrição do princípio da insignificância a determinados crimes.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL POR CRIMES AMBIENTAIS À LUZ DA LEI Nº 9.605/98

Não se encontra no rol dos objetivos do presente trabalho esmiuçar cada uma das espécies de crimes ambientais descritos na Lei nº 9.605/98, somente averiguar de que forma o novo regramento que visa tutelar o meio ambiente valeu-se das sanções penais para a consecução dessa garantia.

Vislumbrando a Lei de Crimes Ambientais, denota-se que seu capítulo V está fragmentado em cinco seções, versando, em ordem, sobre os crimes contra a fauna (seção I), dos crimes contra a flora (seção II), da poluição e outros crimes ambientais (seção III), dos crimes contra ordenamento urbano e o patrimônio cultural (seção IV) e dos crimes contra a administração ambiental (seção V) (BRASIL, [2020]).

Criada em 1998, a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) representou um marco para o direito ambiental brasileiro, porquanto atendeu a anseios normativos remotos por parte do poder legislativo, que viam a necessidade de suprimir lacunas através da positivação de preceitos penais para a tutela do meio ambiente (TRENNEPOHL, 2022, p. 413).

Portanto, o fundamento da ascensão dessa nova lei para tutelar os crimes ambientais originou-se da preocupação do Estado brasileiro com a tutela dos ecossistemas e do meio ambiente em geral, pois percebeu-se que tais bens são coletivos (TRENNEPOHL, 2022), o que é corroborado pelo art. 225 da Constituição Federal:

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. (BRASIL, [2022a], não paginado).

Ademais, o § 3º do artigo supramencionado permite ao legislador infraconstitucional regulamentar sanções penais para coibir práticas nocivas contra o meio ambiente, ao dispor que “[...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 2022a, não paginado).

Com a vinda da Lei de Crimes Ambientais, passou-se a relativizar a característica de *ultima ratio* do direito penal no âmbito do direito ambiental, porquanto se

anteriormente a responsabilização dos autores de infrações ambientais limitava-se à esfera administrativa/cível, a partir de então poderiam responder eventualmente com a restrição de sua liberdade (FREITAS, 2000, p. 27).

Em congruência com os ensinamentos de Freitas (2000, p. 27), se no caso de tutela de bem individual o direito penal é aplicável, com mais razão ainda deve ser aplicado em caso de crimes contra bens coletivos e difusos, mormente no caso do bem tutelado pela norma ambiental, que é um meio ambiente ecologicamente equilibrado que garante a sobrevivência do ser humano. De acordo com o doutrinador:

Agredir ou pôr em risco essa base de sustentação planetária é, socialmente, conduta de máxima gravidade, fazendo companhia ao genocídio, à tortura, ao homicídio e ao tráfico de entorpecentes, ilícitos também associados à manutenção, de uma forma ou de outra, da vida em sua plenitude. (FREITAS, 2000, p. 27).

Portanto, o caminho trilhado pelo conjunto de leis ambientais atual, sobretudo com a vigência da lei de crimes ambientais, denota que a ordem jurídica brasileira não mais se contenta com a mera reparação civil dos danos ambientais, embora seja possível cumular. Com o intuito de que haja implantação de consciência necessária do infrator e mais, para que haja “resposta social ao comportamento ilícito”, são necessários também o sancionamento administrativo e o penal (FREITAS, 2000, p. 28).

O doutrinador Benjamin (2011, p. 22) informa que é crescente e rápida a intervenção do direito penal na proteção do meio ambiente, cuja ação se estende desde a promulgação de leis novas até o fortalecimento de mecanismos para implementação e fiscalização criminal.

Quanto à natureza da responsabilização do infrator, pessoa física ou jurídica, tem-se sedimentado que poderá ser objetiva somente nos casos de responsabilização civil. No caso da administrativa, por exemplo, deve necessariamente ser comprovada culpa ou dolo na ação empregada em desfavor do meio ambiente, o que denota ser de natureza subjetiva, restando consolidado pelo julgamento do EREsp 1.3180.51/RJ pelo STJ (TRENNEPOHL, 2022, p. 418).

No âmbito da responsabilização penal, de acordo com o elucidado por Trennepohl (2022, p. 448), a lei ambiental, especificamente no art. 6º, diz que na ocasião da imposição da pena, a autoridade competente deverá se ater a três fatores mensuráveis, sendo:

A gravidade do fato, onde se afere o tempo de recuperação, irreversibilidade, entre outros fatores a respeito do dano;

antecedentes do infrator, perseguindo as condutas anteriores que permitam ou não o abrandamento da pena; e a situação econômica do infrator, uma vez que determinados grupos seriam incapazes de arcar com elevadas cifras, enquanto grandes conglomerados sequer sentiriam pequenos valores. (TRENNEPOHL, 2022, p. 448).

A lei também menciona a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, no caso de infrator pessoa física, pelo que se denota da leitura do art. 7º da lei de crimes ambientais, desde que a pena em abstrato não exceda quatro anos (TRENNEPOHL, 2022, p. 449).

O art. 14 da lei dispõe sobre as causas atenuantes de pena, com aplicação subsidiária do Código Penal, ao passo que o art. 15 traz as causas que agravam a pena. Os arts. 16 e 17 tratam dos institutos da suspensão condicional da pena e do *sursis* especial. Relativo à causa de aumento de pena em até três vezes, o art. 18 é aplicável quando a multa máxima não se mostrar eficaz (TRENNEPOHL, 2022, p. 451).

Além disso, é importante frisar que o art. 20 da referida lei menciona a necessidade de a sentença condenatória fixar o valor mínimo à título de reparação aos danos ambientais oriundos da infração, tendo como parâmetro a extensão do prejuízo sofrido pelo meio ambiente (TRENNEPOHL, 2022, p. 452).

Já o art. 21 dispõe sobre as penas que são aplicáveis à pessoa jurídica infratora, consistindo em multa, restritiva de direitos – sendo a suspensão parcial ou total das atividades, proibição temporária de estabelecimento, trabalho ou atividade e proibição de contratar e receber subsídios, subvenções ou doações do poder público – e a prestar serviços à comunidade (BRASIL, [2020a]).

À título de arremate, denota-se que a criminalização de condutas nocivas ao meio ambiente decorreu, principalmente, da preocupação do constituinte em garantir a manutenção dos ecossistemas e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, passando a ser crucial a imposição de sanções que transcendam a mera diminuição patrimonial do infrator ambiental.

4 CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO STJ PARA EMBASAR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES AMBIENTAIS NO PERÍODO ENTRE 2010 E 2022 A PARTIR DE PRECEDENTES

Nesta ocasião, a fim de verificar a evolução dos julgados do STJ no sentido de aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais à luz da Lei de Crimes Ambientais, foi realizada pesquisa no *site* do referido Tribunal.

O material objeto de análise corresponde às decisões colhidas no repertório de jurisprudência do STJ, disponibilizadas para consulta no <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. A consulta foi realizada no dia 14 de setembro de 2022, das 08h às 11h.

A busca por acórdãos contemplou as palavras-chave “princípio da insignificância” e “crime ambiental”, resultando em 129 acórdãos, e delimitado o período de tempo entre 01/01/2010 a 01/09/2022.

Considerando que o objetivo do presente trabalho corresponde à compreensão das interpretações do STJ sobre a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais entre os anos de 2010 a 2022, reputou-se adequado excluir os acórdãos que tivessem julgado improcedente a pretensão da aplicação do referido princípio aos crimes sob esse enfoque.

Aplicando o recorte, foram excluídos 101 acórdãos que discutissem sobre a inviabilidade da aplicação prática do princípio da insignificância a algum crime ambiental. A amostra final, portanto, é composta por 28 acórdãos. Passa-se a expor, nesse contexto, as ementas dos julgados procedentes.

4.1 HC 112840/SP

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. PESCA MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE APARELHOS, PETRECHOS, TÉCNICAS E MÉTODOS NÃO PERMITIDOS (ART. 34, PAR. ÚNICO, II DA LEI 9.605/98). PESCA DE, APROXIMADAMENTE, 2 QUILOGRAMAS DE PEIXES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DE PESCADO APREENDIDA. SUPOSTO CRIME QUE CONSISTIU NA UTILIZAÇÃO DE UMA REDE SUPERIOR EM APENAS 50 CENTÍMETROS AO LIMITE ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL MOVIDA CONTRA OS PACIENTES, POR SUPOSTA INFRAÇÃO AO ART. 34, PAR. ÚNICO, II DA LEI 9.605/98.

1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supralegal de tipicidade. [...]

2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 19.04.04).

3. Para incidir a norma penal incriminadora, é indispensável que a pesca com equipamentos proibidos possa, efetivamente, causar risco às espécies ou ao ecossistema; nada disso, todavia, se verifica no caso concreto, em que dois pescadores, utilizando-se de somente uma rede - rede esta considerada ilegal porque superior em 50 centímetros ao limite legalmente estabelecido, como registrado no aresto -, tinham retirado da represa apenas 2 quilogramas de peixes, de espécie diversas.

4. Evidente a atipicidade material da conduta, pela desnecessidade de movimentar a máquina estatal, com todas as implicações conhecidas, para apurar conduta desimportante para o Direito Penal, por não representar ofensa a qualquer bem jurídico tutelado pela Lei Ambiental [...] (BRASIL, 2010a, p. 1-2).

4.2 HC 148061/SC

Habeas corpus (cabimento). Matéria de prova (distinção). Crime ambiental (caso). Antena de telecomunicações (instalação). Licença (deferimento). Estação de rádio (funcionamento). Autorização definitiva (concessão). Princípio da insignificância (adoção).

[...]

5. É penalmente insignificante, dúvida não há, o funcionamento de estação de rádio no período de dois meses entre o vencimento de licença ambiental e a concessão, em definitivo, de nova autorização pela autoridade administrativa.

6. A insignificância, é claro, mexe com a tipicidade, donde a conclusão de que fatos dessa natureza evidentemente não constituem crime.

7. Habeas corpus concedido. (BRASIL, 2010b, p. 1-2).

4.3 HC 143208/SC

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 34 DA LEI N. 9.605/98. AUSÊNCIA DE DANO AO MEIO AMBIENTE. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. TRANCAMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Hipótese em que, com os acusados do crime de pesca em local interditado pelo órgão competente, não foi apreendido qualquer espécie de pescado, não havendo notícia de dano provocado ao meio-ambiente, mostrando-se desproporcional a imposição de sanção penal no caso, pois o resultado jurídico, ou seja, a lesão produzida, mostra-se absolutamente irrelevante.

3. Embora a conduta dos pacientes se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente no caso a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado.

4. Ordem concedida [...]. (BRASIL, 2010c, p. 1).

4.4 HC 124820/DF

PENAL. DANO AO MEIO AMBIENTE (ART. 40 DA LEI N. 9.605/98). CONSTRUÇÃO DE CASA DE ADOBE. [...] ÁREA CONSTRUÍDA. 22 (VINTE E DOIS) METROS QUADRADOS. INSIGNIFICÂNCIA. PROCESSO PENAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA.

[...] 5. O direito penal não é a prima ratio; o dano causado ao meio ambiente decorrente da edificação de casa com 22 (vinte e dois) metros quadrados não ultrapassa os limites do crime de bagatela e pode ser resolvido por meio de instrumentos previstos em outros ramos do Direito Civil.

6. Ordem concedida para cassar o acórdão e restaurar a sentença absolutória. (BRASIL, 2011a, p. 1).

4.5 HC 128566/SP

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE (ART. 40 DA LEI Nº 9.605/95). CORTE DE UMA ÁRVORE. COMPENSAÇÃO DO EVENTUAL DANO AMBIENTAL. CONDUTA QUE NÃO PRESSUPÕS MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É de se reconhecer a atipicidade material da conduta de suprimir um exemplar arbóreo, tendo em vista a completa ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

2. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para reconhecer a atipicidade material da conduta e trancar a Ação Penal nº 002.05.038755-5, Controle nº 203/07, da Vigésima Quarta Vara Criminal da comarca de São Paulo. (BRASIL, 2011b, p. 1).

4.6 AGRG NO RHC 32220/RS

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE DANO AO MEIO AMBIENTE. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Considerando-se a inexistência de lesão ao meio ambiente (fauna aquática), tendo em vista a quantidade ínfima de pescado apreendido com o acusado, deve ser reconhecida a atipicidade material da conduta.

3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2013a, não paginado).

4.7 RHC 33941/RS

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PESCA VEDADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Os denunciados são pescadores de origem simples, amadorista, sendo apreendida apenas uma rede de nylon e nenhum pescado, o que demonstra a mínima ofensividade da conduta. Ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verificando-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente.

2. Recurso ordinário provido para conceder a ordem e determinar o trancamento da Ação Penal n. 5011231-69.2010.404.7200 (Vara Federal Ambiental e Agrária da Subseção Judiciária de Florianópolis/SC), com extensão ao corréu Claudemir Cláudio. (BRASIL, 2013b, p. 1).

4.8 AGRG NO RESP 1320020/RS

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 34 DA LEI N. 9.605/1998. PESCA EM PERÍODO PROIBIDO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM PROTEGIDO PELA NORMA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

1. Esta Corte Superior, em precedentes de ambas as Turmas que compõem a sua Terceira Seção, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando demonstrada, a partir do exame do caso concreto, a ínfima lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma.

Precedentes.

[...]

3. A aplicação do princípio da insignificância (ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas

ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

4. No caso, embora a conduta do apenado - pesca em período proibido - atenda tanto à tipicidade formal (pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora) quanto à subjetiva, na medida em que comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material, pois em seu poder foram apreendidos apenas seis peixes, devolvidos com vida ao seu habitat, conduta que não é suficiente para desestabilizar o ecossistema.

5. Agravo regimental a que se dá provimento a fim de acolher o recurso especial e absolver o agravante em face da atipicidade material da conduta praticada. (BRASIL, 2013c, p. 1).

4.9 HC 178208/SP

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CRIME AMBIENTAL. PESCA MEDIANTE PETRECHOS NÃO PERMITIDOS. MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA A ORDEM EX OFFICIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal.

2. Aplica-se o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade material da conduta, consubstanciada em pescar mediante a utilização de petrechos não permitidos, se foi apreendida a ínfima quantidade de um quilo de peixe, o que denota ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado.

3. Flagrante ilegalidade reconhecida.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, para trancar a Ação Penal nº 996/2005, da Terceira Vara Criminal da comarca de Bauru/SP, cassando, por conseguinte, a sentença condenatória, decisão que fica estendida (art. 580 do Código de Processo Penal) ao corrêu. (BRASIL, 2013d, p. 1).

4.10 REsp 1372370/RS

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 34, CAPUT, DA LEI N.º 9.605/98. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. APLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância deve observar as peculiaridades do caso concreto, de forma a aferir o potencial grau de reprovabilidade da conduta, valendo ressaltar que delitos contra o meio ambiente, a depender da extensão das agressões, têm potencial capacidade de afetar ecossistemas inteiros, podendo gerar dano ambiental irrecuperável, bem como a destruição e até a extinção de espécies da flora e da fauna, a merecer especial atenção do julgador.

2. Na hipótese dos autos, a conduta dos Acusados, consubstanciada na prática de pesca em local interdito pelo órgão competente, não ocasionou expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, já que foram apreendidos apenas petrechos, sem, contudo, nenhum espécime ter sido retirado do rio, o que afasta a incidência da norma penal.

3. Recurso especial provido para absolver o Recorrente em face da atipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância. (BRASIL, 2013e, p. 1).

4.11 RHC 39578/MG

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PESCA EM LOCAL PROIBIDO. ART. 34, CAPUT, LEI 9.605/ 1998. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

1. Recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998, porque teria sido, em 20 de abril de 2012, surpreendido por Policiais Militares do meio ambiente pescando em local proibido pela Portaria IEF n.º 129, de 10 de setembro de 2004, publicado no Diário do Executivo - Minas Gerais, em 11 de setembro de 2004;

2. Nessa ocasião, o Recorrente já havia pescado 10 (dez) peixes, conhecidos popularmente como lambari, totalizando 240 (duzentos e quarenta) gramas de pescado, apreendidos e, posteriormente, descartados.

3. A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente, reconhecendo-se a atipicidade material do fato, é restrita aos casos onde e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Afinal, o bem jurídico tutelado é a proteção ao meio ambiente, direito de natureza difusa assegurado pela Constituição Federal, que conferiu especial relevo à questão ambiental.

4. Verifica-se que se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela a conduta do Recorrente, surpreendido em atividade de pesca com apenas uma vara de pescar retrátil e 240 (duzentos e quarenta) gramas de peixe.

5. Recurso ordinário provido para, aplicando-se o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal n.º 0056.12.012562-2. (BRASIL, 2013f, p. 1)

4.12 RHC 35122/RS

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PESCA COM PETRECHO NÃO PERMITIDO. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI N.º 9.605/98. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente, reconhecendo-se a atipicidade material do fato, é restrita aos casos onde e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Afinal, o bem jurídico tutelado é a proteção ao meio ambiente, direito de natureza difusa assegurado pela Constituição Federal, que conferiu especial relevo à questão ambiental.

2. Verifica-se que se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela a conduta do Recorrente - sem antecedentes criminais, a quem não se atribuiu a pesca profissional ou reiteração

de conduta -, que não ocasionou expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, já que foi apreendido apenas petrecho (rede), sem, contudo, nenhum espécime ter sido retirado do local, o que afasta a incidência da norma penal.

3. Recurso ordinário provido para, aplicando-se o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal n.º 5003126-41.2012.404.7101. (BRASIL, 2013g, p. 1).

4.13 RHC 35577/MG

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PESCA COM PETRECHOS NÃO PERMITIDOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI N.º 9.605/98. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente, reconhecendo-se a atipicidade material do fato, é restrita aos casos onde e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Afinal, o bem jurídico tutelado é a proteção ao meio ambiente, direito de natureza difusa assegurado pela Constituição Federal, que conferiu especial relevo à questão ambiental.

2. Verifica-se que se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela a conduta dos Recorrentes - sem registro de antecedentes criminais nos autos, aos quais não se atribuiu a pesca profissional ou reiteração de conduta -, que não ocasionou expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, já que foram apreendidos, além de alguns artefatos, apenas 1,180Kg (um quilograma e cento e oitenta gramas) de traíra e 1,350Kg (um quilograma e trezentos e cinquenta gramas) de tilápia, o que afasta a incidência da norma penal.

3. Recurso ordinário provido para, aplicando-se o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal n.º 0098852-34.2012.8.13.0056. (BRASIL, 2014a, p. 1).

4.14 RHC 33465/SC

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PESCA VEDADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. O denunciado é pescador de origem simples, amadorista, tendo sido apreendidos apenas três molinetes, três varas e dois bagres, o que demonstra a mínima ofensividade da conduta. Ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verificando-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente.

2. Recurso ordinário provido para conceder a ordem e determinar o trancamento da Ação Penal n. 5000614-16.2011.404.7200 (Juízo Federal da Vara Ambiental da Subseção Judiciária de Florianópolis/SC). (BRASIL, 2014b, p. 1).

4.15 AgRg no REsp 1366185/MG

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 40 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME AMBIENTAL. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. PEQUENO PRODUTOR RURAL. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de ser possível a aplicação do princípio da insignificância em sede ambiental, exigindo, para tanto, a conjugação dos seguintes vetores:

mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso, o Tribunal Regional, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, entendeu que a lesão ao bem jurídico tutelado se revelou praticamente inexpressiva, ressaltando, ainda, que a área desmatada está se recuperando naturalmente.

3. Diante disso, concluiu que a intervenção do Poder Público por meio do direito Penal é desnecessária, considerando que não restou demonstrada a degradação ou risco de degradação de toda a flora

que compõe o ecossistema local - Parque Nacional da Serra do Divisor -, objeto de especial preservação. [...]

5. Cumpre registrar, ainda, tratar-se de pequeno produtor rural que utilizou a área desmatada para fins de sustento de sua família.

Portanto, deve-se realizar, aqui, um juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe seria imposta como consequência da intervenção penal do Estado.

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014c, p. 1).

4.16 AgRg no REsp 1263800/SC

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 34 DA LEI N. 9.605/1998. PESCA EM PERÍODO PROIBIDO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM PROTEGIDO PELA NORMA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

[...]

2. Muito embora a tutela penal ambiental objetive proteger bem jurídico de indiscutível valor social, sabido que toda intervenção estatal deverá ocorrer com estrita observância dos postulados fundamentais do Direito Penal, notadamente dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

3. A aplicação do princípio da insignificância (ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

4. Na espécie, ainda que a conduta do apenado atenda tanto à tipicidade formal (pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora) quanto à subjetiva, haja vista que comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material,

na medida em que o comportamento atribuído não se mostrou suficiente para desestabilizar o ecossistema.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014d, p. 1).

4.17 RHC 71380/SC

PENAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. CRIME AMBIENTAL. MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA.

1. Consoante entendimento jurisprudencial, o 'princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

[...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.'

(HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 2.

Caso concreto que se adequa a esses vetores, possibilitando a aplicação do princípio da insignificância, com reconhecimento da atipicidade material da conduta, consubstanciada em pescar em local proibido (unidade de conservação), porquanto não apreendido um único peixe com os recorrentes, o que denota ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado.

3. Recurso provido para reconhecendo a atipicidade material da conduta, trancar a Ação Penal. (BRASIL, 2016, p. 1).

4.18 REsp 1409051/SC

RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A devolução do peixe vivo ao rio demonstra a mínima ofensividade ao meio ambiente, circunstância registrada no 'Relatório de Fiscalização firmado pelo ICMBio [em que] foi informado que a gravidade do dano foi leve, além do crime não ter sido cometido atingindo espécies ameaçadas.'

2. Os instrumentos utilizados - vara de molinete com carretilha, linhas e isopor -, são de uso permitido e não configuram profissionalismo, mas ao contrário, demonstram o amadorismo da conduta do denunciado. Precedente.

3. Na ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verifica-se a atipicidade da conduta.

4. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta, restabelecendo a decisão primeva de rejeição da denúncia. (BRASIL, 2017a, p. 1).

4.19 AgRg no HC 313815/SP

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. PESCA MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE APARELHOS, PETRECHOS, TÉCNICAS E MÉTODOS NÃO PERMITIDOS (ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA LEI N. 9.605/1998) DE 1 KG DE PEIXE. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRESENTES POSTULADOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

2. Esta Corte tem reconhecido a insignificância de condutas que se amoldariam ao tipo penal descrito como crime contra a fauna aquática, quando a pesca é de pequena quantidade de peixe e, ainda,

que com a utilização de petrechos vedados, em razão da falta de ofensividade ao bem jurídico tutelado. Precedentes.

3. No caso, os pacientes foram acusados de pesca de 1 kg de peixe com petrecho proibido, conduta que se reconhece atípica, pois ínfima quantidade pescada.

4. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2017b, p. 1).

4.20 AgRg no AREsp 493595/ES

REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. EXTRAÇÃO DE UMA ÁRVORE EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA QUE NÃO CAUSOU DANOS AO ECOSISTEMA. ATIPICIDADE MATERIAL DOS FATOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça reconhece a atipicidade material de determinadas condutas praticadas em detrimento do meio ambiente, desde que verificada a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes.

2. No caso dos autos, o recorrido foi denunciado, pois flagrado com motosserra, retirando uma árvore de área de preservação permanente, conduta que não causou perturbação no ecossistema a ponto de reclamar a incidência do Direito Penal, atraindo, portanto, o princípio da insignificância.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2017c, p.1).

4.21 AgRg no REsp 1689342/TO

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A ausência de pescado cumulada com a utilização de instrumentos de uso permitido, como vara de carretilha e isca, demonstram

amadorismo da conduta do denunciado e, portanto, mínima lesividade ao bem jurídico. Precedente.

2. 'Na ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verifica-se a atipicidade da conduta.'

3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2017d, não paginado)

4.22 HC 363350/MG

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PESCA ILEGAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. Os mecanismos de controle social dos quais o Estado se utiliza para promover o bem estar social possuem graus de severidade, constituindo o Direito Penal a *ultima ratio*, de modo que a sua aplicação deve obedecer aos Princípios da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade.

5. Conquanto independentes as esferas, segundo estabelecido no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, a análise acerca da tipicidade está circunscrita à hipótese fática em análise que descreve que os pacientes foram denunciados pela pesca em desacordo com a norma, tanto no que concerne à quantidade (43,1 kg de pescado de espécie nativa da bacia do Rio São Francisco) quanto ao tamanho permitido (2,1 kg de curimba e piau).

6. Embora a quantidade não seja irrisória, [...] não se visualiza, assim, a tipicidade material, ainda que a conduta subsuma à norma (tipicidade formal), dado o grau mínimo de interferência tanto no ecossistema, quanto na ordem social, evidenciando-se a sua atipicidade.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0024552-14.2014.8.13.0515. (BRASIL, 2018b, p. 1).

4.23 AgRg no REsp 1461563/SC

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. SÚMULA N. 83/STJ. AUMENTO A TÍTULO DE CULPABILIDADE DECOTADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A apreensão de apenas uma garoupa cumulada com a utilização de instrumentos de uso permitido, demonstram mínima lesividade ao bem jurídico. Precedente.

2. 'Na ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verifica-se a atipicidade da conduta.'

(REsp 1.409.051/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 28/4/2017).

[...] 5. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2018c, p.1).

4.24 AgInt no AREsp 1269973/GO

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO CONCRETO AUTORIZADORAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua jurisdição constitucional, consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. [...]

2. Estando expressamente consignado, no acórdão proferido pelo Tribunal de origem, que a conduta levada a efeito pelo agente não teve o condão de causar efetivo risco às oito espécimes (canários-da-terra) apreendidas e ao ecossistema, é pertinente a aplicação do princípio da bagatela própria.

3. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2019a, p. 1).

4.25 REsp 1770667/RS

RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 39 DA LEI 9.605/98. CORTE DE ÁRVORES. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ÍNFIMA LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO IMPROVIDO. [...]

2. Sedimentou-se a orientação de que a aplicação do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores, a saber: a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que somente haverá lesão ambiental irrelevante quando, na ponderação entres os desvalores da ação e do resultado, houver ínfimo grau de lesividade da conduta praticada.

4. A inexpressividade da lesão jurídica provocada recomenda a manutenção do acórdão confirmatório da absolvição.

5. A existência de ação penal pela prática do delito do art. 48 da Lei 9.605/98 não obsta, por si só, a incidência do princípio da insignificância, quando inexpressiva a lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora do art. 39 da Lei 9.605/98.

6. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2019b, p. 1).

4.26 AgRg no AgRg no REsp 1815966/PR

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu

reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais. [...]

3. Na hipótese, estão presentes os vetores de conduta minimamente ofensiva; ausência de periculosidade do agente; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva, os quais autorizam a aplicação do pleiteado princípio da insignificância, haja vista o vasto lastro probatório constituído nas instâncias ordinárias.

4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2019c, p. 1).

4.27 AgRg no HC 519696/SC

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. VENDER, EXPOR A VENDA, EXPORTAR OU ADQUIRIR, GUARDAR, TER EM CATIVEIRO OU DEPÓSITO, UTILIZAR OU TRANSPORTAR OVOS, LARVAS OU ESPÉCIMES DA FAUNA SILVESTRE, NATIVA OU EM ROTA MIGRATÓRIA, BEM COMO PRODUTOS E OBJETOS DELA ORIUNDOS, PROVENIENTES DE CRIADOUROS NÃO AUTORIZADOS OU SEM A DEVIDA PERMISSÃO, LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais. [...]

3. Na hipótese, em que o agravante foi flagrado mantendo em cativeiro 4 pássaros da fauna silvestre, das espécimes tico-tico, papa-banana e coleiro, estão presentes os vetores de conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva, os quais autorizam a aplicação do pleiteado princípio da insignificância, haja vista o vasto lastro probatório constituído nas instâncias ordinárias.

4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2020, p. 10).

4.28 HC 688248/MS

HABEAS CORPUS. CRIME DE PESCA PROIBIDA. UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS (ART. 34, P. ÚNICO, INCISO II, DA LEI N. 9.605/1998). NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA. ÍNFIMA LESÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA, MAS CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. O paciente foi preso em flagrante, absolvido pela sentença e condenado pelo acórdão, por estar utilizando somente 12 anzóis de galho, mas nenhum peixe foi pescado ou apreendido em seu poder, tampouco outros petrechos foram encontrados, conforme auto de apreensão constante dos autos, o que configura ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado, a atrair a incidência do princípio da insignificância. [...]

6. Ordem de habeas corpus denegada. Concessão de habeas corpus de ofício, para determinar o trancamento da ação penal movida em desfavor do paciente, em razão da atipicidade material da conduta (arts. 386, III, 648, I e 654, § 2º - CPP). (BRASIL, 2022, p. 1).

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os resultados da pesquisa acerca dos critérios utilizados pelo STJ na aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais entre os anos de 2010 a 2022 podem ser sintetizados da seguinte forma:

Os precedentes HC 112840/SP, HC 143208/SC, RHC 35122/RS, AgRg no RHC 32220/RS, RHC 33941/RS, AgRg no REsp 1320020/RS, REsp 1372370/RS, RHC 39578/MG, RHC 35122/RS, RHC 35577/MG, RHC 334651/SC, AgRg no REsp 1263800/SC, RHC 71380/SC, REsp 1409051/SC, AgRg no HC 3138451/SP, AgRg no REsp 1689342/TO, HC 363350/MG, AgRg no REsp 1461563/SC, AgRg no AgRg no REsp 1815966, HC 688248/MS houveram a aplicação do princípio da insignificância ao crime ambiental previsto no rol do art. 34 da Lei 9.605/98, consistente na pesca proibida.

O critério utilizado para embasar a aplicação foi a ausência de ofensa ao bem jurídico protegido pela legislação penal, qual seja, a fauna aquática e o equilíbrio do ecossistema, seja pela inexpressividade da quantidade de espécies apreendidas, seja pela

incapacidade dos petrechos utilizados serem incapazes de colocar em risco o meio ambiente.

Ademais, desde o primeiro julgado abordado, qual seja, o HC 112840/SP, estendendo-se a todos os outros julgados citados no parágrafo anterior, foram utilizados os vetores da “mínima ofensividade da conduta do agente; ausência total de periculosidade social da ação; ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada”, cuja fixação dos princípios da havia sido inovada pelo STJ no julgamento do HC 84.412/SP, de relatoria do Min. Celso de Mello, DJU 19.04.04 (BRASIL, 2004).

Nesse norte, em todos os julgados referidos, reconheceu-se o desinteresse do Código Penal em punir condutas com baixo potencial lesivo sob o ponto de vista do valor do bem jurídico protegido pela norma ambiental, impondo-se a aplicação do princípio da insignificância, reafirmando a tese de que essa ciência jurídica apenas se reservará a intervir a casos em que haja relevante ofensa ao meio ambiente.

Com relação aos julgados AgRg no HC 519696/SC e o AgInt no AResp 1269973/GO, em que os infratores ambientais foram enquadrados no art. 29 da Lei 9.605/98, consistente em espécie de crime contra a fauna, o entendimento do STJ para a aplicação da insignificância também foi a observância dos vetores da “conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.” (BRASIL, 2020b, não paginado).

Portanto, o critério utilizado foram os vetores acima descritos, e além disso, a quantidade de espécies apreendidas e sua relação com o perigo ao equilíbrio ambiental.

No que diz respeito aos precedentes HC 124820/DF, HC 128566/SP e AgRg no REsp 1366185/MG, que versaram sobre a aplicação da insignificância ao crime previsto no art. 40 da Lei 9.605/98, relativo ao dano à Unidade de Conservação, o STJ entendeu pelo caráter subsidiário do direito penal, e que no caso concreto, os danos não ultrapassaram os limites da insignificância, não devendo ser aplicada a reprimenda de cunho penal, reconhecendo-se a atipicidade material da conduta (BRASIL, 2011a, 2011b).

Acerca do HC 148061/SC, o infrator ambiental teve sua ordem de liberdade concedida em razão da aplicação da insignificância, a despeito do enquadramento formal ao delito do art. 60 da Lei 9.605/98, relativo à ausência de licença para “construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores.” (BRASIL, [2020a], não paginado).

O critério utilizado pelo STJ foi a observância dos preceitos dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da insignificância e do caráter pontual de incidência do Direito Penal, que não deve se ater a condutas materialmente irrisórias (BRASIL, 2010).

Por fim, no que diz respeito ao AgRg no AREsp 493595/ES, o infrator praticou, em tese, o delito previsto no art. 51 da Lei 9.605/98, condizente com a utilização de motosserra em florestas, sem autorização (BRASIL, [2020a]). A tipicidade material foi afastada em razão da observância do critério da ausência de danos ao ecossistema, evidenciada pela presença dos vetores já dispostos acima: “mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.” (BRASIL, 2017, não paginado).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da insignificância é um instituto despenalizador que redundará na absolvição do réu pela ausência de tipicidade material em sua conduta. Ou seja, funciona como um freio para o poder de punir do Estado, sendo desproporcional a sua inquietação em punir condutas penalmente irrelevantes.

No âmbito dos crimes ambientais disciplinados pela Lei 9.605/98, o princípio da insignificância tem aplicação consideravelmente restrita. Conforme visto, isso se dá devido à dificuldade que se tem para mensurar a extensão dos danos ambientais, e também porque o meio ambiente é um direito difuso previsto constitucionalmente no art. 225.

Ademais, foi visualizada de que maneira se dá a responsabilização criminal pelos crimes ambientais previstos na Lei 9.605/98, e sob qual cenário foi sancionada a referida norma, em um contexto carente de defesa dos ecossistemas e do meio ambiente no geral.

Especificamente, se anteriormente à vigência da Lei de Crimes Ambientais, o infrator ambiental só pudesse ser punido na esfera cível e administrativa, com a vinda da nova lei, poderá responder também com sua liberdade.

Além disso, foi realizada pesquisa no *site* do STJ, em busca de acórdãos nos quais tenha sido considerado aplicável o princípio da insignificância a crimes ambientais, e mediante quais requisitos, dentre os anos de 2010 a 2022, resultando em apenas 28 casos levados a julgamento pelo STJ.

Foram observados os critérios utilizados para embasar a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, no âmbito dos julgados do STJ, e chegou-se à conclusão que deverão ser analisados a partir do caso concreto, a fim de evidenciar a atipicidade material ou não da conduta.

Esses elementos somados ao caráter de *ultima ratio* do Direito Penal e ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade foram suficientes para embasar os julgados trazidos à baila, afastando-se a aplicação do preceito secundário da norma.

Em se tratando da fauna aquática e da flora, a título de exemplificação, se no caso concreto houver quantidade irrisória de espécies apreendidas ou desmatadas, somadas às circunstâncias pessoais do infrator ambiental, como no caso do pescador amador ou de agente primário, muito provavelmente serão agraciados com a incidência do instituto despenalizar.

É irrefutável que a análise do cabimento da aplicação da insignificância partirá do senso de justiça e da técnica do órgão julgador, que verificará no caso concreto se a conduta formalmente típica contempla também a tipicidade material.

Nessa perspectiva, a problemática do presente trabalho foi contemplada, elencando-se os critérios utilizados pelo STJ para a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais no período entre 2010-2022.

A pesquisa em evidência mostrou-se de grande relevância para verificar como tem sido a evolução do reconhecimento da insignificância em matéria de Direito Ambiental, o que é de extrema valia para se observar se de fato a Lei de Crimes Ambientais está resguardando a proteção ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN. Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**. v. 14, p. 48 – 82, abr./ jun. 2011. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5337701/mod_resource/content/1/Texto%2001%20Introdu%20ao%20Direito%20Ambiental%20-%20Herman%20Benjamin.pdf. Acesso em: 15 ago. 2022.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus Nº 519696 / SC (2019/0193607-4)**. Impetrante: Defensoria Pública Do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Presidente do STJ, 05 de agosto de 2020. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 10 ago. 2020b. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1963432&num_registro=201901936074&data=20200810&peticao_numero=202000188649&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Agravo em Recurso Especial Nº nº 1269973 / GO (2018/0073149-9)**. Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás. Agravado: Diones Martins Arruda. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, 11 de dezembro de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1 fev. 2019a. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1783652&num_registro=201800731499&data=20190201&peticao_numero=201800652304&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus Nº 688248 / MS (2021/0265655-0)**. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 08 de março de 2022. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 11 mar. 2022. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=2144373&num_registro=202102656550&data=20220311&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso Especial Nº 1770667 / RS (2018/0259473-7)**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Erico Kuiawa. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 19 de março de 2019. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 4 abr. 2019b. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1804664&num_registro=201802594737&data=20190404&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso Especial Nº 1815966 / PR (2019/0153647-2)**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Tiago dos Santos Rocha. Relator: Ministro Jorge Mussi, 22 de outubro de 2019. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 8 nov. 2019c. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1804664&num_registro=201802594737&data=20190404&formato=PDF

uencial=1880405&num_registro=201901536472&data=20191108&peticao_numero=201900633855&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Agravo em Recurso Especial Nº 667.867 - SP (2015/0041944-0)**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Fertimport S/A. Relator: Ministro OG Fernandes, 17 de outubro de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 23 out. 2018a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500419440&dt_publicacao=23/10/2018. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus Nº 363.350 - MG (2016/0188932-1)**. Impetrante: Dalton Fernando Bovo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 08 de fevereiro de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 16 fev. 2018b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1672819&num_registro=201601889321&data=20180216&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Recurso Especial Nº 146.1563 / SC (2014/0144300-4. Recorrente: Roberto Jacobsen Reiser. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 26 de junho de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 01 ago. 2018c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1729430&num_registro=201401443004&data=20180801&peticao_numero=201800303238&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso Especial Nº 1409051 / SC (2013/0338393-8)**. Recorrente: Ederson Gruber da Silva. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 20 de abril de 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 28 abr. 2017a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1592943&num_registro=201303383938&data=20170428&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus 313.815 / SP (2015/0003906-0)**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 21 de setembro de 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2 out. 2017b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1638322&num_registro=201500039060&data=20171002&peticao_numero=201700338097&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Agravo em Recurso Especial Nº 493.595 - ES (2014/0068382-1)**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Vilmar Benedito de Oliveira. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 05 de outubro de 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 6 nov. 2017c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1643778&num_registro=201400683821&data=20171106&peticao_numero=201400141613&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Agravo em Recurso Especial Nº 168.9342/TO**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Sebastiao Pegoraro Monteiro Guimarães. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 05 de dezembro de 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 13 dez. 2017d. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2094279>. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus Nº 71380 / SC (2016/0135224-3)**. Recorrente: Fabiano Teodoro Libardi. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministra **Maria Thereza DE Assis Moura**, 21 de junho de 2016. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 30 jun. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521121&num_registro=201601352243&data=20160630&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma) **Recurso em Habeas Corpus nº 35577 / MG (2013/0034154-4)**. Recorrente: Elias da Silva Soares. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministra Laurita Vaz, 24 de abril de 2014. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 8 maio 2014a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316502&num_registro=201300341544&data=20140508&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus Nº 33465 / SC (2012/0161601-4)**. Recorrente: João Batista Ribeiro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 13 de maio de 2014. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2 junho 2014b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320441&num_registro=201201616014&data=20140602&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 1366185 / MG (2013/0041043-8)**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Donizete Costa do Nascimento. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 12 de agosto de 2014.

Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 21 ago. 2014c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338010&num_registro=201300410438&data=20140821&peticao_numero=201400196450&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso Especial nº 1263800 / SC (2011/0154972-9)**. Recorrente: Daniel Elias de França. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Jorge Mussi, 12 de agosto de 2014. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 21 ago. 2014d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1337958&num_registro=201101549729&data=20140821&peticao_numero=201400129737&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 32220 / RS (2012/0048958-9)**. Relator: Ministro Jorge Mussi, 26 de março de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 4 abr. 2013a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866139894>. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus Nº 33.941 - RS (2012/0207838-7)**. Recorrente: Erondino da Silva. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 11 de abril de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 17 set. 2013b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202078387. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Agravo Regimental em Recurso Especial Nº 1.320.020 - RS (2012/0087668-3)**. Agravante: José Aires Ramos. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Campos Marques (desembargador Convocado do TJ/PR), 11 de abril de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 17 set. 2013c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1213804&num_registro=201200876683&data=20130523&peticao_numero=201200282542&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus Nº 178.208 - SP (2010/0122806-4)**. Impetrante: Ricardo Lourenço Dias Ferro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Maria Thereza de Assis Moura, 20 de junho de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1 set. 2013d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1244737&num_registro=201001228064&data=20130701&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso Especial Nº 1372370 / RS (2013/0062144-8)**. Recorrente: Carlos Alberto Emmanuelli. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Laurita Vaz, 27 de agosto de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 4 set. 2013e. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1258780&num_registro=201300621448&data=20130904&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 39578 / MG (2013/0241325-5)**. Recorrente: Nilceu Carlos Candian. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Laurita Vaz, 05 de novembro de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 19 nov. 2013f. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201302413255. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 35122 / RS (2013/0004163-4)**. Recorrente: Paulo Guimarães Elias. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Laurita Vaz, Ministério Público Federal. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 9 dez. 2013g. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1284564&num_registro=201300041634&data=20131209&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus Nº 124.820 - DF (2008/0284736-3)**. Impetrante: Gildázio Manoel da Silva Júnior. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), 13 de abril de 2011. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 23 ago. 2011a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1058866&num_registro=200802847363&data=20110822&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus Nº 128566 / SP (2009/0026638-8)**. Impetrante: Renato Scott Gutfreund. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. relator: ministro maria Thereza de Assis Moura, 31 de maio de 2011. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 15 jun. 2011b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1065456&num_registro=200900266388&data=20110615&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus nº 112840 / SP (2008/0172886-0)**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 23 de março de 2010. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 03 maio 2010a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8993204&num_registro=200801728860&data=20100503&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). **Habeas Corpus Nº 148.061 - SC (2009/0183534-4)**. Impetrante: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado Do TJ/CE), 13 de abril de 2010. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 23 ago. 2010b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=960884&num_registro=200901835344&data=20100823&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Habeas Corpus Nº 143.208 - SC (2009/0144855-4)**. Impetrante: Roberto Jacobsen Reiser e Outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Ministro Jorge Mussi, 25 de maio de 2010. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 14 jun. 2010c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=976457&num_registro=200901448554&data=20100614&formato=PDF. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 84412 / SP - São Paulo**. Relator: Ministro Celso de Mello, 19 de outubro de 2004. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 19 novembro 2004. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/767015#:~:text=PRINC%C3%8DPIO%20DA%20INSIGNIFIC%C3%82NCIA%20%2D%20IDENTIFICA%C3%87%C3%83O%20DOS,IDADE%20%2D%20%22RES%20FURTIVA%22%20NO>. Acesso em: 14 set. 2022.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 2000.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal: parte geral - Arts. 1º a 120**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

JUNQUEIRA, G.; VANZOLINI, P. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo Saraiva, 1999.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

COTAS RACIAIS: UM INSTRUMENTO SOCIAL PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE E OPORTUNIDADE

ELLEM CRISTINA MARINHO ROCHA:
Bacharelado em Direito pela Estácio de Sá.

JAKELLINE NOGUEIRA PINTO

(coautora)

RESUMO. Este trabalho trata da análise sobre a aplicação das cotas raciais no Brasil. Para isso, estabeleceu-se como objetivo geral compreender a relevância das cotas raciais como instrumento social para a promoção da igualdade e oportunidade no contexto brasileiro. A partir desse propósito, realizou-se uma pesquisa de abordagem qualitativa e objetivo descritivo. Como procedimento para a coleta de dados, adotou-se uma revisão bibliográfica, utilizando-se livros, artigos científicos, dissertações e legislação brasileira sobre o tema. Após análise qualitativa dos resultados reunidos neste estudo, concluiu-se que a ação afirmativa, a exemplo do sistema de cotas, garante que a sociedade ofereça oportunidades para aqueles historicamente excluídos do sistema por causa de sua raça, etnia, renda ou identidade.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Cotas raciais. Igualdade. Oportunidade.

SUMÁRIO. Introdução. 1. Princípio da igualdade, ações afirmativas e cotas raciais. 2. Cotas raciais no Brasil: lutas e resistências. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 positivou diversos direitos, enfatizando a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre todos. Essa permitiu aumentar a efetividade (ou eficácia social) do princípio da igualdade, que é um dos pilares do Estado de Direito. Nesse sentido, é preciso reconhecer e proteger os direitos fundamentais, a partir do aperfeiçoamento do regime democrático (PIOVESAN, 2015).

O princípio da igualdade admite conjunturas em que as pessoas possam ser tratadas de maneiras diferentes. É um meio de aplicar luz e razão às situações essencialmente desiguais existentes na sociedade brasileira. Esse fator de desigualdade social versa sobre a existência de uma correspondência lógica entre a discriminação e o objeto diferencial, que deve estar em conformidade aos princípios constitucionais. Trata-se, portanto, de uma discriminação positiva, conhecida também como ação afirmativa, que visa a concessão de

benefícios para minorias, em um contexto de ações compensatórias, que, estando marginalizadas e excluídas da sociedade, estão em desvantagem social (ROSA, 2014).

As ações afirmativas podem ser entendidas como uma política que objetiva assegurar a igualdade de oportunidades individuais e busca superar todos os tipos de discriminação (ROSA, 2014). Dentre as diversas estratégias de ações afirmativas, destaca-se o sistema de reserva de vagas, que destina um percentual das vagas nas instituições de ensino públicas e privadas para grupos minoritários. Esse sistema de reserva de vagas pode ser entendido como uma política pública compensatória, uma vez que acaba por reparar uma dívida histórica com os grupos que sofrem recorrentemente com a exclusão (ROSA, 2014).

O debate sobre as cotas é intenso e perdura até hoje entre aqueles que defendem o sistema de reserva de vagas como um instrumento de efetivação da igualdade de oportunidades e aqueles que criticam tal sistema, compreendendo-o como uma prática que reforça as diferenças e a exclusão. Diante dessas questões, tem-se como problema de pesquisa a seguinte indagação: Qual a relevância das cotas raciais como instrumento social para a promoção da igualdade e oportunidade no contexto brasileiro?

Relacionado a essa dúvida de pesquisa, o objetivo deste estudo foi compreender a relevância das cotas raciais como instrumento social para a promoção da igualdade e oportunidade no contexto brasileiro. Já os objetivos específicos foram: refletir sobre o princípio da igualdade, as ações afirmativas e as cotas raciais e a constitucionalidade desta; analisar ideias e dados relevantes sobre as cotas raciais no Brasil, especialmente após a vigência da lei; estudar lutas e resistências sobre as cotas raciais no Brasil.

Ao considerar as características e objetivos deste trabalho, elegeu-se, dentro da pesquisa qualitativa, o método descritivo, que visa descrever determinada população ou fenômeno, compreendendo efetivamente as características de um indivíduo, uma situação, ou um grupo, bem como desvendar a relação entre os eventos (GIL, 2007).

A partir desses propósitos, convém destacar que o desenvolvimento da investigação ocorreu a partir de uma revisão bibliográfica e estudo de legislação relacionada ao tema, a fim de dar suporte teórico às discussões e responder ao problema de pesquisa. A revisão bibliográfica foi realizada em bases de dados científicos como periódicos Capes e Scielo. Além disso, foram utilizados livros que trazem doutrina sobre o tema.

Compreende-se que a relevância de estudar este tema se encontra na necessidade de promover uma sociedade onde todos sejam tratados como cidadãos, sendo respeitos

seus deveres e direitos. Nesse sentido, é extremamente importante que os formuladores de políticas e legisladores trabalhem para proteger o uso de políticas de admissão com consciência racial em todo o país. Caso contrário, a desigualdade continuará a persistir e o Estado brasileiro deixará de atender aqueles que mais poderiam se beneficiar.

1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE, AÇÕES AFIRMATIVAS E COTAS RACIAIS

O direito é um instrumento utilizado para garantia da justiça social. Sendo assim, ele sempre deve buscar uma solução para os conflitos que surgem na sociedade. Ocorre que a dinâmica da vida social faz com que, em muitos casos, não exista lei vigente para amparar determinada situação fática. Nesse contexto, os princípios surgem como entes balizadores das normas constitucionais e infraconstitucionais, ampliando a extensão da norma, para que seja sanada essa problemática.¹⁵⁴ Nessa linha, o professor Miguel Reale conceitua os princípios constitucionais:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1986, p. 86).

Assim, na aplicação da lei ao caso concreto, deve-se observar não só a literalidade da lei, pois muitas vezes essa aplicação acaba por cometer injustiças, já que a dinâmica da vida faz surgir diversas situações na qual nem sempre há uma lei adequada ao caso para fazer justiça. Dessa forma, os princípios surgem como entes que orientam a correta aplicação da norma para se fazer justiça. Por isso, sobre os efeitos de sua inobservância, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes

¹⁵⁴ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada como uma verdadeira carta de princípios, que impõe eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais (DIAS, 2021). Os princípios costumam ser definidos como preceitos de um sistema, servindo de base para toda estrutura normativa. Pode-se afirmar que os princípios "são como diretrizes imprescindíveis a configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser (BULOS, 2021).

o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (MELLO, 2000, p. 747-748).

Do exposto, se observa a importância dos princípios jurídicos como entes garantidores dos direitos individuais e coletivos. Sua utilização e aplicação na interpretação da lei para a garantia de direitos é primordial. Sendo assim, sobre a eficácia e utilização dos princípios no direito vale trazer o entendimento de Carlos Eduardo de Freitas Fazolli.

Em primeiro lugar, os princípios têm função normativa. Sendo normas jurídicas, podem ser concretizados e geram direitos subjetivos. Têm, ao lado das regras, função normativa. Em segundo lugar, havendo uma lacuna jurídica, esta pode ser suprida com a utilização dos princípios. Encontramos aqui uma clara função integrativa em face das omissões legislativas. Finalmente, em terceiro lugar, têm função interpretativa, ou seja, condicionam a atividade do intérprete. Nenhuma interpretação pode ser efetivada sem que se leve em conta os princípios jurídicos (FAZOL, 2007, p. 18).

Caracterizada por Ulysses Guimarães como cidadã, a Constituição Federal de 1988, em seu próprio texto inicial, já se apresenta como instrumento de instituição da democracia e com o objetivo de garantir os direitos individuais e sociais. Nesse sentido, a Carta Magna apresenta como fundamentos da República a cidadania e a dignidade humana. A Constituição evidencia, portanto, que o único modo de corrigir desigualdades, que

sempre foram um problema no País, é por meio da Lei Maior, uma vez que determina que os desiguais sejam tratados desigualmente, na medida das duas desigualdades.

Dessa forma, considera-se como diretrizes basilares da República a construção de uma sociedade livre e justa, a garantia do desenvolvimento nacional, o combate e eliminação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades de ordem social e regional e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça, idade, sexo ou qualquer outra natureza (MELO, 2001). Por essa ótica, a Constituição não apenas proibiu, ao menos teoricamente, a discriminação de qualquer ordem, como descreveu como viabilizar a igualização dinâmica e eficaz, enfatizando a necessidade de garantir efetivamente as mesmas oportunidades a todos. Piovesan (2015, p. 31-32) destaca que:

O princípio da igualdade, entre nós, encontra-se expressamente consagrado pela Constituição Federal de 1988 já no seu preâmbulo, juntamente com o pluralismo, e princípios que estão implicados no adequado tratamento jurídico da igualdade ou que estão mais aptos a atender ao que se convencionou chamar de ações afirmativas, dignidade humana, de redução das desigualdades sociais, não discriminação, com valores expressos pelo inciso III do art. 1.º ou os incisos III e IV do art. 3.º da referida norma fundamental.

O Texto Constitucional não afirma apenas que a igualdade entre todos perante a lei, mas também determina que os indivíduos devem ser respeitados conforme suas desigualdades. Melo (2001, p. 88) salienta que:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamento desigual. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferentes plexos de obrigações e direitos.

O princípio da igualdade ou isonomia sinaliza que todos devem ser tratados de forma equiparada pela norma, sendo proibido qualquer forma de discriminação. Esse vem previsto taxativamente na Constituição brasileira de 1988, conforme artigo 5º, inciso I, onde dispõe que homens e mulheres são iguais em direito e obrigações. Porém, na prática, a

literalidade da previsão do princípio da igualdade não é suficiente para fazer justiça em todos os casos, por isso a importância do direito analisar a igualdade nas suas duas formas, dinâmica e literal no texto da lei. A igualdade formal, portanto, é sua interpretação conforme o que consta na legislação. Ela é eficaz para algumas situações ou grupos.

A igualdade material, por sua vez, atua como importante instrumento de alcance de uma igualdade de fato, pois interpretando-a nesse sentido, consegue alcançar seu objetivo, uma vez que observa as diferenças de uma categoria nas quais a lei, em sentido literal, não seria capaz de suprir. Nesse sentido, a aplicação de políticas afirmativas e legislações especiais são um método para corrigir a deficiência legislativa nos direitos da população negra.

Vale ressaltar que essa diferença não é privilégio, se trata de verdadeira justiça para uma minoria que é excluída e sofre com preconceito a cada dia. Prova disso é que ainda não é comum observar negros ocupando grandes cargos públicos, chefias, representação de destaque na área política, enfim, destaque na sociedade. Isso mostra que, há muito tempo, essa etnia vive à margem da sociedade, sem posição ou oportunidade de fala na sociedade.

A vista disso, Ives Gandra da S Martins, Gilmar F Mendes e Carlos Valder Nascimento esclarecem sobre o princípio da isonomia:

O princípio da isonomia, que conforma o direito de igualdade como direito fundamental, basicamente em sua vertente de igualdade de oportunidades, expressa-se pela tradicional expressão: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. Isso significa que a desigualdade de tratamento legal deve ter um elemento de discriminação com fundamento racional, ou seja, que se justifique racionalmente (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012, p. 205).

Assim também, Paulo Lucena de Menezes e Dimitri Dimoulis lecionam (2007, p. 175): “A isonomia pode ser vislumbrada como um conceito comparativo que visa estabelecer um equilíbrio entre os membros da sociedade, de forma a assegurar, mesmo que indireta e parcialmente, a efetivação da ideia de justiça”.

Nesse sentido, dialogando com a concepção de Gomes (2001), entende-se que as ações afirmativas buscam consolidar a igualdade material e a minimizar os efeitos dos

problemas discriminatórios por raça, gênero, etnia, orientação sexual, condição social e compleição física, compreendendo então tanto as manifestações discriminatórias evidentes como as estruturais.

No Brasil, as ações afirmativas despontaram com maior intensidade justamente com a Constituição Federal de 1988, que já estabeleceu uma reserva de “cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (BRASIL, 1988).

No campo educacional, a primeira iniciativa legal se deu por meio do Projeto de Lei nº 1.332/1983 (BRASIL, 1983), que propôs o sistema de reserva de vagas nas universidades para negros. Nos anos seguintes, os debates sobre as ações afirmativas foram intensificados, por meio de proposições legislativas e articulações de diversos movimentos sociais sem resultados práticos.

Depois de inúmeras tentativas de efetivar as ações afirmativas no âmbito da educação, o sistema de reserva de vagas caminhou para a efetivação, quando o Poder Público reconheceu, em 2001, a necessidade de representação dos negros em todas as esferas da sociedade, aprovando o sistema de cotas.

Antes disso, porém, no ano 2000, foi aprovada a Lei nº 3.524/2000, que determinava a reserva de 40% das vagas aos candidatos negros e pardos nas universidades estaduais do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2000) e no ano seguinte, foi promulgada a Lei nº 3.708/2001 do Estado do Rio de Janeiro, que determinava a destinação de 50% das vagas disponíveis nos cursos de graduação de todas as universidades estaduais para estudantes oriundos de escolas públicas (RIO DE JANEIRO, 2001). Também em 2001, o governo paranaense promulgou a Lei Estadual nº 13.134/2001, posteriormente modificada pela Lei Estadual nº 14.995/2006, que assegurava três vagas, em cada uma das cinco universidades estaduais, para membros de grupos indígenas da região (PARANÁ, 2001).

Em 2004, a Universidade de Brasília (UnB) passou a usar o sistema de cotas para negros e índios (MARCHESAN, 2018), sendo a primeira instituição federal de ensino superior a adotar essa ação afirmativa. A Lei Federal nº 12.711/2012, popularmente conhecida como a Lei das Cotas figura como o marco legal das ações afirmativas no contexto educacional. A referida lei determinava que as universidades federais, bem como as instituições federais de ensino técnico de nível médio deveriam destinar em todo processo seletivo, pelo menos a metade do quantitativo total de vagas para estudantes que cursaram, integralmente, o ensino fundamental ou médio, conforme o caso, em escolas públicas (BRASIL, 2012).

Marchesan (2018) complementa afirmando que as políticas de ações afirmativas visam assegurar a igualdade, minimizar e/ou combater a discriminação, beneficiando grupos que são objeto de preconceito sempre que há presença de entraves para a igualdade. A autora comenta, ainda, que a implementação do sistema de reserva de vagas para acesso a instituições educacionais públicas foi uma resposta tardia a um clamor social e objetivava democratizar a oferta e promover equidade no acesso e permanência dos estudantes no ensino público.

Dentre os diferentes tipos de serviços públicos, a rede federal de ensino é a que mais se destaca dentro do paradigma da qualidade. Como resultado disso, o ingresso nas instituições federais é marcado por intensa concorrência, já que a procura é sempre maior do que a oferta, atraindo estudantes oriundos de escolas privadas e promovendo uma desigualdade no acesso, considerando que o sistema público não prepara seus alunos para todo o processo seletivo (BARBOSA, 2018).

Assim, as escolas profissionalizantes que tinham como seu público-alvoprioritário os filhos da classe trabalhadora, passaram a atender alunos oriundos das classes mais privilegiadas. A partir disso, iniciou-se uma “luta pelo acesso a essas instituições por parcelas segregadas da sociedade” (BARBOSA, 2018). É nesse contexto de intensas desigualdades que o sistema de reserva de vagas se apresenta como uma política pública que busca promover a igualdade.

A reserva de vagas, portanto, dentro do contexto das políticas públicas, coloca-se como uma ferramenta de garantia de direitos, mais especificamente, do direito à educação previsto na Constituição Federal de 1988, servindo como mecanismo para a democratização do acesso, uma vez que tenta minimizar as desigualdades educacionais (SANTOS, 2018).

2. COTAS RACIAIS NO BRASIL: LUTAS E RESISTÊNCIAS

A história da vida dos negros no pós-abolição, dentre outras áreas, no que diz respeito a educação, o Estado e o tão pouco a sociedade da época tinham interesse que os negros tivessem uma formação profissional aliada a uma educação de qualidade, por serem considerados uma população/raça inferior. Fora do sistema educacional, uma grande massa populacional de negros foi obrigada a começar a exercer, ainda em idade precoce, atividades menos favorecidas profissionalmente para sobreviver. Uma vez fora do sistema básico de ensino, foram impedidos de acessar o ensino superior (GONÇALVES; AMBAR, 2015).

Segundo Carvalho (2006, p. 91), esse é um panorama que persiste nos dias atuais, sendo poucos os negros nas universidades, e o quadro se agrava quando se examina também o número de docentes negros. As universidades foram constituídas e consolidadas como espaços institucionais brancos e não viam a mínima necessidade de reparação da discrepância sócio-racial. Isso, eventualmente, passa a ter reflexos nas oportunidades de trabalho e de consequente ascensão social.

De acordo com Corrochano (2015), na última década, o Brasil tem visto uma expansão do ensino superior público e privado, permitindo que as universidades atendam a um segmento mais diversificado da população brasileira.

Segundo Gonçalves e Ambar (2015), uma análise da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostra que a expansão da educação faz uma diferença profunda, principalmente no que diz respeito aos critérios raciais. Indica que a participação de negros no ensino superior triplicou na última década, de 10,2% em 2001 para 35,8% em 2011. Em 2011, atingiu 65,7% do total. O ambiente acadêmico geral permanece predominantemente branco. A partir III Conferência contra o racismo, xenofobia e intolerância, realizada em Durban, África do Sul, em 2001, o governo brasileiro tomou medidas para reduzir a desigualdade racial entre negros e brancos no país.

Em 2002, o Congresso Nacional Brasileiro, sob pressão acordo de Durban e dos movimentos sociais antirracista, aprovou a “Lei de Cotas” enquanto instrumento de garantia do acesso ao ensino superior de pessoas relacionadas a grupos desfavorecidos, em especial afrodescendentes e indígenas. Um ano após, criou-se a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR).

No entanto, de acordo com Guimaraes (2008, p. 124), aqueles que defendem a meritocracia se articularam numa ampla corrente contra as cotas raciais, aspecto que esteve presente em inúmeras manchetes de revistas e jornais do país no período. Para esse grupo, todo aquele que se esforça e estuda tem a capacidade de conquistar um espaço na universidade.

Na perspectiva adotada por essa vertente, designar vagas representa a destituição da igualdade entre “todos”, como disposto na Constituição Federal Brasileira de 1988. Esse pensamento compreende que há uma efetiva igualdade entre os indivíduos, tratando-os sem distinção. Nesse sentido, quando as cotas reivindicam critérios coletivos, ao invés de individuais, passam a compreendidas negativamente, enquanto um tipo de discriminação às avessas (BATISTA; FIGUEIREDO, 2020).

As cotas são entendidas por esse grupo como uma maneira de tornar institucional a racialização nos espaços acadêmicos, resultando conflitos raciais inexistente. Nesse sentido, para Fry (2003), antes da aprovação da Lei de Cotas, as universidades públicas era acessadas legalmente mediante a comprovação da capacidade de alcançarem uma determinada pontuação, por meio de uma avaliação que não levava em conta a cor e o sexo dos candidatos. Nessa perspectiva, presença reduzida de negros nas universidades públicas não teria relação com o fator do racismo da referida avaliação, denominada vestibular, mas das dificuldade de aprendizagem enfrentadas nos anos escolares.

No entendimento de Maggie e Fry (2004), a inserção de cotas pode colaborar com a consolidação de duas raças no país e a consequente divisão da nação entre negros e brancos.

Segundo Gonçalves e Ambar (2015), esses argumentos revelam como a classe dominante brasileira, baseada no discurso da meritocracia, enquanto observa as graves violações de direitos humanos, não abidica seus privilégios. As universidades públicas surgiram no país inicialmente para colhere um público proveniente de setores da classe média e da classe dominante, diferentemente do cotidiano de estudantes negros, cuja origem da maioria é proletária.

A Lei de cotas, em 1960 foi criado no Estados Unidos uma lei para tentar amenizar os problemas e principalmente as desigualdades sociais e econômicas entre brancos e negros. No Brasil a Universidade Federal do Rio de Janeiro, nos anos 2000, foi a primeira instituição de ensino superior pública a implementar o sistema de cotas raciais (LEMPERT, 2015).

A Lei 12.711 de 2012, chamada Lei das Cotas, define que as Instituições de Ensino Superior vinculadas ao Ministério da Educação e as instituições federais de ensino técnico de nível médio devem reservar 50% de suas vagas para as cotas. A lei não atinge as instituições de ensino estaduais ou privadas (BRASIL, 2012).

Por meio dessas ações de políticas públicas na tentativa de amenizar o problema social da desigualdade, os governos assumiram compromissos de reverter a situação de abandono e injustiça, foram criados o o Programa Universidade para Todos (PROUNI), Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), Sistema de Seleção Unificada (SISU) e o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES).

O Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) foi criado pelo Presidente Fernando Henrique Cardosos, em 1998, o Programa Universidade para Todos (Prouni), foi criado em 2005, por meio da Lei 11.096, no Governo Luiz Inácio Lula da Silva. O Sistema de Seleção Unificada (SISU), sistema em que os alunos se inscrevem para concorrer com as notas obtidas no ENEM a vagas nas Universidades Federais pelo Brasil, foi implementado no Governo de Luiz Inácio Lula da Silva, no ano de 2010. Todas essas políticas públicas foram criadas para que todos tivessem acesso a uma educação superior gratuita e de qualidade, como previsto na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º - Caput. CF- “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Apesar do caráter reformista do sistema de cotas, não se deve deixar de observar seu aspecto progressista, pois conscientiza e mobiliza politicamente os negros, colocando em risco a secular opressão racial no país (DOMINGUES, 2005, p. 168). Como afirma Guimarães (2003), as cotas foram, até o momento, o único recurso encontrado para responder a essa disparidade.

Silvério (2006)¹⁵⁵ diz que as políticas de ação afirmativa representam políticas sociais compensatórias. Quando se designa políticas sociais compensatórias, afirma-se que são intervenções do Estado em relação às necessidades da sociedade civil, as quais permitem o alcance de direitos sociais, que são cumpridos integralmente pela sociedade. As políticas sociais compensatórias compreendem programas sociais que amenizam problemas causados em grande medida por políticas preventivas anteriores ineficazes ou por conta da permanência de meios sociais exclusivos. Uma As políticas compensatórias também podem ser duração limitada, isto é, elas podem deixar de existir, especialmente com a inexistência de recursos de exclusão social, os quais provocaram a sua origem.

As políticas de ação afirmativa são um mecanismo social com aspectos ético-pedagógicas para os diversos segmentos experimentarem o respeito às diversidades, as quais podem ser étnicas, raciais, de classe, culturais, de orientação sexual ou de gênero. Esse entendimento sobre o direito à diferença considera que as políticas universalistas ou, as políticas raciais em especial, por não perceberem a questão da cor, não conseguem

¹⁵⁵ Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores Negros – ABPN – professor Adjunto do Departamento de Ciências Sociais e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de São Carlos – UFSCar. Coordenador do Núcleo de Estudos Afro-Brasileiro – NEAB/UFSCar.

atender à especificidades dos indivíduos ou grupos vulneráveis, resultando na continuidade da desigualdade de direitos e oportunidades.

A partir disso, surge a compreensão da necessidade de adoção de políticas compensatórias particularistas (ou focais), as quais, levando em conta direito à diferença, passam a compreender os indivíduos ou grupos enquanto sujeitos historicamente situados, que têm origem, etnia, cor, deficiências, orientação sexual, transtornos emocionais e religiões diversas. Além disso, a separação da ideia filosófica moderna, que encarava o ser humano como uma unidade homogênea, pela ideia pós-moderna dos seres humanos que possuem as especificidades relatadas.

O objetivo da ação afirmativa é superar essas contingências e promover a igualdade entre os diferentes grupos que compõem uma sociedade. Como resultado, espera-se o aperfeiçoamento da realidade dos afro-brasileiros, e que estes tenham a possibilidade de pleitearem, por exemplo, o acesso as carreiras, às promoções, à ascensão funcional, revigorado, assim, o incentivo e a capacitação profissional permanentes (SILVA, 2001, p. 11-12).

Em âmbito político, as políticas de ação afirmativa têm como resultado o entendimento de que o esforço para garantir uma igualdade real não deve acontecer apenas por meio da aplicação geral das mesmas normas de direito para todos. Nesse sentido, é necessário que igualdade se concretize também com medidas específicas que atentem para as situações específicas das minorias e de indivíduos que integram segmentos em desvantagem. As políticas afirmativas fazem com que o panorama comecar a integrar transformações positivas e eficazes.

CONCLUSÃO

As cotas raciais são requisitos numéricos para contratação, promoção, admissão ou graduação de indivíduos de um segmento racial. Geralmente, se estabelecem as cotas raciais com forma de reduzir a discriminação racial, abordando a reduzida representação e o racismo que se evidencia em relação a esses grupos ou em oposição à maioria da população desfavorecida. Além disso, as cotas têm sido historicamente utilizadas para cultivar a discriminação contra segmentos minoritários, reduzindo o acesso a instituições relevantes que garantem educação e emprego. Tais cotas podem criadas pelo poder público, com o respaldo de sanções governamentais.

A ação afirmativa é uma dos melhores meios que as instituições têm para garantir a promoção da diversidade e permitir que os excluídos do sistema tenham a chance de ascender socialmente. Nesse sentido, práticas de admissão conscientes da raça continuam sendo relevantes na conquista da equidade racial.

Por décadas, oportunidades de estudo e trabalho foram negadas a pessoas negras. Como resultado, essas permanecem amplamente pouco representadas nas instituições de primeira linha do país. A ação afirmativa combate os efeitos dessa discriminação ao permitir que as instituições sejam mais propositivas na forma como avaliam os candidatos. Nesse sentido, conclui-se que a ação afirmativa, a exemplo do sistema de cotas, garante que a sociedade ofereça oportunidades para aqueles historicamente excluídos do sistema por causa de sua raça, etnia, renda ou identidade.

Compreende-se a necessidade da realização de novos estudos sobre este tema, de tal forma que a compreensão a respeito pela sociedade seja cada vez mais ampliada, pressionando o Estado brasileiro para que aprove políticas públicas capaz de prevenir e reduzir as desigualdades sociais. Nesse sentido, é importante que sejam tratadas com maior profundidade como a discriminação racial colabora com a desigualdade e quais formas efetivas de combate a esse desafio podem ser adotadas na realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Daniela da Conceição Lino. O ingresso de estudantes do sistema público de ensino fundamental na Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica. **Revista Ágora**, v. 3, n. 5, nov. 2018. Disponível em: <http://periodicos.unimesvirtual.com.br/index.php?journal=formacao&page=index>. Acesso em: 27 ago. 20212.

BATISTA, Neusa Chaves; FIGUEIREDO, Hodo Apolinário Coutinho de. Comissões de heteroidentificação racial para acesso em universidades federais. **Cadernos de pesquisa**, v. 50, p. 865-881, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/6v3wNrmrTBrstCln6PNCQsg/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 20212.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CARVALHO, José Jorge de. **A luta anti-racista dos acadêmicos deve começar no meio acadêmico**. Brasília: UnB, 2006.

CORROCHANO, Maria Carla. Jovens trabalhadores: expectativas de acesso ao ensino superior. **Avaliação**, Campinas; Sorocaba, v. 18, n. 1, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/aval/a/ZGDpVRbM3Hmjm3fS3jyXYTb/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 20212.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodvim, 2021.

DOMINGUES, Petrônio. Ações afirmativas para negros no Brasil: o início de uma reparação histórica. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 29, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/g9K3wSLyhKn88LXn3GgJDvc/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 20212.

FAZOL, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios Jurídicos. **Revista Uniara**, 2007, n.20, p. 13 - 29, Publicação Semestral. 2007, p. 18. Disponível em: https://www.uniara.com.br/legado/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf. Acesso em: 10 maio 2022.

FRY, Peter. **A persistência da raça**: ensaios antropológicos sobre o Brasil e a África austral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne. Cotas raciais-construindo um país dividido? **Econômica**, v. 6, n. 1, 2004. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistaeconomica/article/download/34948/20202>. Acesso em: 27 ago. 20212.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da Igualdade**: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Renata; AMBAR, Gabrielle. A questão racial, a Universidade e a (in) consciência negra. **Lutas Sociais**, São Paulo, v.19 n. 34, p. 202-213, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/l/article/view/25767>. Acesso em: 27 ago. 20212.

GUIMARÃES, A. S. **Preconceito racial**: modos, temas e tempos. São Paulo: Cortez, 2008.

GUIMARÃES, Antônio S. Alfredo. **Acesso de negros às universidades públicas**. São Paulo: Cedes, 2003.

LEMPERT, Richard. Ação afirmativa nos Estados Unidos: breve síntese da jurisprudência e da pesquisa social científica. **Sociologias**, v. 17, n. 40, p. 34-91, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/R3s9kfhg6ZR3B7TjzsXWD4p/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 10 set. 2022.

MARCHESAN, Francieli. **Ação Afirmativa para a Agricultura Familiar**: uma avaliação da política pública implementada pelo Campus Concórdia/IFC para acesso ao curso Técnico em Agropecuária. 2018. 166 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) - Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional – PROFIAP, Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Curitiba, 2018. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/3861>. Acesso em: 10 set. 2022.

MARTINS, Ives Gandra da S.; MENDES, Gilmar F.; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502143869/>. Acesso em: 05 maio 2022.

MELO, Mônica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 6, n. 25, p. 79-100, out./dez., 2001. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=O+princ%3%ADpio+da+igualdade+%3%A0+luz+das+a%3%A7%C3%B5es+afirmativas%3A+o+enfoque+da+discrimina%3%A7%C3%A3o+positiva.+Cadernos+de+Direito+Constitucional+e+Ci%3%AAncia+Pol%3%ADtica&btnG=. Acesso em: 10 set. 2022.

MENEZES, Paulo Lucena de. Igualdade. *In*: DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 175.

PINHEIRO, Ester. Há 13 anos no topo da lista, Brasil continua sendo o país que mais mata pessoas trans no mundo. **Brasil de fato**, jan. 2022. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/01/23/ha-13-anos-no-topo-da-lista-brasil-continua-sendo-o-pais-que-mais-mata-pessoas-trans-no-mundo>. Acesso em: 10 set. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROSA, Chaiane de Medeiros. Políticas afirmativas para acesso à educação superior brasileira: história e embates. **Plures. Humanidades**, Ribeirão Preto, v.15, p. 52-70, 2014. Disponível em: <http://seer.mouralacerda.edu.br/index.php/plures/article/view/111>. Acesso em: 10 set. 2022.

SANTOS, Danielle de Sousa. **Democratização do acesso ao ensino médio integrado no IFSP**: o contexto da implementação da Lei de reserva de vagas. 2018. 232f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, 2018. Disponível em: <https://1library.org/document/y4964x9z-democratizacao-acesso-ensino-medio-integrado-contexto-implementacao-reserva.html>. Acesso em: 10 set. 2022.

SILVA, Petronilha Beatriz; BARBOSA, Lúcia. **Pensamentos Negros em Educação**: expressões do Movimento Negro. São Carlos: EdUFSCar, 2001.

SILVÉRIO, Valter Roberto. O lugar da política de ação afirmativa na construção de um novo regime de representação negro-africano no Brasil. **Revista Educação e Políticas em Debate**, v. 11, n. 1, p. 30-46, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/REPOD-v11n1a2022-64897>. Acesso em: 10 set. 2022.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei 1.332, de 14 de junho de 1983**. Dispõe sobre ação compensatória, visando a implementação do princípio da isonomia social do negro, em relação aos demais segmentos étnicos da população brasileira, conforme direito assegurado pelo artigo 153, parágrafo primeiro, da Constituição da República. Brasília, 1983. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=190742>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República,

2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 09 set. 2022.

ESTADO DO PARANÁ. **Lei n. 13.134, de 18 de abril de 2001**. Reserva 3 (três) vagas para serem disputadas entre os índios integrantes das sociedades indígenas paranaenses, nos vestibulares das universidades estaduais. Diário Oficial [do Estado do Paraná], Paraná, 19 abr. 2001. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-13134-2001-parana-reserva-3-tres-vagas-para-serem-disputadas-entre-os-indios-integrantes-das-sociedades-indigenas-paranaenses-nos-vestibulares-das-universidades-estaduais>. Acesso em: 09 set. 2022.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Lei n. 3.524, de 28 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais e dá outras providências. Diário Oficial [do Estado do Rio de Janeiro], Rio de Janeiro, 29 dez. 2000. Disponível em: [https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/90839/lei-3524-00#:~:text=disp%20sobre%20os%20crit%20rios%20de,providencias%20ver%20t%20pico%20\(95%20documentos\)&text=m%20a%20em%20institui%20a%20rede,munic%20adpios%20e%20fou%20do%20estado](https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/90839/lei-3524-00#:~:text=disp%20sobre%20os%20crit%20rios%20de,providencias%20ver%20t%20pico%20(95%20documentos)&text=m%20a%20em%20institui%20a%20rede,munic%20adpios%20e%20fou%20do%20estado). Acesso em: 09 set. 2022.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Lei n. 3.708, de 09 de novembro de 2001**. Institui cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a Universidade Estadual do Norte Fluminense e dá outras providências. Diário Oficial [do Estado do Rio de Janeiro], Rio de Janeiro, 13 nov. 2001. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-3708-2001-rio-de-janeiro-institui-cota-de-ate-#:~:text=institui%20cota%20de%20at%2040,fluminense%20e%20d%20outras%20provid%20ancias>. Acesso em: 09 set. 2022.