BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 998

(Ano XIII)

(23/01/2021)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2021

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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.*

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

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

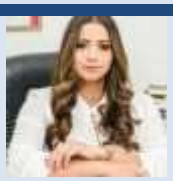
Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Aspectos legais e psicológicos da alienação parental:
Agnes Laís de Oliveira dos Anjos, 05.

ARTIGOS

As novas dinâmicas do comércio eletrônico e a sua aplicação no Código de Defesa do Consumidor
Josiane de Oliveira Santos, 08.

Concorrência desleal ou parasitária
Anamaria C Mariano Gonzaga, 26.

A desistência da adoção em meio ao estágio de convivência e a possibilidade de reparação civil
Geisiane Pereira da Rosa Benetti, 28.

Responsabilidade civil: a harmonia entre o desenvolvimento econômico, inovação e o direito à proteção de dados
Bárbara B. A. Cardoso e Alan R. de Paiva, 68.

Da possibilidade da legítima defesa do meio ambiente
Rosane Santos Alvarenga, 101.

A Justiça Negociada Brasileira e os Reflexos do Acordo de Não Persecução Penal
Anne Caroline Novaes De Assis, 128.

Aplicação do instituto da função social como meio de assegurar o direito de propriedade
Guilherme Correia Soares Costa, 145.

O direito aduaneiro e a criminalização de ilícitos praticados por particular contra a Administração Pública: o descaminho e contrabando
Jhenyffer Assis de Oliveira, 163.

O instituto jurídico do contrato estimatório inaugurado pelo Código Civil de 2002
Lauany Jesus Farães dos Santos, 181.

A Lei 4.717/65 – Lei da Ação Popular
Marcela Mitiura Vitale, 190.

Da comoção social a presunção de culpa. Os impactos da midia na legislação penal contemporânea.
Antonio Wilton da Silva, 205.

Herança digital no Brasil: aplicabilidade do direito sucessório quanto aos bens digitais
Marcelo de Sousa Machado, 220.

Direito do Consumidor x Interesses Econômicos
Cleidmar Avelar Santos, 249.

Evolução da Jurisprudência sobre o Novo Modelo de Controle de Ponto por Exceção à Jornada Regular de Trabalho Instituído pela Lei 13.874/2019.
Saulo Faria de Oliveira, 278.

Um filho, duas heranças: a possibilidade de o filho participar da sucessão de bens do pai biológico e do pai socioafetivo
Tulio Barros Nascimento, 300.

Consensualidade administrativa: contornos teóricos e práticos
Mateus Oliveira Teixeira, 323.

Dispensa discriminatória do empregado portador de doença grave
Marcos Scalercio, 345.

Considerações sobre a ação popular constitucional
Marcela Mitiura Vitale, 362.

A violência como fonte de audiência. Um debate sobre a história das punições publicas
Antonio Wilton da Silva, 378.

Animais como sujeitos de direitos e a possibilidade de atribuição de personalidade jurídica: análise voltada ao âmbito familiar
Sarah Fernanda Santana Dias e Débora da Cruz Cardoso, 391.

Aspectos práticos e polêmicos do procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho.
Marcos Scalercio, 406.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Métodos Adequados de Solução de Conflitos: uma nova saída para resolução de controvérsias
Luciana Costa Estêvão, 425.

Quando a mídia é quem condena reflexões sobre o direito a privacidade e a liberdade de expressão.
Antonio Wilton da Silva, 436.

O princípio da proteção ao trabalhador como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana
Camilla Gambarra Moreira, 452.

Aspectos da responsabilidade civil do município na contratação emergencial de obra pública
Mateus Oliveira Teixeira, 471.

MONOGRAFIA
A exposição virtual íntima não consentida da mulher
Winnie Sousa Cruz, 494.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ASPECTOS LEGAIS E PSICOLÓGICOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

AGNES LAÍS DE OLIVEIRA DOS ANJOS:
Advogada. Pós-Graduada. Representante da OAB no Conselho de Defesa do Consumidor – CONDECON – e representante da OAB na Comarca de Pedra Preta – MT.

Quando nos referimos a alienação parental, trazemos à tona o nome para um problema que ocorre há séculos. Desde que existe o conceito de 'família', é comum nos depararmos com situações nas quais, após o término do relacionamento conjugal, as partes da estrutura familiar readéquam rotinas para que o vínculo familiar e afetivo permaneça inalterado. O instituto 'família' é formado através de um laço, que ultrapassa o traço consanguíneo, e é formado principalmente por afeto.

Não é recente a prática do ato de alienação parental, mas através dos estudos do Dr. Richard Alan Gardner, um psiquiatra americano que a definiu como uma síndrome de desordem psiquiátrica, um transtorno no comportamento infantil, fruto da ação abusiva de um de seus genitores e da lei 12.318/2010, podemos nomear este ato que além de ser antigo, traz diversos prejuízos aos envolvidos, principalmente aos filhos alienados (vítimas desse abuso).

Então, entende-se que alienação parental é qualquer ato que interfira direta ou indiretamente na formação psíquica da criança e do adolescente, sempre sendo promovida por um dos genitores (pai ou mãe), avós ou por familiares que tenham a criança ou adolescente sob sua vigilância, guarda, ou responsabilidade, com a intenção de criar um vínculo de ódio/rejeição a um dos genitores ou causar prejuízo no relacionamento com este.

A base familiar, primordial na vida de qualquer ser humano, além de ter proteção do estado, tem grande importância no desenvolvimento e vida de qualquer criança e adolescente. Entretanto, sabemos que infelizmente, nem sempre é possível manter a união de um casal através do sagrado matrimônio (aliás, hoje em dia isso nem se faz necessário, sendo plenamente aceitável que cada um seja livre para fazer suas escolhas e construir sua base familiar como lhe convenha), advindo com isso, a separação entre os genitores, que, na maioria das vezes traz consigo a tristeza pelo fim, o sofrimento, rancor, dentre outros sentimentos difíceis de serem controlados por quem passa por isso.

Agora, chamemos atenção para os filhos, frutos deste relacionamento amoroso que chegou ao fim, e que, ao terem ciência de que seus pais não possuem o mesmo carinho e sentimento um pelo outro, se veem diante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de uma separação, e também sofrem com o fato, não sendo raras às vezes em que necessitam de ajuda profissional para conseguirem lidar com tal situação.

Infelizmente, alguns pais (alguns), usam os filhos como moeda de troca. Considerando o sentimento negativo que possuem em relação ao antigo parceiro amoroso, transferem este sentimento de rejeição para a criança e/ou adolescente, fazendo com que este, cresça nutrindo sentimento de mágoa frente a um dos genitores.

Isso se traduz em uma grande irresponsabilidade e imaturidade do genitor alienante, que pode trazer diversos prejuízos para o filho, por não conseguir manter uma relação de respeito com o ex companheiro.

Ao se analisar profundamente o ato da alienação parental, pode-se chegar a conclusão de quão maldoso é fazer com que o filho nutra sentimentos tão enraizados e profundos de negação frente a um de seus genitores, e o quanto isso pode lhe influenciar futuramente, talvez, fazendo com que se torne um adulto com diversos problemas, medos e angústias, trazendo traumas que poderiam ser evitados na infância.

Considerando os aspectos legais, no que tange os direitos fundamentais da criança e do adolescente não podemos deixar de mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é o grande responsável por resguardá-los, e estabelece em seu bojo os deveres quanto aos filhos menores.

É cristalino que ambos os pais possuem obrigações e direitos perante seus filhos, devendo cada qual cumprir com seu papel, inclusive, fazendo valer o direito do filho poder conviver com ambos genitores de forma amorosa sem que lhe cause qualquer tipo de angústia. Tratam-se de direitos inerentes a dignidade da pessoa humana em poder conviver no seio da sua base familiar e garantir seu pleno desenvolvimento de forma sadia, além de lhe assegurar o direito a inviolabilidade de cunho psíquico e moral.

Ao abordarmos o lado psicológico, é visível que crianças e adolescentes que sofrem com alienação parental apresentam na maioria das vezes quadros depressivos, ansiosos, sentimento de insegurança, sofrimento constante, atitudes antissociais, e angústia, tais como dificuldade de relacionamento com outras pessoas e agressividade, sendo comum encontrá-las com desejos e impulsos que lhes façam cessar a dor que sofrem, com impulsos tóxicos e por vezes suicidas, pois se sentem usadas e rejeitadas, e por diversas vezes, não conseguindo se sentirem aceitas pela sua 'família' (estrutural) e sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda, considerando todo o exposto, chegamos a conclusão que condenar o filho a afastar-se da convivência familiar e comunitária é triste, maldoso, infamante, é uma violência sem fronteiras, sem parâmetro. Roubar do próprio filho o direito a convivência familiar, a convivência com o genitor alienado e a sua família é declaradamente promover guerra imaginária, uma lavagem cerebral, é matar a referência de uma vida inteira. Destruir concepções de nascimento a morte. É flagrante a violência sofrida pelo filho e pelo genitor que sofre com isso, alienados, e vítimas de tal crime, ambos não conseguindo desenvolver um relacionamento saudável.

Lembre-se que, uma vez constada a alienação judicial, é possível ingressar judicialmente para que sejam realizados estudos psicossociais, bem como para resguardar o direito do genitor alienado e da criança e/ou adolescente vítima de tal ato, para que estes, possam ter regulamentado de forma legal e saudável, a convivência entre as partes.

Quem pratica a alienação parental não pode deter a guarda exclusiva do filho, e também pode sofrer sanções disciplinares, tais como:

- Ser advertido;

- Ter ampliado o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

- Ter que pagar multa;

- Ter determinado acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

- Ter determinado a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

- Ter declarado a suspensão da autoridade parental. (dentre outros)

O objetivo de tal ação consiste em preservar o direito fundamental da convivência familiar saudável, preservando-se o afeto devido nas relações entre filhos e genitores no seio do grupo familiar, evitando violências e abusos cometidos por um dos genitores, portanto, sempre que presenciar tal situação, onde ocorra alienação parenta ou indício de tal conduta, procure um advogado da sua confiança ou o conselho tutelar mais próximo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS NOVAS DINÂMICAS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A SUA APLICAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

JOSIANE DE OLIVEIRA SANTOS: curso de Direito - IESB Instituto de Ensino Superior

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)[1]

RESUMO: O notável crescimento das compras online exigiu a criação de novas legislações que atendessem essa nova modalidade de comércio, patrocinado pelas lojas virtuais que tomaram conta das redes de internet. Usando a metodologia de pesquisas em livros, revistas e sites especializados, foram analisadas as legislações mais relevantes em relação ao comércio eletrônico, como o Código de Defesa do Consumidor que por si só já garantia proteções ao comércio online, haja vista que as transações comerciais virtuais estão sujeitas às mesmas condições regulamentadas para o comércio realizado em lojas físicas, já que se diferem apenas por serem realizadas remotamente com uso de sites, plataformas digitais e aplicativos específicos de compras. Porém, algumas peculiaridades como características do produto, qualidade, prazo de entrega, garantias, propaganda enganosa e estelionatos virtuais exigiram uma legislação dinâmica que atendesse as demandas de problemas apresentados nas compras online. Ao longo dessa pesquisa são citadas e analisadas diversas leis que vieram após o Código de Defesa do Consumidor com o intuito de regulamentar o comércio eletrônico e dar amparo às relações comerciais virtuais, protegendo fornecedores, empresas e em especial os consumidores considerados a parte mais frágil nessa relação comercial.

Palavras-chave: Comércio eletrônico. Virtual. Consumidor.

ABSTRACT: The new dynamics of electronic commerce and its application in the consumer protection code. The remarkable growth in online shopping required the creation of new legislation to meet this new type of commerce, sponsored by virtual stores that took over the internet networks. Using the research methodology in books, magazines and specialized websites, the most relevant legislation in relation to electronic commerce was analyzed, such as the Consumer Protection Code, which in itself already guaranteed protections to online commerce, given that virtual commercial transactions they are subject to the same regulated conditions for trade in physical stores, since they differ only in that they are carried out remotely using websites, digital platforms and specific shopping applications. However, some

1 Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

peculiarities such as product characteristics, quality, delivery time, guarantees, misleading advertising and virtual fraud required a dynamic legislation that would meet the demands of problems presented in online shopping. Throughout this research, several laws that came after the Consumer Protection Code were cited and analyzed in order to regulate electronic commerce and provide support for virtual commercial relations, protecting suppliers, companies and especially consumers, considered the most fragile part in this business relationship.

Keywords: Electronic commerce. Virtual. Consumer.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceituando o Comércio Eletrônico (e-commerce). 3 Definindo o consumidor. 4 Marco civil da internet no Comércio Eletrônico. 5 Proteção do consumidor no e-commerce e as normas aplicáveis. 6 Oferta. 7 Publicidade enganosa. 8 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico no Brasil é conhecido como comprar pela internet, porém esse tipo de comércio é muito mais que isso. O comércio eletrônico abrange as mais diversas transações comerciais de compra e venda que envolvem todo tipo de relação comercial que vão desde compra e venda de produtos no comércio varejista às relações comerciais de importação e exportações industriais, seja de seus produtos acabados, seja de matéria prima que fazem parte de uma cadeia produtiva.

Essa pesquisa foi direcionada ao comércio eletrônico no Brasil, relacionando e retratando as dificuldades apresentadas nesse tipo de comércio, principalmente no tocante às legislações, haja vista que por se tratar de um tipo de transação relativamente nova, as legislações vêm sendo adaptadas conforme as necessidades.

O objetivo dessa pesquisa é explorar e evidenciar as mudanças exigidas nas legislações, adequando-as para o comércio eletrônico, tomando como base o Código de Defesa do Consumidor, já que na prática as relações comerciais são as mesmas que o comércio tradicional presencial, onde os elementos essenciais para que ocorra são o vendedor, a mercadoria e o consumidor. No comércio online a presença física é substituída por plataformas digitais e sites especializados para esse fim. No primeiro capítulo dessa pesquisa é feito uma definição do comércio eletrônico analisando o conceito mais adequado para as compras online e nas próximas etapas são pontuadas as legislações mais importantes relacionadas ao comércio eletrônico, também conhecido como e-commerce. Dentre as legislações pesquisadas, destaca-se o Decreto 7.962 em 2013 e o Marco Civil da internet em 2014. Os capítulos finais dessa pesquisa também destacam as leis de proteção do e-commerce, pontuando também a propaganda enganosa, onde são apresentadas as principais leis que protegem o consumidor em complementos às leis já previstas pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Código de Defesa do Consumidor mesmo antes do surgimento e expansão das compras online. Por fim, na conclusão é apresentado um contexto geral dessa pesquisa, enfatizando as mudanças ocorridas na legislação no decorrer do tempo.

2 CONCEITUANDO O COMÉRCIO ELETRÔNICO (E-COMMERCE)

O comércio eletrônico, também conhecido como e-commerce já a algum tempo faz parte da sociedade. As inovações tecnológicas principalmente no tocante ao aumento da comunicação pela internet propiciaram o surgimento e o aumento veloz desse tipo de relação comercial, já que respeitadas as restrições tem agilizado as negociações facilitando para o vendedor e o consumidor.

No Brasil o comércio eletrônico surgiu basicamente em meados da década de 1990, primeiramente abrindo espaço para o meio empresarial, que viram nesse tipo de relação uma grande oportunidade comercial, sendo a livraria virtual Amazon.com uma das primeiras a utilizar esse tipo de comércio.

Como já relatado na introdução desse trabalho, o comércio eletrônico aqui no Brasil basicamente são as relações do comércio varejista, ou seja, as relações de compra e venda realizadas pela internet. Portanto, pode se definir o comércio eletrônico como qualquer comércio, ou tipo de relação comercial desde que seja realizado por meios eletrônicos, conforme afirma Tarcísio Teixeira.

> Assim, podemos afirmar que comércio eletrônico é uma extensão do comércio convencional, tratando-se de um ambiente digital em que as operações de troca, compra e venda e prestação de serviço ocorrem com suporte de equipamentos e programas de informática, por meio dos quais se possibilita realizar a negociação, a conclusão e até execução do contrato, quando for o caso de bens intangíveis. (TEIXEIRA, 2015, p. 25).

Esse é o mesmo entendimento de Claro (2013, p. 25), onde afirma que o Comércio eletrônico, ou e-commerce, ou ainda comércio virtual (ou comércio online), é um tipo de transação comercial feita através de um equipamento eletrônico.

Já para o SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, o e-commerce é o vínculo entre a empresa, a conexão eletrônica entre a empresa e o cliente para a venda de produtos ou serviços. (SEBRAE, 06/05/2020).

Conclui-se através dos conceitos citados, que o comércio eletrônico é todo comércio onde é utilizado qualquer tipo de equipamento eletrônico ou plataformas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

digitais para realização das operações comerciais, vinculando o fornecedor e o comprador.

3 DEFININDO O CONSUMIDOR

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica destinatária final de algum produto ou serviço. Esse conceito está definido pelo artigo 2º do Código de Defesa do consumidor (Lei 8.078/90), onde em seu artigo segundo diz que:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (BRASIL, Lei 8.078/90).

Contudo, ainda sobre a definição de consumidor há duas posições colocadas por Coelho.

> Duas são as tendências legislativas no tocante a concepção de consumidor. De um lado, a objetiva, em que o conceito enfatiza a posição de elo final da cadeia de distribuição de riqueza. Nela, o aspecto ressaltado pelo conceituo jurídico é o do agente econômico que destrói o valor de troca dos bens ou serviços, ao utiliza-los diretamente, sem o intuito especulativo. De outro lado, há a concepção subjetiva de consumidor, em que a ênfase do conceito jurídico recai sobre a sua qualidade de não profissional. Entre as duas formulações, pende o direito brasileiro para o conceito objetivo de consumidor, na medida em que enfatiza a posição terminal na cadeia de circulação de riqueza por ele ocupada. (COELHO, 1994, p. 45).

A posição objetiva de consumidor, é a de que o consumidor é o elo final da cadeia econômica, já a subjetiva é o consumidor não profissional, ou seja, aquele que retira um produto da cadeia comercial, porém não é este o consumidor final, já que esse produto vai retornar à cadeia de maneira não profissional. O conceito objetivo é o mais utilizado, já que retira um produto ou serviço de circulação de maneira permanente, sendo considerado de fato o destinatário final do bem.

O conceito de consumidor é definido por Cláudia Marques como:

> Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo preço será incluído no preço final do profissional para adquiri-lo. (MARQUES, 2010, p. 85).

Em síntese, pode se afirmar que a definição legal de consumidor faz referência exclusivamente à sua condição de destinatário final de um determinado produto ou serviço adquirido de certo fornecedor.

Em busca da escolha de empresas que visam solucionar e suprir suas necessidades em um amplo sentido, os consumidores buscam priorizar a sua satisfação, como é definido por Philip Kotler.

> Cada vez mais, os consumidores estão em busca de soluções para satisfazer seu anseio de transformar o mundo globalizado num mundo melhor. Em um mundo confuso, eles buscam empresas que abordem suas mais profundas necessidades de justiça social, econômica e ambiental em sua missão, visão e valores. Buscam não apenas satisfação funcional e emocional, mas também satisfação espiritual, nos produtos e serviços que escolhem. (KOTLER, 2010, p. 4).

Os consumidores encontram-se mais conscientes, buscando não somente a qualidade dos produtos ou bens, mas também o bom atendimento das empresas no momento da compra e após a venda, valorizando as empresas que preservam o meio ambiente e respeitam as leis ambientais.

As empresas por sua vez buscam cada vez mais a satisfação de seus clientes, oferecendo produtos e serviços de qualidade, prestando bom atendimento e respeitando as pesquisas de satisfação.

Contudo, conclui-se que consumidor é quem retira um produto ou serviço de circulação de maneira permanente, sendo considerado o destinatário final do bem, ou seja, consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire bens de consumo, sejam produtos ou serviços, alguém que faz compras ou aquele que consome, buscando satisfazer-se de forma ampla e consciente.

4 MARCO CIVIL DA INTERNET NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

A Lei Federal do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) é extremamente importante no ordenamento jurídico no âmbito da internet, logo em seu primeiro artigo é disposto como deve ser utilizada a internet no Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 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, Lei 12.965/14).

Em relação ao comércio eletrônico ou e-commerce, o Marco Civil da Internet apesar de não ser direcionada para esse fim, esta lei protege o usuário, pois traz normas de direitos, princípios, garantias e deveres sobre o uso da internet, incluindo a aplicabilidade do e-commerce enquadrada na relação jurídica de consumo. Conforme Teixeira, os princípios dessa lei têm implicação direta em tudo que ocorre na internet, inclusive nas relações de comércio de bens e serviços realizados pela internet. (TEIXEIRA, 2015, p. 91).

Os artigos 11 à 16 do decreto nº 8.771/16 que regulamenta o Marco Civil da Internet, traz em seu texto a proteção de maneira específica, bem como, os deveres mencionados a proteção dos dados pessoais, comunicação eletrônica e a proteção dos registros dos consumidores, ou seja, o fornecedor ou vendedor têm responsabilidades sobre os dados do seu cliente na relação de comércio.

A Lei do Marco Civil da Internet define a neutralidade da internet em seu artigo 3º, inciso IV.

> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; (BRASIL, Lei 12.965/14).

Observa-se que um dos princípios do uso da internet no Brasil é a preservação e garantia da neutralidade da rede. Essa lei prevê que o usuário pode utilizar a internet livremente como quiser e para o que quiser, como realizar compras, pesquisas, entre outras coisas. Não havendo nenhuma fiscalização de seu provedor e sem pagar nenhum valor diferente pelo ato realizado.

Essa lei traz também a importância do uso da internet na relação de consumo perante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 7º, inciso XIII.

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. (BRASIL, Lei 12.965/14).

Como se vê, o acesso à internet é essencial para o exercício da cidadania e determina a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. De acordo com Teixeira não há novidades, pois, a jurisprudência tem confirmado a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo.

> Cabe explicar que a Lei n. 12.965/2014 (art. 7º, XIII) procurou salientar, o que já é pacífico na doutrina e na jurisprudência, acerca da aplicação das normas de defesa do consumidor, especialmente o CDC, nas relações firmadas pela internet, desde que configurada uma relação de consumo. (TEIXEIRA, 2015, p. 96).

O e-commerce não é regulamentado especificamente pelo Marco Civil da Internet. O fato pelo qual o comércio eletrônico é utilizado pela rede faz necessária a aplicação de normas na relação de consumo por este meio, regulamentando o âmbito da internet com princípios e conceitos aplicáveis também no e-commerce, tendo grande importância na relação de consumo, visando sempre proporcionar a neutralidade da rede e privacidade aos usuários.

5 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO E-COMMERCE E AS NORMAS APLICÁVEIS

Devido aos problemas recorrentes nas relações comerciais, surgiu a necessidade de criar a proteção ao consumidor culminando assim com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/90, que trouxe princípios e normas específicas de proteção ao consumidor.

Nas compras online não há um contato físico do comprador com o produto, ou seja, o consumidor tem que avaliar as informações do produto, acompanhar a compra por e-mail ou mensagens de aplicativos e em caso de algum descumprimento na compra, o consumidor precisa usar os canais de denúncias que foram criados para dar maior segurança na relação de consumo. Portanto, o consumidor além de ser protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, também é amparado por outras normas regulamentadoras.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º ampara o consumidor e reconhece sua vulnerabilidade nas relações comerciais, em especial no inciso I do artigo 4º.

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
>
> I- reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, Lei 8.078/90).

Para Tartuce (2018, p. 49) "para se reconhecer a vulnerabilidade, pouco importa a situação política, social, econômica ou financeira da pessoa, bastando a condição consumidor", sendo necessário apenas ser destinatário final do produto, para que venha ser resguardado pelo código de defesa do consumidor.

A Lei 8.846/94 é uma lei que garante ao consumidor as notas fiscais dos produtos, sendo também aplicadas na relação de comércio eletrônico.

O consumidor também é protegido pela Lei 10.962/04 que foi regulamentada pelo decreto 5.903/06, elencando os preços dos serviços e produtos ao consumidor, conforme expresso em seu 1º artigo, "esta lei regula as condições de oferta e afixação de preços de bens e serviços para o consumidor", bem como traz em seu artigo 2º a "fixação dos preços das vendas em varejo aos consumidores". O comércio eletrônico fica obrigado seguir as regras expressas nesta Lei, salvo quando houver a necessidade de adaptação por meio virtual.

Em 2013 com a edição do Decreto 7.962/13, também conhecido como a Lei do E-commerce, trouxe regulamentações mais específicas direcionadas ao comércio eletrônico. Esse decreto regulamentou os direitos do consumidor nas compras online, reforçando ainda mais a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Tanto o Código do Consumidor como o decreto, garantem aos consumidores a segurança e transparência nas compras físicas ou virtuais.

Em 2014 foi criada a Lei 12.965/14, o Marco Civil da Internet, já citado no capítulo anterior, essa lei garantiu aos usuários a "aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet". Uma das proteções regulamentadas pelo Marco Civil da Internet foi o resguardo dos dados pessoais do consumidor na relação comercial online, para tanto a Lei 13.709/18, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), foi alterada pela Lei 13.853/19, que também criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados pode ser fiscalizado pelo PROCON - Programa de Proteção e Defesa do Consumidor e pela ANPD - Agência Nacional de Proteção Pessoais.

A LGPD estabelece inúmeros direitos ao consumidor na realização da compra pelo e-commerce. Logo no seu artigo 2º, a LGPD elenca os fundamentos de proteções dos dados pessoais dos consumidores:

> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
>
> I - o respeito à privacidade;
>
> II - a autodeterminação informativa;
>
> III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
>
> V - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
>
> V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
>
> VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
>
> VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL Lei nº 13.709/18).

No seu artigo 18, traz a requisição, especificamente no parágrafo 1º e 8º.

> 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:
>
> § 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional;
>
> § 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor. (BRASIL Lei 13.709/18).

Esse artigo afirma que o titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Portanto, é de grande importância lembrar que devem ser respeitadas e praticadas as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, não somente por fornecedores, mas por toda pessoa física ou jurídica, pois nas práticas do comércio eletrônico as ações devem ser de forma transparente para assegurar a confiança do consumidor. Sendo o consumidor resguardado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, leis que devem ser seguidas para uma boa relação de consumo entre as partes.

6 OFERTA

A oferta tem como uma das funções essenciais atrair o consumidor a uma contratação do serviço ou do produto oferecido pelo fornecedor, trazendo ao consumidor informações da contratação como o preço, a qualidade, as promoções e condições do produto, que atraem o consumidor à contratação do serviço ou do produto oferecido, porém, nem sempre são suficientes e transparentes essas informações.

É essencial que o fornecedor aja de forma leal e honesta para com seus consumidores, sendo obrigado expor suas informações ou publicidades dos produtos e serviços de forma clara e precisa, conforme é expresso no CDC em especial no artigo 30.

> 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. (BRASIL, Lei 8.078/90).

Para Werner (2007, p. 74) "qualquer publicidade que contenha os elementos essenciais de um contrato deve ser considerada como uma oferta vinculante" integrando o contrato que poderá ser celebrado.

A oferta é a forma de apresentação dos produtos ou serviços para o consumidor, assegurando algumas informações que devem ser seguidas, conforme elenca o art. 31 do CDC.

> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, Lei 8.078/90).

Bem como, a apresentação da oferta deve ser completa, como expressa Flávio Tartuce:

> Em suma, o conteúdo relativo à oferta deve ser completo, de modo que o consumidor seja devidamente informado a respeito daquilo que está sendo adquirido. Em todas as situações, deve-se levar em conta um nível de informações compatíveis com o brasileiro médio, ou seja, deve-se facilitar ao máximo a compreensão do conteúdo. Tal dever de informar mantém interação indeclinável em relação à boa-fé objetiva e a transparência exigidas na fase pré-negocial. (TARTUCE, 2018, p. 404).

Ressalta-se que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços ao consumidor devem conter informações claras, precisas e suas características estarem descritas em língua portuguesa, não podendo ser em outra língua, pois causa dificuldade no entendimento do consumidor, o induzindo ao erro.

Como também os fabricantes devem identificar o nome e endereço na embalagem do produto, bem como na publicidade e em todos os impressos, conforme elenca o artigo 33 do mesmo código. Já o artigo 49 expõe que é assegurado ao consumidor a desistência da compra no prazo máximo de até sete dias a contar do dia do recebimento do produto ou serviço adquirido, sendo aplicada apenas nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial, ou seja, no comércio eletrônico. Como também, se houver pelo fornecedor de produtos ou serviços o descumprimento da oferta, da apresentação ou da publicidade, o consumidor é resguardado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 35 e seus incisos, que poderá a sua livre escolha exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente, rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada e a perdas e danos. (BRASIL, Lei 8.078/90 – artigo 35, incisos I, II e III).

No caso das informações fornecidas pelo fornecedor na rede serem falsas, contendo o produto vício, o consumidor poderá exigir a substituição das partes viciadas, conforme o artigo 18 do CDC, já no parágrafo 1º e seus incisos, elenca que caso o vício não seja sanado no prazo máximo de trinta (30) dias, o consumidor poderá exigir alternativamente e à sua escolha:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço. (BRASIL, Lei 8.078/90).

O mesmo ocorrerá com os serviços com vício, conforme o artigo 20 do CDC.

> Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha. (BRASIL, Lei 8.078/90).

Podendo o consumidor exigir alternativamente e à sua escolha, as mesmas hipóteses já elencadas nos incisos II e III citados acima, incluindo de diferente apenas o inciso I desse mesmo artigo, que é:

> I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; (BRASIL, Lei 8.078/90).

Vale destacar que devem ser respeitados os princípios de proteção ao consumidor, lhe fornecendo informações claras e de entendimento compreensível pelos meios adequados. Contendo a oferta todos os dados importantes que fazem o consumidor adquirir ou não os produtos ou serviços na relação de consumo, não podendo induzir o consumidor ao erro.

Lembrando, conforme já citado a Lei 10.962, dispõe sobre a oferta e suas formas de afixações de preços dos serviços e produtos, complementando assim o Código de Defesa do Consumidor no contexto abordado. Portanto, verifica-se que o consumidor possui muitas garantias durante e após as compras realizadas.

7 PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade pode ser entendida como um conjunto de ações aplicadas para difusão de uma empresa, de idéias, produtos ou serviços. Conforme aponta Speranza em seu artigo publicado em outubro de 2017 pela Revista Âmbito Jurídico, “publicidade é um conjunto de técnicas com intuito de promover determinada atividade econômica". (REVISTA ÂMBITO JURÍDICO, 2017, p. 2).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A publicidade tem como principal intuito estimular e aumentar a demanda dos produtos e serviços, porém pode ser considerada enganosa quando contém abusos, levando o consumidor ao erro e necessitando assim de regulamentação que resguarde o consumidor, pois é a parte mais frágil dentro da relação de consumo.

Após salientar o que é a publicidade, faz necessário conhecer sobre a Publicidade Enganosa, que tem previsão no Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 37, caput, parágrafo 1º, que dispõe:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (BRASIL, Lei 8.078/90).

Analisando a leitura do artigo 37 do CDC, podemos destacar que o legislador conceituou a publicidade enganosa e trouxe os erros da publicidade que podem induzir o consumidor a ser enganado.

Conforme citado no artigo, "enganosa" é toda forma omissiva, ou seja, omite informações essenciais do serviço ou produto, ou "comissiva" qual falsifica inteira ou parte das informações.

Ao se tratar de falsidade, cita Pasqualotto (1997, p. 118) "a mensagem é falsa quando não há correspondência entre as afirmativas nelas contidas e a realidade".

Sobre a publicidade enganosa e abusiva, o artigo 37, parágrafo 3º expõe:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 3° Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (BRASIL, Lei 8.078/90).

Sendo considerado publicidade enganosa ou abusiva, quando faltar informação essencial sobre determinado produto ou serviço. Esse artigo traz o princípio da veracidade da publicidade, qual proíbe a publicidade enganosa e abusiva, podendo o consumidor fazer suas livres escolhas no comércio. Junto ao princípio da publicidade há o princípio da boa-fé objetiva, é ele quem é o norte dos negócios jurídicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao consumidor é garantido seus direitos básicos, conforme o Código do Consumidor em seu artigo 6º, inciso IV expõe:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (BRASIL, Lei 8.078/90).

Como elencado acima o consumidor é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor contra o fornecimento de produtos ou serviços que contenha publicidade enganosa e abusiva.

Deve ser destacado, que é considerado crime a publicidade enganosa, independentemente se houve dolo, pois uma vez que o consumidor é a parte vulnerável, deve-se protegê-lo. O CDC protege o consumidor em relação a publicidade enganosa em seu artigo 67 e 68.

> Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.
>
> Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. (BRASIL, Lei 8.078/90).

Lembrando que conforme citado no tópico anterior, o Código de Defesa do Consumidor tratou da publicidade como se fosse oferta, qual vinculou o fornecedor e permitiu ao consumidor fazer exigências do que foi anunciado na publicidade.

Então, conclui-se que a publicidade enganosa seja ela inteiramente ou apenas parte dela enganosa, induz o consumidor ao erro, porém o Código de Defesa do Consumidor veio com seu art. 37, caput e parágrafo 1º proteger o consumidor dessas publicidades, cabendo assim, o fornecedor não violar as normas do Código de Defesa do Consumidor, devendo exercer seu direito, porém respeitando as normas contidas na proteção do consumidor.

8 CONCLUSÃO

A rápida expansão do comércio eletrônico no Brasil resultou em expressivos aumentos nas demandas judiciais envolvendo clientes do comércio eletrônico que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

se sentiam desamparados, devido a lacunas existentes no Código de Defesa do Consumidor quando se tratava desse tipo de relação comercial. Surgiu então a necessidade de legislações complementares no sentido de organizar esse tipo de relação comercial. Veio então o Decreto nº 7.962/13, também conhecido como a lei do e-commerce, essa lei de complemento ao Código de Defesa do Consumidor nas questões do e-commerce estabeleceu novas regras às lojas virtuais, trazendo uma uniformização na maneira de se ofertar produtos pela internet. Esse Decreto reforçou o direito contido no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, determinando o direito de arrependimento pelo consumidor e o devido estorno no valor da compra.

O Marco Civil da internet, Lei n. 12.965, em 23 de abril de 2014, definiu direitos e deveres para usuários, empresas e governo, porém o impacto mais forte para o comércio eletrônico foi no remarketing, ação que consiste em armazenar dados do usuário em um site, para depois enviar propagandas dirigidas a ele. O Marco Civil determinou a garantia de privacidade e o sigilo dessas informações. As lojas virtuais também passaram investir mais em outras estratégias de marketing, como links patrocinados, redes sociais e outros, mas, garantindo sempre o sigilo de dados do usuário e o envio de mensagens ao consumidor somente com seu consentimento.

Como se viu nesse breve relato, o comércio eletrônico conforme conceituado no primeiro capítulo dessa pesquisa, não é nada mais do que a continuidade do comércio tradicional. Logo, todas as garantias determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor ao comércio comum passaram a valer, com as devidas adaptações, para o comércio eletrônico. Foi o que vimos demonstrados nos capítulos dessa pesquisa. Apesar do Código de Defesa do Consumidor não ser uma lei específica para o comércio online, serviu de base para as legislações posteriores, haja vista que o comércio eletrônico não deixa de ser uma relação comercial entre fornecedor, vendedor e consumidor. O artigo 37, caput, parágrafo 1º do CDC que diz respeito a publicidade enganosa, é um tipo de legislação que apesar de não ser específica é aplicável ao comércio online. Portanto, confirma a hipótese dessa pesquisa de que induzir o consumidor ao erro é considerada publicidade enganosa e sim, o Código de Defesa do Consumidor pode ser uma ferramenta eficaz para coibir e penalizar situações dessa natureza na relação comercial online.

Conclui-se então que o comércio eletrônico ou o e-commerce no Brasil é um tipo de transação comercial em ascendência, com notável crescimento em todos os setores comerciais e as dinâmicas desse comércio precisou de legislações que acompanhassem suas mudanças. E certamente as legislações continuarão se adaptando às constantes inovações tecnológicas.

Apesar da resistência inicial dos consumidores de alguns anos atrás, o que vemos atualmente é um panorama diferente, onde o rápido crescimento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tecnologias favoreceu o surgimento de inúmeras plataformas digitais e de diversos aplicativos utilizados massivamente por grandes redes de varejo, o que contribuem para o crescimento assustador do comércio eletrônico. Porém, é inegável que as legislações que vem sendo sistematicamente adaptadas e aprovadas no sentido de dar maior segurança jurídica a esse tipo de comércio, tem sido fator preponderante para a adesão dos consumidores ao comércio online.

A internet se renova velozmente, novas tecnologias surgem quase que diariamente, logo o comércio online se reinventa a cada nova tecnologia e certamente novas legislações terão que ser criadas e adaptadas. Afinal estamos na era digital onde as mudanças fazem parte do cotidiano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 5.093, de 20 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5903.htm Acesso em: 30 de maio, 2020.

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]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm Acesso em: 15 maio, 2020.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm Acesso em: 08 maio, 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004**. Dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.962.htm Acesso em: 13 de maio, 2020

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20estabelece,Munic%C3%ADpios%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20mat%C3%A9ria.&text=VI%20%2D%20a%20finalidade%20social%20da%20rede. Acesso em: 26 de maio, 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 09 maio, 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm Acesso em: 14 de maio, 2020.

BRASIL. **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, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm Acesso em: 03 maio, 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e o arbitramento da receita mínima para efeitos tributários, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8846.htm Acesso em: 26 de maio, 2020.
CLARO, Alberto. **Comércio eletrônico**. 1. ed. São Paulo: Know How tecnologia educacional, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 3.0:** as forças que estão definindo o novo marketing centrado no ser humano. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SEBRAE. **Uma breve definição sobre o comércio online**. Disponível em: https://m.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/uma-breve-definicao-sobre-o-comercio-online,08cfa5d3902e2410VgnVCM100000b272010aRCRD Acesso em: 06 maio, 2020.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. **Publicidade enganosa e abusiva**. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, v. 15, n. 104, p. 1-8, out. 2017. Disponível em: http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/16096/material/Publicidade%20enganosa%20e%20abusiva%20-%20Consumidor%20-%20%C3%82mbito%20Jur%C3%ADdico.pdf Acesso em: 06 maio, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico:** Conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WERNER, José Guilherme Vasi. **A formação, o Controle e a Extinção dos Contratos de Consumo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CONCORRÊNCIA DESLEAL OU PARASITÁRIA.

ANAMARIA C MARIANO GONZAGA: dvogada. Pós-graduada *latu sensu*. Processo do Trabalho e Previdenciario. Membro da Comissão Direito da Moda OAB -DF

A primeira questão a desmistificar é que concorrência é algo ruim. Concorrência não é algo ruim, porquanto o mercado precisa ser aberto para crescer, modernizar e evoluir. Os monopólios e oligopólios não são eficientes para o crescimento social e econômico2. Termos vários fornecedores possibilita a melhora dos produtos e dos serviços. O desenvolvimento de técnicas mais apuradas e desenvolvidas promovem o estudo e o aperfeiçoamento.

A concorrência, nos termos do regime jurídico brasileiro, é indispensável para o desenvolvimento econômico e social, porque com a criação de novos produtos, serviços e tecnologias o mercado se movimenta e cresce. Ocorre, consequentemente, a criação de emprego e renda, enfim, há cumprimento da função social, conforme exige a Constituição Federal, a teor do que previsto, expressamente, no Artigo 170, em suma, atividade econômica há de respeitar a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte, sendo certo que é livre o exercício de qualquer atividade econômica, "independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvos os casos previstos em lei3".

O que não pode é a concorrência desleal, mesmo considerada a globalização, a mundialização econômica e cultural4. E o que é concorrência5 desleal?

2 Veja-se, no ponto, a Lei n º 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o sistema brasileiro de concorrência, dentre outras coisas, dispõe sobre a prevenção e repressão à ordem econômica.

3 A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: "a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas" (POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), Regulation versus litigation: perspectives from economics and law. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13)

4FRIEDMAN, Thomas L. O mundo é plano. O Mundo Globalizado no Século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.3980)

5 "A regulação muitas vezes atrai dificuldades em razão dos complexos efeitos sistêmicos dos controles regulatórios. As normas podem interagir de maneira surpreendente com o

Concorrência desleal e ou parasitária trata-se de ilícito – civil, penal e até mesmo administrativo em algumas situações em que se busca o domínio de mercado relevante - , cuja conduta consiste, dentre outras, em copiar, produzir, explorar, colocar à venda, vender, importar, sem autorização, modelo de utilidade, desenhos industriais, programas, marcas de propriedade de outrem, de tal modo que é visível a similitude6.

Visa a obtenção de lucro sem esforço,7 fornecendo, ao final, um produto mais barato ao consumidor, sem a responsabilidade de qualidade e de durabilidade. Trata-se regra geral de atos ilícitos civil e criminal e, também, contrários à boa conduta que deve prevalecer nas relações mercadológicas e marcárias - *análise swot* -, alcançando toda a cadeia[8], nos ciclos e nos fluxos de valores tangíveis e intangíveis, materiais e imateriais, cuja atividade deve primar pela transparência, pela prevenção da fraude e de corrupção.

Em conclusão, quando determinada grife lança uma coleção, este ato externo foi precedido de energia humana, na medida em que indispensáveis criatividade, autenticidade, pesquisas e execução de atividades realizadas por toda uma equipe de profissionais, que trabalharam duro para que se chegasse a realização do produto final, na esperança de encantar os olhos e os corações, com os frutos correspondentes9.

---

mercado, com outras normas ou com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulamentação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos." (SUSTEIN, Cass R., Law and Administration after Chevron. Columbia Law Review, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990)

6 Veja-se, a propósito, o preceito primário do tipo penal do Artigo 195, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

7 (SAIZ, Carlos Pena (coord.). Compliance. Como gestionar los riegos normativos em la empresa. Cizer Menor: Thomsom Reuters, Aranzadi, 2015, p.36)

8 Setor primário e setor secundário, diretamente interligados reciprocamente e interdependentes, com produção, transformação, comercialização e destinação final (rejeitos e resíduos)

9 A população mundial se aproximava dos sete bilhões de habitantes em 2012, e o PIB ficou um pouco acima dos 70 trilhões de euros, o que significa que o PIB por habitante se situava exatamente nos 10.000 euros. Se subtrairmos 10% desta cifra a título de depreciação do capital e a dividirmos por doze, constatamos que a quantia equivale a uma renda média mensal de 760 euros por habitante, o que talvez fale por si. Ou seja, se a produção mundial e a renda fossem repartidas de forma perfeita igualitária, a cada habitante do planeta disporia de uma renda da ordem de 760 euros." (PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p.67)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO EM MEIO AO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL

GEISIANE PEREIRA DA ROSA BENETTI: Bacharelanda em Direito, Curso de Graduação em Direito, Faculdade Antonio Meneghetti.

LUÍS CARLOS GEHRKE[10]

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo analisar a responsabilidade civil do adotante que desiste em meio ao processo de adoção, a partir de uma visão histórica em que os direitos e garantias das crianças/adolescentes não eram o foco, tal como o é contemporaneamente, cuja evolução implicou em maior proteção e preocupação para com estes indivíduos notoriamente em formação e, por conta disso, expostos a uma vulnerabilidade. Com isso, tem-se a adoção como ultima alternativa de assegurar a primazia do princípio do melhor interesse da criança/adolescente, bem como a garantia da convivência familiar e dignidade àqueles que outrora tiveram seus direitos fundamentais violados. Para tanto, realizou-se pesquisa doutrinária e jurisprudencial nos Tribunais da Região Sudeste/Sul do país, abrangendo os anos de 2018 a setembro de 2020, a fim de verificar os critérios das decisões que responsabilizam (ou não) o adotante por sua desistência em meio ao estágio de convivência, percebendo-se que eventual condenação em indenização por danos morais - quando aplicadas -, levou em consideração o tempo de permanência da criança/adolescente com a família adotiva e eventual dano àquela, em razão da frustração de sua expectativa. Para isso, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e como método de procedimento o monográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Convivência familiar. Desistência da adoção. Melhor interesse da criança/adolescente. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: This research aims to analyze the civil liability of the adopter who gives up in the middle of the adoption process, from a historical view in which the rights and guarantees of children/adolescents were not the focus, as it is now, whose evolution it implied greater protection and concern for these individuals notoriously in training and, therefore, exposed to a vulnerability. With this, adoption is the last alternative to ensure the primacy of the principle of the best interest of the child/adolescent, as well as the guarantee of family coexistence and dignity for those who formerly had their fundamental rights violated. To this end, doctrinal and jurisprudential research was carried out in the Courts of the Southeast/South Region

10 Docente do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF. E-mail: lcgehrke@bol.com.br

of the country, covering the years 2018 to September 2020, in order to verify the criteria of the decisions that hold (or not) the adopter responsible for his withdrawal in middle of the coexistence stage, realizing that eventual conviction in indemnity for moral damages – when applied - took into account the time the child/adolescent stayed with the adoptive family and possible damage to that family, due to the frustration of their expectation. For this, we used the deductive approach method and the monographic procedure method.

KEY-WORDS: Family living. Withdrawal from adoption. Best interest of the child/adolescent. Civil responsability.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O instituto da adoção no direito brasileiro e o resgate da dignidade da pessoa humana; 2 O processo de adoção e o necessário estágio de convivência como uma das etapas da formação de vínculos; 3 A (im)possibilidade de responsabilização civil do adotante que desiste em meio ao processo de adoção; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A adoção é instituto que visa garantir a convivência familiar a crianças/adolescentes que por algum motivo não pode ficar com sua família biológica. Desse modo, quando são adotados adquirem o *status* de filho, tendo os direitos como se filho biológico fosse, garantia constitucionalmente prevista. Porém, apesar de somente com a sentença de constituição da adoção tornar o adotando legalmente filho, talvez na concepção do deste, ele já integre a família do adotante quando do estágio de convivência.

Desse modo, o presente trabalho propõe-se a discorrer sobre a possibilidade de reparação civil do adotante que desiste em meio ao processo de adoção, haja vista que a lei somente trata como irrevogável o ato após a sentença de constituição da adoção. Cabe ressaltar nesse momento, que estar-se-á a tratar da adoção de menores de dezoito anos, porque àquelas que tem idade superior a isto, tem tratamento diferente do que será abordado neste trabalho. Nesse contexto, a pesquisa tem a pretensão de apresentar divergência de entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a viabilidade ou não da desistência antes que ocorra a sentença de adoção e até que ponto isso implicará em condenação ao desistente, levando em conta que a adoção é um ato voluntário no qual o pretendente a adoção se propõe a assumir todas as responsabilidades perante o adotando, cujas perdas emocionais começaram com tenra idade e, por conta disso, devem ter seus direitos à dignidade preservados, pois não se trata de um objeto, mas de um cidadão em formação.

Com isso, inicialmente far-se-á uma análise bibliográfica, a fim de melhor contextualizar o assunto e após uma verificação jurisprudencial para demonstrar os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

critérios das decisões e como estão os posicionamentos de cada Tribunal em relação a condenação do adotante perante sua desistência da adoção. Para tanto, o presente trabalho tem por objetivo geral, analisar se o instituto da responsabilidade civil vem sendo empregado pelos Tribunais da Região Sul/Sudeste do Brasil, no ano de 2018 a setembro de 2020, nos casos do adotante desistir da adoção em meio a adaptação, interrompendo assim o processo de adoção, fazendo com que o adotando retorne ao lar e haja uma frustração na expectativa desta criança/adolescente, além de uma nova rejeição e a permanência em instituições, reduzindo as chances de sua adoção.

Desse modo, para realizar a presente pesquisa, utilizou-se como norte a Constituição da República Federativa do Brasil vigente, a jurisdição e as legislações específicas que regulam o assunto, em especial o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Nova Lei de Adoção (Lei 12.010/2009), a fim de trazer consistência ao trabalho. Assim, o trabalho será dividido em três capítulos, sendo que o primeiro abordará o instituto da adoção no direito brasileiro e o resgate da dignidade da pessoa humana, ou seja, partirá de uma abordagem histórica desde os primeiros indícios do surgimento da adoção, até o que se conhece hoje, mostrando assim grandes evoluções para a garantia da dignidade da pessoa humana a indivíduos em situação de vulnerabilidade.

Na sequência, o segundo capítulo analisará o processo de adoção e o necessário estágio de convivência como uma das etapas da formação de vínculos. Desta forma, o processo será estudado desde antes da criança/adolescente chegar à instituição de acolhimento, abordando o procedimento de destituição do poder familiar e tentativa de mantença com a família estendida. Entretanto, uma vez vencida esta fase, o caminho derradeiro para esta criança/adolescente é a adoção, sendo o estágio de convivência um momento de suma importância, no qual ocorre o primeiro contato com uma nova família, sem a supervisão de profissionais, no qual podem experimentar novamente a sensação de proteção e afeto que uma família deve propiciar.

Porém, a mesma fase que gera expectativas na criança/adolescente é também a que a lei permite desistências por parte do pretenso adotante, mas a depender da situação, poderá causar dano àquela, o que será discutido no terceiro capítulo, o qual abordará justamente a possibilidade de responsabilização civil do adotante que desiste em meio ao processo de adoção, capaz de ensejar a reparação em danos morais em prol do adotando que está em fase de formação de vínculos e com firme propósito de integrar o seio familiar do adotante.

Nesse passo, a pesquisa justifica-se por ter relevância notável tanto ao viés jurídico quanto social, no que se refere a real intenção do adotante, visto que a adoção não deve ser encarada como uma aventura, já que o ato se inicia

voluntariamente pelo adotante, sabendo de todas as dificuldades a serem enfrentadas, podendo assim, ter uma nova interpretação da lei. Desta forma, devem ser analisadas as justificativas dos julgadores em suas decisões, pois a desistência poderá acarretar danos à saúde psicológica destes indivíduos vulneráveis. Para tanto, serão analisados julgados dos Tribunais da Região Sul e Sudeste do país, cuja escolha se deve ao fato de que são Estados que possuem o maior número de pretendentes cadastrados para a adoção, conforme dados do Cadastro Nacional de Adoção, os quais apontam que, de um total de 46.395 habilitados, 12.655 são da Região Sul e 22.263 são da Região Sudeste.

Para atingir o propósito, será empregado o método de abordagem dedutivo, pois partirá de uma visão mais ampla, analisando o processo de adoção a partir de uma abordagem mais histórica até a contemporaneidade perpassando por todas as fases do processo, bem como o instituto da reparação civil até chegar-se a uma análise mais específica, com pesquisa dos julgados em sites dos Tribunais das Regiões Sudeste/Sul do Brasil, tendo com método de procedimento o monográfico, pois se fará um estudo das decisões encontradas, para assim determinar as justificativas da aplicabilidade ou não de danos morais ocasionada pela desistência do adotante em meio ao processo de adoção. Ainda, como técnica de pesquisa será realizada através de documentação indireta, com pesquisas bibliográficas, livros, artigos e jurisprudências. Por fim, importante destacar, que o estudo encontra-se adequado com a linha de pesquisa do Curso de Direito da Antônio Meneghetti Faculdade "Política, Direito, Ontologia e Sociedade", uma vez que abordará direitos humanos e fundamentais das crianças/adolescentes.

1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E O RESGATE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não é desconhecido que a adoção existe há muitos anos, antes mesmo de ser regulada pela legislação, pois como mencionado por Jamara Rayssa Camelo da Silva "A Bíblia Sagrada narra a adoção do profeta Moisés pela filha do Faraó, no Egito11" (SILVA, 2018, p. 13). Outrossim, também Luiza Felipe narra a primeira codificação existente sobre a adoção "O Código de Hamurabi é considerado a primeira codificação jurídica da Antiguidade a tratar do instituto da adoção, o qual tinha o único fim de assegurar a continuidade dos bens e do nome, visando-se apenas o interesse dos adotantes" (FELIPE, 2016, p. 13). Conforme Maria Berenice Dias "[...] sempre existiram filhos não desejados, cujos pais não querem ou não podem assumir. Também há crianças que são afastadas do convívio familiar. Conclusão: há legiões de crianças abandonadas, jogadas no lixo, maltratadas, violadas e violentadas, que escancaram essa realidade" (DIAS, 2016, p. 813-814). Com

11 Bíblia Sagrada, Êxodo 2:10

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

isso, percebe-se que independente dos motivos que se levaram ao 'abandono' do filho, o instituto da adoção não é um ato praticado somente pela civilização atual, nem mesmo a falta de regulação não deteve a sua prática.

Desse modo, em 1916 institui-se o Código Civil, no Brasil, ainda muito limitado e com muitas desigualdades a serem superadas, restringindo somente aos maiores de 50 anos a possibilidade de adoção, desde que não tivesse descendentes. Sobre o assunto, Jamara Rayssa Camelo da Silva destaca que "[...] a adoção só era permitida às pessoas casadas que não possuíssem filhos, podia vir a ser revogada e o adotando não perdia o vínculo com a família biológica" (SILVA, 2018, p. 14). Assim, caso a adoção não ocorresse como o esperado, poderia o adotante 'devolver' a criança/adolescente, voltando muitas vezes para a família biológica, pois nesta época não se tinha a perda do poder familiar perante o adotando, permanecendo o vínculo com a família biológica.

Como visto, o direito a adoção no Código Civil de 1916, era proporcionado àquelas famílias que não podiam ter filhos biológicos, tendo propósito somente de uma perpetuação da origem da familia. A preservação dos interesses do adotando não era o foco na adoção, mas tão somente do(s) adotante(s). Contudo, o advento da Lei n° 3.133/1957, trouxe alterações ao CCB/1916, trazendo algumas melhorias à adoção, conforme destaca Maria Cláudia Crespo Brauner e Andrea Aldrovandi:

> Assim, em 1957, foi promulgada a Lei n° 3.133, que modificou o Código Civil vigente à época, alterando dispositivos legais sobre a adoção. Esta Lei introduziu importantes inovações, pois reduziu a idade dos adotantes de 50 para 30 anos, reduziu a diferença de idade entre adotantes e adotados, de 18 para 16 anos, e eliminou a exigência de inexistência de prole. A partir da vigência da Lei 3.133 de 1957, a possibilidade de adoção foi estendida aos adotantes com filhos biológicos. Com essa alteração, pela primeira vez a adoção no Brasil deixou de ser vista como um recurso para suprir a falta de filhos (BRAUNER; ALDROVANDI, 2010, p. 10).

E continuam os doutrinadores em sua obra:

> Além disso, esta lei introduziu outro requisito, o consentimento do adotando maior, ou dos representantes legais, em caso de menores. Esta modificação representou importante passo, pois garantiu a preservação dos direitos dos demais envolvidos, e não somente dos adotantes. Anos depois foi aprovada a Lei n° 4.655, de 1965, também considerada como marco na evolução

> da adoção no Brasil. Esta lei introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a legitimação adotiva, cuja aplicação era admitida nos casos de adoção de crianças com até 7 anos, abandonadas pelos pais biológicos. Nos demais casos, a adoção continuava com aqueles efeitos mais restritos, estabelecidos no Código Civil de 1916 (BRAUNER; ALDROVANDI, 2010, p. 10).

Logo, verificam-se algumas evoluções positivas na norma, porém ainda há muito a ser melhorada para assegurar garantias de dignidade à criança/adolescente no que tange a adoção, pois ainda há a participação dos representantes legais do adotando na vontade da adoção, mas considerou pela primeira vez os interesses da criança/adolescente, até então restrita as intenções do adotante.

Outrossim, implicou na diminuição de idade dos adotantes, reduziu a diferença de idade entre adotantes e adotando (para 16 anos), bem como permitindo a adoção por aqueles que já possuíam filhos, propiciando assim melhores oportunidades da criança/adolescente ser adotada. Entretanto, não lhes garantiu quanto ao direito sucessório, a equiparação com os filhos biológicos dos adotantes.

Tais conquistas na legislação brasileira foram influenciadas por legislações internacionais, sempre na busca do resguardo da proteção à criança/adolescente e seu melhor interesse, como descreve Rolf Madaleno:

> Interesses superiores das crianças e adolescentes que tiveram como marco inicial a Declaração dos Direitos das Crianças no ano de 1924, na chamada Declaração de Genebra, que reconheceu que a humanidade deve às crianças o melhor que lhes pode dar e que se deve dar aos infantes os meios necessários para seu normal desenvolvimento material e espiritual. Posteriormente, a Declaração dos Direitos da Criança proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1959, dispôs que a criança gozará de uma proteção especial e disporá de oportunidades e serviços assegurados por lei e por todos os meios, para que possa desenvolver-se física, mental, espiritual e socialmente, de forma saudável e normal, em condições de liberdade e dignidade. Termos similares foram adotados na Conferência Internacional de Haia em 1961 (MADALENO, 2018, p. 837).

Na sequência foi instituído o Código de Menores (Lei n° 6.697/1979), nas palavras de Rosane Leal da Silva:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> [...] a legislação específica que regulamentava a matéria era o chamado Código de Mello Mattos, de 1927, que perdurou até o advento do Código de Menores, produzido na década de 70 e que inaugurou no Brasil a Doutrina da Situação Irregular. Se na legislação anterior a grande preocupação era a imputabilidade do menor de idade, ou seja, centrava-se na questão do combate da criminalidade, colocando em prática a defesa da sociedade e não daquele que efetivamente merecia proteção em face da idade; sua sucessora acentuou ainda mais as preocupações de caráter higienista, agora disfarçada sob o discurso assistencialista. Ao juiz era concedido o poder de definir a situação irregular, que tanto poderia ter sido produzida por abandono, quanto causada por problemas relacionados à prática de ato infracional. Uma vez que a autoridade jurisdicional conferia esse rótulo ao menor de idade, ele então era recolhido a uma instituição, onde eram acolhidas crianças e adolescentes que se encontravam em diversas situações (SILVA, 2009, p. 31/32).

Nesse sentido, pode-se dizer que, apesar de haver preocupação com a situação do 'menor', ainda existiam muitas barreiras, pois a preocupação aqui é separar o 'menor infrator' em uma instituição, diferentemente dos outros presos, com mais de 18 anos, que estão em presídios. Contudo, aqueles 'menores' que estão em situação de abandono, eram recolhidos nas mesmas instituições que aqueles que cometeram algum delito, ou seja, havia paridade de tratamento, não assegurando o mínimo de dignidade à criança/adolescente abandonadas por sua família biológica, sofrendo agora uma nova segregação, pois eram tidas como infratoras.

Sobre o assunto, importante destacar a que a prerrogativa da dignidade da pessoa humana, foi importante fase vencida, com a extinção do Código de Menores, os quais rotulavam as crianças/adolescentes como incapazes ou inferiores, utilizando o termo 'menores', sendo abolido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, regramento que resguardou direitos e garantias, tendo como esteio a Constituição da República Federativa de 1988, como norma superior, observando-se em seu artigo 1°12 o princípio fundamental a todos, qual seja da dignidade da pessoa humana, como será abordado na sequência.

Nesse passo, sem sombra de dúvida, a promulgação da Constituição da

12 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana

República Federativa em 1988, importou em relevante ato para o Brasil, impactando em direitos de igualdade em prol do adotando, garantindo-lhe o mínimo de dignidade, estabelecendo a igualdade de tratamento aos filhos, sejam eles biológicos ou adotivos (artigo 227, parágrafo 6°13). Em ato contínuo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/1990) e o Código Civil Brasileiro (Lei n° 10.406/2002) reforçaram este propósito de tutela a estas pessoas em vulnerabilidade, somado a Nova Lei da Adoção (Lei n° 12.010/2009).

Como visto, as crianças e adolescentes uma vez adotadas estão amparadas pela Carta Magna, não podendo sofrer qualquer discriminação ou distinção entre os filhos havidos da relação de casamento ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos, o que foi ratificado no ECA, artigo 4114, o qual dispõe que com a adoção se assume a condição de filho ao adotado, com todos os seus direitos e deveres. Paulo Lôbo, destaca os efeitos da adoção:

> Os efeitos da adoção começam com o trânsito em julgado da sentença. Observa a regra geral do trânsito em julgado, porque é suscetível de recurso das partes ou do Ministério Público. Um dos efeitos decorrentes do trânsito em julgado é sua inscrição no registro de nascimento. Porém, o registro tem natureza declaratória, significando dizer que o estado de filiação já se constitui no momento em que se der o trânsito em julgado da sentença. O registro do nascimento deverá consignar o nome dos adotantes como pais, sem qualquer referência à origem adotiva, e nome dos avós, ou seja, dos pais daqueles (LÔBO, 2014, p. 263).

Outrossim, Rolf Madaleno, também discorre sobre o registro de nascimento da criança/adolescente, relatando a importância de romper laços com a família natural:

> Transitada em julgada a sentença de adoção, sua inscrição é procedida por mandado judicial no registro de nascimento, sendo consignados os nomes dos adotantes como pais, sem qualquer referência à origem da adoção e bem assim os nomes dos avós, pais dos adotantes, cancelando o registro original do

13 Art. 227. [...]
§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

14 Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> adotado, e vedada qualquer referência acerca da origem da adoção, para que fique no esquecimento a ascendência biológica, porque a adoção faz desaparecer os vínculos do adotado para com os seus parentes naturais e assim também deveria ser na adoção à brasileira, em qualquer direção, seja do ponto de vista do adotante como do adotado, não podendo nenhum deles romper os vínculos de filiação nascidos do registro e da socioafetividade (MADALENO, 2018, p. 883).

Dessa forma, vê-se a preocupação do legislador no que tange ao novo registro de nascimento, proibindo qualquer informação de que a criança/adolescente advém de adoção, presumindo-se que seja um filho biológico. Nesse passo, diferentemente do que ocorria com o Código Civil de 1916, hoje preserva-se a proteção da criança/adolescente, inexistindo qualquer vínculo com a família biológica após a adoção e, mesmo que a adoção não se concretize, não se restabelecerá o poder familiar com a família natural.

Por conta disso, a adoção no ECA está positivada a partir do seu artigo 3915, mas sempre tendo como esteio a garantia de direitos fundamentais às crianças e adolescentes, para que tenham seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, estampado no artigo 3°16 do Estatuto, o qual recentemente sofreu alteração com a inclusão do parágrafo único, alterado pela Lei n° 13.257/2016, a qual dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, assegurando a aplicação da Lei n° 8.069/1990 à todas as crianças e adolescentes, sem qualquer tipo de discriminação.

Entretanto, sem dúvida a garantia constitucional estampada no artigo 22717, exprime o direito a convivência familiar, além de outros direitos, como um dever da

---

15 Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei

16 Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

17 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

família, da sociedade e do Estado, o que se torna ainda mais uma necessidade quando se trata de adoção. Com isso, "a convivência familiar é fundamental para que a criança se adapte a vida em sociedade, seus valores e a sua solides prepara as relações com as adversidades culturais e sociais, características do período de maturidade" (SILVA, 2012, p. 16).

Porém, sem dúvida nenhuma, a leniência do Poder Judiciário é um aspecto a ser levado em consideração, a ponto de Rolf Madaleno relatar a preocupação pela morosidade do processo de adoção, inobstante avanços obtidos nos últimos anos em relação a esta questão:

> Diante da óbvia morosidade dos processos de adoção e que aprisionam crianças e adolescentes nas instituições e abrigos, tramita o Projeto de Lei do Senado (PLS n. 394/2017), de iniciativa do IBDFAM, cuja proposição, encampada pelo Senador Randolfe Rodrigues, visa a eliminar entraves burocráticos e emprestar celeridade aos processos de destituição do poder familiar e de adoção, de modo a reformular a ótica de todo o sistema, para assegurar às crianças e aos adolescentes afastados da sua família natural o direito à convivência familiar que a Carta Política assegura prioridade absoluta. Ao passo que a Lei n. 13.509/2017 criou alguns mecanismos com vistas à celeridade e efetividade do processo de adoção e instrumentos legais que tornem menos traumática e angustiante a sensação de abandono das crianças e adolescentes que se encontram em programas de acolhimento institucional, ordenando, por exemplo, que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongue por mais de 18 meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse (ECA, § 2°, art. 19), assim como a busca à família extensa, que respeitará o prazo máximo de 90 dias, prorrogável por igual período (ECA, art. 19-A, § 3°) (MADALENO, 2018, p. 841).

Como se depreende, as garantias de dignidade à criança e ao adolescente, no decorrer do tempo, são revistas, visando justamente o resguardo de tais prerrogativas. Entretanto, há que se evoluir ainda neste propósito, pois o retardo no trâmite dos processos de adoção implica na permanência maior da criança/adolescente em instituições de acolhimento, privando-os da convivência familiar, o que implicará em consequências para esse cidadão em formação, cuja permanência em tais instituições deveria restringir-se a no máximo 2 anos, foi alterado pela Lei 13.509/2017, estipulando novo prazo de 18 meses, o que por vezes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

não ocorre, estendendo-se não raras vezes até a idade adulta. Raquel Antunes de Oliveira Silva posiciona-se a respeito:

> [...] o abrigo um lugar que oferece proteção, uma alternativa de moradia provisória dentro de um clima residencial, com atendimento personalizado, em pequenas unidades, para pequenos grupos de crianças. As crianças, por determinação legal, poderão permanecer nos abrigos apenas pelo prazo de dois anos – segundo a nova lei de adoção. O que na prática não acontece e, por muitas vezes, a permanência se alonga até a maioridade (SILVA, 2012, p. 16).

Contudo, com o advento da Lei de Adoção (Lei n° 12.010/2009), importantes alterações ao ECA surgem, havendo notável ganho à dignidade e direitos das crianças/adolescente, de realidade tão sofrida. Esta Lei tenta regulamentar estas questões ainda controversas no que tange a adoção, assegurando seu melhor interesse e garantia de convivência familiar, preservando sua dignidade. Sobre o assunto, Munnik Tayla Ribeiro Pedroza relata:

> [...] a Lei Nacional de Adoção (12.010/2009), que inseriu inovações importantes para o aperfeiçoamento do direito das crianças e dos adolescentes. Entre as principais inclusões realizadas pela Lei de Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, destacam-se a normatização do caráter irrevogável da adoção (art. 39, §1º), a fixação de um período máximo de institucionalização (art. 19, §3º), a oitiva dos menores e o acompanhamento durante o processo de adoção por equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude (parágrafos do art. 28 e § 4º do art. 46) e a maior divulgação do cadastro nacional de adoção (parágrafos do art. 50) (PEDROZA, 2017, p.16).

Por conseguinte, o caráter irrevogável da adoção, concederá ao adotando garantia de condições igualitária ao filho biológico, uma vez que não se desiste de filiação biológica. Do mesmo modo, na busca de proporcionar a convivência familiar, tem-se um tempo limite, de dezoito meses (alterado pela Lei 13.509/2017), de institucionalização, pois apesar da instituição sanar algumas necessidades básicas para estas crianças/adolescente, o amor, carinho e valores para uma formação de um cidadão, somente serão atingidas no seio familiar. Também, como um grande avanço, tem-se a participação do adotando em seu futuro, pois não há alguém melhor para decidir em seu favor, que saiba melhor seus interesses.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao depois, o paradigma da adoção passou a preservar a garantia constitucional da convivência familiar, amparando a criança/adolescente com uma rede de assistência de profissionais, desde o momento em que os adotantes se voluntariam para o ato de adoção estendendo-se até para após o ato, resguardando assim os direitos das crianças/adolescentes, pois a adoção é última alternativa para esses cidadãos brasileiros os quais somente foram levados a instituições de acolhimento - como lar provisório -, após vencidas todas as possibilidades da mantença junto a família biológica ou extensa, como a seguir será abordado, pois são assuntos que têm grandes discussões em termos de garantia de direitos à criança/adolescente.

2 O PROCESSO DE ADOÇÃO E O NECESSÁRIO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA COMO UMA DAS ETAPAS DA FORMAÇÃO DE VÍNCULOS

Como já foi abordado no tópico anterior, a adoção é ato que se inicia voluntariamente, ou seja, surge da vontade de alguém de ser pai e/ou mãe, independentemente se possam ter ou não filhos biológicos, sempre tendo como norte o princípio do melhor para a criança/adolescente, conforme destaca Rolf Madaleno:

> Os filhos adotivos já representaram uma forma de realização dos desejos para pessoas, matrimônios ou uniões estáveis sem descendência; com o advento da doutrina dos melhores interesses das crianças e dos adolescentes, também no instituto da adoção a prioridade deixou de ser a realização pessoal dos adotantes e passou a prestigiar os interesses superiores da criança e do adolescente, substancialmente integrando uma célula familiar, capaz de proporcionar efetiva felicidade ao adotado (MADALENO, 2018, p. 837).

Dessa forma, há que se destacar que o sentido para da adoção é sempre privilegiar o melhor interesse da criança/adolescente, haja vista que a adoção não serve para uma realização pessoal do adotante, o qual deve ter estrutura, tanto econômicas quanto psicológicas, para receber o adotando no seio de sua família, proporcionando-lhe bem estar em prol daquele que já vem de uma realidade sofrida.

Contudo, antes que a criança seja encaminhada para a adoção, regras devem ser seguidas, pois caso a família venha a falhar em seu dever para com a criança/adolescente, o Estado necessariamente é chamado a intervir, salvaguardando-a dos riscos em instituições de acolhimento, até para que a família se reorganize, recebendo-a novamente, como destaca Maria Berenice Dias:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> São impostos enormes e intransponíveis obstáculos para que a mãe não abra mão daquela criança que gestou sem a querer. Os genitores recebem da equipe interprofissional orientações e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da adoção. Juiz e o promotor devem esgotar os esforços para manutenção da criança com os pais ou com a família natural ou extensa. [...] Seguindo a peregrinação, é dada preferência à família extensa ou ampliada. Pelo conceito legal, são os parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (ECA, 25 parágrafo único). No entanto são feitas demoradas buscas de parentes que nem conhecem a criança. Só após incessantes e infrutíferas tentativas é que tem início o demorado processo de destituição do poder familiar. Mais um laudo psicossocial é realizado, na tentativa de manter o filho com a mãe. Inclusive a Defensoria Pública é orientada a recorrer sempre, até quando os genitores foram citados por edital (DIAS, 2016, p. 816).

Desse modo, percebe-se que a prioridade é que a criança/adolescente permaneça vinculado à família biológica e/ou estendida. Porém, o que se denota é que o demorado processo de destituição do poder familiar, bem como diligências no intuito de localizar algum familiar que possa assumir esta criança/adolescente, revela-se um tortuoso caminho a ser seguido e, enquanto isso, deverá permanecer em instituição de acolhimento, privando-a do convívio em um lar que possibilitasse a convivência familiar, tão necessária para a formação deste indivíduo como cidadão.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias descreve:

> O filho não é uma "coisa", um objeto de propriedade da família biológica. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao seu interesse - quando a família não o deseja, ou não pode tê-lo consigo - ser entregue aos cuidados de quem sonha ter um filho. A celeridade deste processo é o que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (CF 227). Para esse fim - e infelizmente - não se presta a legislação e nem todos os esforços do Conselho Federal de Justiça, que nada mais fazem do que burocratizar e emperrar o direito à adoção de quem teve a desdita de não ser acolhido no seio de sua família biológica (DIAS, 2016, p. 815).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com isso, Dias menciona sua insatisfação com o tempo perdido gerado a criança/adolescente em tentativas infrutíferas na mantença com a família natural. Porém esta burocratização, por vezes, apesar de demorado é necessário, para não acabar retirando destas crianças/adolescentes o direito de permanecerem com sua família natural por motivos que poderiam ser solucionados sem a necessidade da destituição do poder familiar. Sendo que, o objetivo é sempre o melhor interesse da criança/adolescente, primeiramente se tentará esta mantença com a família natural e somente com a impossibilidade desta, àqueles serão levados a instituições de acolhimento.

Assim, após verificar-se que a família biológica ou estendida não tenha condições de amparar esta criança/adolescente, surge a adoção como última alternativa, permanecendo sob a tutela do Estado nas instituições de acolhimento, espaço no qual não há efetivamente o convívio familiar. Sobre o tema, Tarciane Isabel Conrad relata:

> [...] as instituições de acolhimento não conseguem suprir o papel fundamental da família, que é proteger e promover a dignidade de seus membros através da construção de vínculos afetivos, pois trata-se apenas de uma relação institucional, sem a construção de vínculos duradouros com um adulto. [...] diante da fragilidade e da precariedade dos vínculos que se estabelecem em instituições de acolhimento, o instituto da adoção surge nesse contexto como um instrumento capaz de promover a interação familiar, dando uma nova oportunidade para aquelas crianças que se encontrem abrigadas nessas instituições e afastadas de sua família natural, constituírem uma nova família. A adoção se revela importante alternativa na tentativa de promover a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, pois é uma oportunidade para que o adotando possa desenvolver-se dignamente no seio de uma nova família, de um novo lar, com pais afetivos que se importem com ela e que forneçam os meios necessários para que cresça de forma saudável, uma vez que isso não foi possível no âmbito de sua família natural (CONRAD, 2019, p. 222).

Por certo, os abrigos ou instituições de acolhimento têm por objetivo o caráter provisório, com propósito de reinclusão em seu núcleo familiar e, uma vez superada esta possibilidade, avança-se no rito da adoção, permitindo-se que a criança/adolescente possa desfrutar de um convívio em família, e um lar sadio, como desde o início de sua vida era para ter sido. Por conta disso, a lei menciona, um prazo máximo de dezoito meses para a permanência nestas instituições, sendo que este

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prazo foi modificado em 2017 pela lei 13.509 em seu artigo 19, parágrafo 2°18, no qual anteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente previa um prazo máximo de dois anos. Porém, por mais que a lei tenha tido alterações, na tentativa de assegurar melhores condições aos interesses da criança/adolescente, a realidade não é bem esta, seja por questões burocráticas ou de outra ordem, como será visto no decorrer deste trabalho.

Prova disso, são os dados do Cadastro Nacional de Adoção, retirada da página eletrônica do Conselho Nacional de Justiça, que apontavam um total de 8.911 (oito mil novecentos e onze) crianças cadastradas para adoção enquanto que existem 46.395 (quarenta e seis mil trezentos e noventa e cinco) pretendentes habilitados para adoção no Brasil. Tais dados refletem exatamente o quadro da adoção no Brasil, pois existem mais pessoas dispostas a adotarem do que crianças disponíveis a adoção, o que poderia ser algo excelente, haja vista que implicaria na redução da permanência da criança/adolescente em instituições de acolhimento, assim como a diminuição no trâmite do processo de adoção. Porém, a busca do 'filho perfeito' acaba por gerar uma improporcionalidade destes números, conforme destaca Paula Andrade:

> As casas de acolhimento e instituições públicas abrigavam em 26 de março de 2020, 34.820 crianças e adolescentes. Mais de 60% são adolescentes e a divisão entre os gêneros é quase idêntica. [...]
>
> Os adolescentes compõem a maior parte dos acolhidos no Brasil: ao todo, são 9.420 com mais de 15 anos de idade. Destes, um terço está acolhido há mais de três anos e não têm irmãos nas mesmas condições. Em 3% dos casos, há diagnóstico de deficiência intelectual e, em 4%, há presença de problemas de saúde. No outro extremo, estão as crianças na fase da primeira infância – de 0 a 6 anos. Juntas, elas somam 9.160 acolhimentos. Cerca de 2.400 bebês com até 3 anos aguardam até seis meses pelo retorno a família de origem ou pela adoção. Este é o mesmo tempo de acolhimento a que estão submetidas a maioria das crianças com 3 a 6 anos (ANDRADE, 2020).

Igualmente, Lenir Camimura refere a preferência na busca de uma criança

18 Art. 19. [...]
§ 2°. A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

para adotar:

> Os dados também confirmam que, à medida que a idade aumenta, o número de adoções é menor. De acordo com o relatório, do total de adoções realizadas, 5.204 (51%) foram de crianças de até 3 anos completos; 2.690 (27%) foram de crianças de 4 até 7 anos; 1.567 (15%) foram de crianças de 8 até 11 anos; e 649 (6%) foram de adolescentes acima de 12 anos. [...] Quanto aos pretendentes, há mais de 34 mil habilitados no cadastro do SNA. Desses, aproximadamente 93,8% ainda não estão vinculados a qualquer criança ou adolescente. Esses dados reforçam que o perfil desejado pode refletir na demora do andamento do processo, pois não é possível vincular os pretendentes ao perfil existente das crianças e adolescentes disponíveis para adoção (CAMIMURA, 2020).

Com isso, percebe-se que embora se tenha crianças/adolescentes para suprir toda a demanda de pessoas que queiram adotar, há fatores que impedem sua efetivação. A busca por crianças sem problemas de saúde e preferência de idade de até 3 anos, limita as crianças disponíveis, consequentemente retardando ou impossibilitando a adoção daqueles que não se enquadram neste contexto. Logo, dependendo do perfil da criança/adolescente, o prazo de permanência em instituições de acolhimento, supera o estabelecido em lei.

Contudo, apesar destes entraves a adoção se apresenta como última alternativa para a garantia de dignidade a estas crianças/adolescente, vítimas da desestrutura familiar e da ausência de reinserção em seu núcleo familiar original. Assim cabe conceituar a adoção, nas palavras de Raquel Antunes de Oliveira Silva:

> Do ponto de vista jurídico, a adoção é um procedimento legal que consiste em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para crianças/adolescentes todos os direitos e deveres de filho, quando e somente quando forem esgotados todos os recursos para que a convivência com a família original seja mantida. [...] A adoção representa também a possibilidade de ter e criar filhos para pais que não puderam ter filhos biológicos ou que optaram por ter filhos sem vinculação genética, além de eventualmente atender às necessidades da família de origem, que não pode cuidar de seu filho (SILVA, 2012, p. 27).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Importante registrar, uma vez mais, que a adoção tem o objetivo de garantir o melhor para a criança/adolescente, permitindo ao fim e ao cabo desse processo, que o ator principal desta celeuma tenha melhores condições na nova família do que na instituição de acolhimento.

Registre-se, por oportuno, que a doutrina aponta vários tipos de adoção – adoção a brasileira, adoção de maiores de idade, adoção póstuma, dentre outras -, as quais não serão objeto de análise neste trabalho, pois destina-se a discutir a adoção legal, com a rigorosa observância da lei, obedecendo-se o rito processual e as devidas fases da adoção, no qual o(s) adotante(s) tem total ciência das necessidades da criança/adolescente, foco de todo o processo. Além disso, haverá a atuação de profissionais, que acompanharão o(s) adotante(s) e adotando(s), verificando se aquele possui condições para receber em sua família uma criança/adolescente, capaz de garantir-lhe e propiciar-lhe um ambiente saudável para a formação do cidadão.

Dessa maneira, cumpre salientar as várias fases do procedimento de adoção, conforme o referido por Luiza Felipe:

> O processo de adoção ocorrerá judicialmente à semelhança de uma demanda, respeitando-se os procedimentos previstos na Lei nº 8.069/1990 e na Lei nº 12.010/2009. O procedimento da adoção é dividido em seis principais fases, quais sejam: petição inicial de habilitação, etapa de preparação dos pretendentes a adotantes, deferimento do pedido de habilitação e inscrição no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), requerimento de adoção, estágio de convivência e sentença (FELIPE, 2016, p. 26).

Importante destacar que a adoção é ato que se origina judicialmente, necessitando assim de uma petição inicial para que se de inicio. Dessa forma, Luiza Felipe relata o processo inicial:

> [...] o processo de adoção deve se iniciar com uma petição inicial de habilitação, preparada por um defensor público ou particular, a qual deve ser protocolada no Juízo da Infância e da Juventude, acompanhada de alguns documentos, como certidão de casamento ou nascimento, cópia da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, entre outros. Só depois de aprovado, os nomes dos pretendentes à adoção serão habilitados a constar no Cadastro Nacional de Adoção (FELIPE, 2016, p. 27).

Antes de ser concedido o pedido de habilitação, o candidato adotante deve

participar de uma preparação, conforme bem lembra Munnik Tayla Ribeiro Pedrosa, pois são modificações trazidas pela Lei 12.010/2009 e a Lei 13.509/2017, no Estatuto da Criança e do Adolescente, relatam a necessidade do candidato à adoção participar de programas oferecidos pela Justiça da Infância e da Juventude:

> [...] tornou-se impreterível o período preparatório dos postulantes à adoção antes de seu cadastro nos sistemas de adoção, com a obrigatoriedade de participação em programas oferecidos pela Justiça da Infância e da Juventude e com a intervenção da equipe interprofissional a serviço do Juízo e dos grupos de apoio (PEDROSA, 2017, p. 17).

Nesta fase, o candidato adotante terá contato supervisionado por profissionais - como psicólogos e assistentes sociais -, com as crianças/adolescentes que estão aptas para adoção. Neste momento, eles serão analisados e instruídos de como é a adoção, os percalços a serem vencidos e as agruras que a criança/adolescente perpassou até chegar às instituições de acolhimento. Nas palavras de Munnik Tayla Ribeiro Pedrosa, "É preciso expor que as pessoas que esperam serem adotadas já passaram por um ciclo de rupturas e não são seres perfeitos" (PEDROSA, 2017, p. 18). Assim, terão que ter conhecimento da situação e paciência para saber ajudar estas crianças/adolescentes, para sempre preservar o seu melhor interesse.

Em seguida, verificando o juiz os laços formados entre os envolvidos, candidato a adoção e propenso adotando, deferirá o necessário estágio de convivência, cujo propósito é que os envolvidos consigam estreitar mais suas afinidades, visto que não são acompanhados de profissionais, tendo mais liberdades para se conhecer melhor, com uma maior interação e entrosamento, necessário passo para a formação de vínculos. Encontra-se positivado no artigo 4619, do ECA e, conforme o disposto, terá uma duração de no máximo 90 dias, podendo ser prorrogado por igual período, na forma do parágrafo 2°20 ou ainda dispensado, nas condições do parágrafo 1°21, ambos do mesmo artigo alhures referido.

---

19 Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.

20 Art. 46. [...]

§ 2º. A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

21 Art. 46. [...]

§ 1º. O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Importante destacar que no estágio de convivência, ainda não há vínculo jurídico entre o adotando e adotante, podendo legalmente, ocorrer a desistência da adoção neste período. Em virtude desta fase se tornar muito longa, há certos questionamentos em relação a esta desistência, é o que refere Majoí Coquemalla Thomé:

> Embora os vínculos jurídicos ainda não tenham se formado, é possível que os vínculos afetivos já existam, assim, da perspectiva da criança, o abandono no estágio de convivência pode não diferir daquele efetuado após a adoção, se a criança já se sentir parte da família. Importante ressaltar que, em razão da não uniformidade dos procedimentos adotados nas Varas da Infância e Juventude no Brasil e da morosidade decorrente da carência de equipes técnicas e ausência de varas especializadas, há comarcas em que o estágio de convivência e/ou a guarda provisória são demasiadamente longos; assim, ainda que a adoção não tenha sido consumada no plano jurídico, pode já ter sido no plano psicológico, do ponto de vista da criança (TOMÉ, 2018).

Ainda sobre o estágio de convivência, Anna Carolina de Souza Fernandes explana sobre sua importância na já criação de laços entre adotante e adotado.

> O período de adaptação não somente servirá para o magistrado avaliar, mas também para as partes criarem laços de afeto e convivência, mais calorosos do que aqueles feitos nas visitas supervisionadas no abrigo. Os pretendentes irão aprender mais sobre a criança ou adolescente, aprender como será o dia a dia com um novo integrante na família, o jeito que irão conduzir, a personalidade do adotando, do que mais gosta, os cuidados, educação e responsabilidades. Na situação de adotando, servirá para adaptação da criança no novo seio familiar, com pessoas novas, casa nova, e, consequentemente, uma nova vida (FERNANDES, 2019, p. 47).

Com isso, pode-se dizer que a contar desta etapa em diante, já há laços formados entre o adotante e adotando, gerando certa expectativa a criança/adolescente na constituição da nova família, surgindo a partir disso, o questionamento se há responsabilidade civil em caso de desistência da adoção por parte do(s) adotante(s) quando já iniciado o período de adaptação, o que será objeto de abordagem no próximo capítulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADOTANTE QUE DESISTE EM MEIO AO PROCESSO DE ADOÇÃO

A responsabilidade civil é um instituto que tem por objetivo reparar, mediante indenização, o dano que alguém causou a outro, por ato ilícito, conforme prevê o artigo 92722 do CCB. Desse modo, esse instituto é apenas a tentativa de reparar o que o agente sofreu, indenizando-o de acordo com o que se pode presumir do dano, com intuito de retorno a situação anterior. Desta forma, Munnik Tayla Ribeiro Pedroza, relata: "Portanto, a importância da responsabilidade civil está na busca pela reparação ou compensação do dano sofrido pela vítima, aproximando-lhe de uma situação mais próxima a que estava antes da ocorrência do prejuízo, além de penalizar o causador do dano" (PEDROSA, 2017, p. 21).

Contudo, a responsabilidade civil se divide em duas: contratual e extracontratual, podendo esta ser subjetiva (culpa provada e culpa presumida) ou objetiva (abuso do direito, atividade do risco, fato do produto, fato de outrem, fato da coisa, do Estado e dos prestadores de serviços públicos, nas relações de consumo); enquanto aquela, com obrigação de resultado, e com obrigação de meio (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 21).

Logo, cabe mencionar quanto culpa na responsabilidade civil, podendo ser objetiva ou subjetiva. A primeira, quando não se precisa comprovar culpa, ou seja, quando se presume pela atividade exercida, conforme o disposto no artigo 927, parágrafo único, do CCB23; já a segunda, quando há necessidade da comprovação do elemento culpa, tudo nos termos dos artigos 186 e 187, do CCB24. Para melhor compreensão, Anna Carolina de Souza Fernandes descreve:

> Para que se configure a responsabilidade subjetiva, é necessário, além da conduta, nexo causal e dano ocasionado, que seja comprovado o elemento culpa. Ou seja, o agente age de forma comissiva ou omissiva, com intenção (dolo) ou por negligência, imprudência e imperícia (culpa), causando dano a

22 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

23 Art. 927. [...]

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

24 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.

Art. 187. Também comente ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exerce manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> outrem. A teoria objetiva, diferentemente da subjetiva, prescinde da culpa para sua configuração, admitindo, pois, a responsabilização do agente pelo dano causado, sem que seja configurado o elemento culpa (FERNANDES, 2019, p. 29).

Nesse mesma linha de pensamento, Sergio Cavalieri Filho menciona:

> A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17).

E continua Sergio Cavalieri Filho, a discorrer sobre o direito subjetivo, em que em primeiro momento pensa-se somente em proteger direitos pactuados contratualmente, porém tem-se àqueles da esfera extracontratual, que merecem ser respeitados com absoluta prioridade, pois são direitos personalíssimos, garantidos constitucionalmente:

> Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 19).

Portanto, o elemento culpa, no direito subjetivo é essencial, por isso sempre que se estiver falando de possibilidade de reparação civil, deve ser analisada a conduta do agente que praticou o ato que causou dano a outrem. Nesse passo, a medida que se cogita uma reparação civil (indenização), há que se ter como premissa prejuízos materiais (de bens) ou também danos morais, quando direitos fundamentais são atingidos.

Feito esse necessário introito, mister analisar até que ponto há responsabilidade civil do adotante em razão da desistência da adoção, o que implica na análise de dois princípios constitucionais que amparam estas relações, conforme refere Luiza Felipe "[...] princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta em relação à proteção integral à infância e à juventude" (FELIPE, 2016, p. 46). Estes princípios devem sempre ser observados, visto que o princípio da dignidade da pessoa humana vai assegurar direitos básicos para todos os seres humanos, como saúde, educação, a alimentação, etc.; bem como, aqueles

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que atingem sua personalidade. Em seguida, importante destacar quando se fala em criança/adolescente, o princípio da proteção integral à infância e à juventude, cabendo desta forma, ao Estado, à família e à sociedade assegurar as melhores condições a estas crianças/adolescentes. Quando a família falha, necessariamente o Estado é chamado a intervir.

Contudo, faz-se necessária uma breve explanação sobre termos utilizados para designar a desistência da adoção em relação ao adotando, ou seja, a forma mais correta de nominar esse rompimento: devolução ou reabandono da criança/adolescente, como destaca Majoí Coquemalla Thomé:

> Ao tratar os casos como "reabandono" e não "devolução" imprime-se aos adultos a condição de abandonadores, tirando-os da posição de pessoas que estão devolvendo algo danificado ou que não as pertence. Também se modifica o papel da criança, que deixa de ser tratada como objeto e passa a ser vista como pessoa, alguém que não teve sua vontade considerada (THOMÉ, 2018).

Assim sendo, o termo a ser utilizado vai interferir significativamente no resultado a que se almeja referir, ou seja, quando se desiste da adoção, é ato praticado pelo adotante e o termo 'devolução' remete que a culpa é do adotando, objetificando a criança/adolescente. Torna, simples e fácil a conduta, 'caso não der certo, devolve'. Já por 'reabandono', coloca-se a criança/adolescente com sujeitos de direitos, e o adotante como um sujeito infrator.

Nesse passo, mister sempre repisar que a criança/adolescente merece uma vida digna com todos os seus direitos garantidos e, quando se cogita em 'devolução' do propenso adotado, estar-se-á violando estes princípios, implicando a devida responsabilização, nas palavras Luiza Felipe:

> [...] é patente que com a ocorrência deste ato odioso de devolução, esses seres têm os seus direitos mais elementares violados, de maneira que não se pode permitir que atitudes como essa saiam impunes, sendo necessário encontrar meios para desencorajar tal prática, como a possibilidade de indenização por danos morais [...] (FELIPE, 2016, p. 46).

Dessa forma, quando se refere desistência da adoção, é importante pensar-se que o pólo mais afetado e que mais sofre na relação, é o adotando, cujo depoimento perante o magistrado é de grande relevância, conforme Majoí Coquemalla Thomé:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Por se tratar de um ser humano, e não de um objeto, é interessante que os juízes sempre ouçam a criança ou o adolescente nos processos que versam sobre eles, respeitando as possibilidades e o desenvolvimento de cada um. Ao ser ouvida, a criança participa da definição do seu destino e pode ajudar a nortear o Juiz sobre qual seria a melhor solução para seu caso (THOMÉ, 2018).

Registre-se que não há que se cogitar em desistência da adoção após a sentença de constituição de mérito, visto que a própria Lei 8.069/1990, em seu artigo 39, parágrafo 1°25, remete que a adoção é ato irrevogável, produzindo efeitos após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, conforme artigo 47, parágrafo 7°26. Sobre isso, refere Jamara Rayssa Camelo da Silva:

> A devolução do adotando fere a dignidade da pessoa humana, causando-lhe evidente dano moral. E, nos casos da desistência após a sentença constitutiva, ofende, além da dignidade, o princípio da responsabilidade parental (art. 100, parágrafo único, IX, do ECA) e o princípio da não discriminação entre filhos pela origem da filiação. O primeiro efeito da sentença constitutiva é a condição de filho, passando a criança/adolescente a gozar dos mesmos direitos e deveres atribuídos aos demais filhos, sejam biológicos ou não. A irrevogabilidade da adoção, após o trânsito em julgado da sentença, surge dessa condição de igualdade entre os filhos, uma vez que a filiação é eterna, independentemente de qual seja a sua origem. Não se extingue o vínculo de filiação nem mesmo com a morte dos adotantes ou do adotando. Quando o adotante devolve o filho, já legalmente adotado, está negando a sua responsabilidade parental, abandonando afetivamente a criança/adolescente que já é seu filho (SILVA, 2018, p. 38-39).

Seguindo nesta mesma linha de raciocínio, há que se estudar sobre a possibilidade ou não da desistência da adoção durante o estágio de convivência.

25 Art. 39. [...]
§1°. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.
26 Art.47. [...]
§7°. A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no §6 do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Como já abordado anteriormente, esta etapa está vinculada a um período de adaptação tanto para o adotando como para o adotante. Porém, não se pode negar que o tempo havido em família gera expectativas na efetivação da adoção, a qual é muito maior por parte do adotando. Sobre isso, Anna Carolina de Souza Fernandes refere:

> Durante esse período a devolução do adotando ao lar estatal é lícita, tendo em vista que a sentença que defere a adoção ainda não fora proferida. No entanto, o que se nota é a desistência do processo de adoção de forma injustificada, de forma que não gera nenhuma responsabilização para estes pais, em que pese essa devolução durante o período probatório nem sempre seja passível de responsabilização. Porém, salienta-se para que o procedimento da adoção chegue no estágio de convivência, os pretendentes e o adotando já passaram por outras avaliações e análises que o antecedem (FERNANDES, 2019, p. 49).

Com isso, verifica-se que muitas vezes a desistência da adoção no estágio de convivência passa impune, em virtude de não ser ilícita a devolução nesta fase, haja vista que a sentença de adoção ainda não ter sido proferida. Porém Anna Carolina de Souza Fernandes destaca:

> A responsabilização destes pretendentes não é pautada somente no ato de devolução da criança, mas sim quando estes excedem os limites de boa-fé, quando devolvem essas crianças sem um motivo justificável, por motivos banais, falta de compreensão. Como explicado, a devolução neste período ela é licita, podendo o pretendente o fazer até a sentença. Porém, nas circunstâncias em que as crianças são devolvidas, poderá haver responsabilização destes pais que já passaram por tantas outras avaliações antes de obter a guarda da criança. Assim, é possível concluir que a desistência do processo pode causar danos na criança e/ou adolescente (FERNANDES, 2019, p. 53).

Dessa maneira, quando se aborda o assunto atinente a desistência da adoção, é relevante analisar os motivos que levaram a tal ato, pois isso será ponto primordial para responsabilizar (ou não) o adotante moralmente, uma vez que a possível justificativa desta desistência talvez seja algo que já estavam cientes que poderia ocorrer, pois foram preparados nas primeiras fases da adoção e mesmo assim deram prosseguimento ao processo de adoção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sobre o assunto, Fernando Moreira Freitas da Silva manifesta sua preocupação quanto a desistência da adoção, trazendo como exemplo o caso ocorrido no Tribunal de Justiça da Paraíba, envolvendo duas irmãs 'devolvidas' após três anos de convivência com a família adotiva:

> "Todos os conflitos narrados na decisão – comportamento agressivo, pequenos furtos na escola, mentiras, desrespeito aos limites, dificuldades de adaptação ao lar – podem ocorrer tanto com filhos adotivos quanto com filhos biológicos. Nunca fui procurado por uma família biológica para entregar o seu filho por tais comportamentos, apesar de eles existirem" (SILVA, 2020).

Com isso, percebe-se que os motivos elencados para justificar a desistência da adoção já são sabidos pelas pessoas que pretendem adotar, haja vista, saberem da realidade das crianças disponíveis a adoção. Existe a necessidade de transpor estas barreiras, visto que, como dito por Silva, estas dificuldades com comportamentos reprováveis, poderão ocorrer até mesmo com filhos biológicos, porém estes não são 'devolvidos'.

Diante disso, cabe expor que a 'devolução' da criança a instituição de acolhimento ocasiona o sentimento de frustração e nova rejeição a criança/adolescente. Nesse sentido, alude Tarciane Isabel Conrad:

> [...] o resultado esperado do estágio de convivência é que resulte na concretização da adoção, com a construção de uma nova família, fraterna e amorosa. Portanto, quando ocorre a devolução da criança às instituições de acolhimento, elas acabam sofrendo um forte abalado emocional ao ver frustrada sua expectativa de ser efetivamente adotada e tornam-se as principais vítimas da situação, visto que além de retornarem para as instituições de acolhimento, vão carregar essa experiência traumática, de ser devolvida, ao longo de suas vidas (CONRAD, 2019, p. 231).

Ainda cumpre salientar as conclusões de Samara Silva dos Santos:

> [...] embora não haja vedação legal impedindo a devolução do adotando durante o estágio de convivência, busca-se, acima de tudo, a proteção integral da criança e do adolescente. Assim, entende-se cabível a responsabilização civil do adotante pelos danos morais causados ao adotando pela sua devolução durante o estágio de convivência nos casos em se configuram

> os atos ilícitos previstos nos artigos 186 e 187 do Código Civil. Não com o objetivo somente de reparar o prejuízo experimentado pela criança ou pelo adolescente, mas para desestimular condutas desta natureza, alertando os adotantes para a seriedade do ato de inscrição para adoção (SANTOS, 2019, p. 45).

Desse modo, entende-se que para a responsabilidade civil do adotante leva-se em consideração o quanto esta criança/adolescente foi atingida pelo ato da 'devolução', que sentimentos as proporcionaram. Considerando se esta era uma vontade, também, da criança/adolescente ou foi gerado expectativa de fazer parte da família, rompendo bruscamente este desejo, trazendo-lhes problemas psicológicos, fruto de nova rejeição.

Contudo, o que geralmente é confundido pelo adotante no estágio de convivência é o seu real objetivo, haja vista que diferentemente do que se pensa, esta etapa não serve para testar se aquele pode ser seu 'filho ideal', e sim período para integração com a família. Assim dispõe Majoí Coquemalla Thomé: "O período antecedente à adoção tem a finalidade avaliar a integração da criança à família e a adaptação mútua; não deve ser encarado como a possibilidade de os adotantes "testarem" a criança para decidir se ela se enquadraria como filha" (THOMÉ, 2018).

Dessa forma, insta destacar que a adoção é ato que se inicia voluntariamente e, após iniciada, gera obrigações e deveres, pois no momento em que as crianças/adolescentes são destituídas do poder familiar e colocadas em instituições, o objetivo é assegurar seu melhor interesse. Desta forma, a adoção, independentemente da fase em que se encontre, deverá o pretenso adotante ter todo cuidado com estas crianças/adolescentes, pois vínculos familiares para estes, poderá já estar formado em sua concepção, tendo expectativa na concretização da adoção.

Outrossim, há que se entender que a desistência da adoção é matéria que diz respeito a responsabilidade civil subjetiva, visto que deve ser analisado cada caso e suas peculiaridades, por se tratar da culpa, pois no momento em que se cogita a desistência da adoção, deve ser levado em consideração que um dos pólos desta relação é integrado por uma criança/adolescente, cujos direitos são personalíssimos.

Para Jamara Rayssa Camelo da Silva, ainda é importante referir sobre perda de uma chance, em que crianças com mais de 5 anos teriam menos probabilidade de serem adotadas sendo desta forma, que ao serem retiradas das instituições de acolhimento e após devolvê-la, implicaria em redução de suas chances para que venha a ser adotada, como bem destaca:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Infelizmente, crianças acima de 5 anos já não estão no interesse da maioria dos adotantes. Assim, é evidente que, conseguir a guarda de uma criança que ainda está na idade mais procurada pelos adotantes e devolvê-la quando já pertence a outro grupo não tão desejável, reduz consideravelmente suas chances de ser adotada posteriormente por outra família. E, como exposto alhures neste trabalho, a devolução passará a constar no histórico do adotando, podendo gerar nos próximos pretendentes um certo preconceito contra o adotando. Conclui-se, portanto, que a devolução, de fato, reduz as chances de a criança/adolescente vir a ser adotada por uma família que possa lhe oferecer condições dignas, afeto e amparo que os adotantes não conseguiram oferecer (SILVA, 2018, p. 40-41).

Ainda, Carlos Roberto Gonçalves relata a o surgimento deste instituto da perda de uma chance e no que consiste sua configuração:

> [...] deve-se à jurisprudência francesa, que desde o final do século XIX entende indenizável o dano resultante da diminuição de probabilidades de um futuro êxito, isto é, nos casos em que o fato gerador da responsabilidade faz perder a outrem a possibilidade (chance) de realizar um lucro ou evitar um prejuízo. Se a chance existia, e era séria, então entra no domínio do dano ressarcível (GONÇALVES, 2012, p.242).

Com isso, entende-se que para incidir a perda de uma chance, deverá o atingido ter um certo prejuízo com a atitude de outrem, na aplicabilidade ao tema, a desistência da adoção deverá ter ocasionado algum dano ao adotando, dano este que não terá como recuperar por não poder voltar o tempo. Além disso, refere que a "Mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível" (GONÇALVES, 2012, p. 256), desta forma, o dano suportado pelo adotando para ter a condenação em indenização, mesmo que moral deve realmente perceptível.

Desse modo, verifica-se que apesar de ser legal a desistência da adoção no estágio de convivência – pois a irrevogabilidade no que tange a adoção, somente dar-se-á com a sentença definitiva -, o que será analisado quanto a eventual responsabilização civil por condenação em indenização por dano moral é a justificativa da desistência da adoção.

Nessa lógica, Majoí Coquemalla Thomé tem a seguinte contribuição:

> [...] algumas desistências durante o estágio de convivência ou guarda provisória são tão devastadoras quanto o abandono e o reabandono. Necessário seria que se analisasse o caso, considerando o tempo de duração do estágio de convivência, o período em guarda provisória e os vínculos formados entre adotantes e adotandos. Afinal, é provável que uma ruptura após bastante tempo de coabitação seja mais danosa do que a desistência já nos primeiros meses de convívio (THOMÉ, 2018).

Salienta-se, que apesar da desistência da adoção no período do estágio de convivência ser legal, deve ser levado em apreço fatores condicionantes que levaram a esta medida, além do tempo que esta fase se perdurou, pois quanto mais tempo conviveram, naturalmente mais laços foram criados, podendo gerar sentimento de novo abandono ou reabandono na criança/adolescente.

Do mesmo modo, Pablo Stolze Gagliano e Fernanda Carvalho Leão Barretto relatam que a desistência da adoção durante o estágio de convivência, em seu sentido estrito, não é ilegal, ou seja, não sendo passível de reparação civil. No entanto, há que se considerar outros aspectos do andamento do processo, a fim de verificar se há incidência de reparação civil ou não:

> Não desconsideramos, contudo, que possa haver intenso sofrimento psíquico para a criança ou o adolescente se, por exemplo, o estágio de convivência se estender por tempo significativo, se ocorrer majoritariamente fora dos limites do abrigo ou se o laço entre as partes se desenvolver com aparência de firmeza, por meio de atitudes capazes de criar no candidato a filho a sólida expectativa de que seria adotado (GAGLIANO; BARRETTO, 2020).

Como se pode perceber, a condenação em danos morais ao adotante desistente durante o período de convivência é um tema que desperta discussão no meio jurídico, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, como será na sequência analisado, mas tudo dependerá dos motivos ou tempo que se levou para esta decisão. Além do que, há que se observar a questão sob outro prisma, haja vista que eventual condenação por danos morais ao pretenso adotante poderá implicar em reflexos aos futuros adotantes, conforme destaca Fernando Moreira Freitas da Silva em site de notícia do IBDFAM, quando abordava o assunto: "Outra preocupação que tenho é que a condenação por danos morais iniba novas famílias adotivas de se habilitarem à adoção por terem medo de não conseguirem e ainda saírem condenadas" (SILVA, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, a indenização, caso venha a ser aplicada, deve ter o condão para desestimular a prática e para reparar o dano que a criança/adolescente sofreu e, somente, quando o estágio de convivência extrapola seu fundamento para aquilo que foi destinado. Nesse passo e com intuito de dar maior credibilidade à pesquisa do presente trabalho, realizou-se pesquisa jurisprudencial nos Tribunais da Região Sudeste e Sul do Brasil, restritivamente aos anos de 2018 a setembro de 2020, tendo as seguintes palavras-chave: "estágio de convivência", "desistência da adoção" e "adoção", para assim verificar como o tema da responsabilização do adotante desistente em meio ao estágio de convivência vem sendo abordado pelos julgadores desses Tribunais.

Desta forma, importante frisar que compõem os Tribunais da Região Sudeste, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro; enquanto o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul integram os Tribunais da Região Sul. Assim, a pesquisa nas páginas eletrônicas destes Tribunais, utilizando os critérios já mencionados, obteve-se os seguintes resultados relacionados ao tema, localizando zero, um, três, cinco, zero, dois e dois, julgados respectivamente.

Partindo-se para uma análise pontual destas decisões - mas que não engloba a todas elas, em razão da limitação do número de laudas da presente pesquisa -, cabe destacar a Apelação Cível n° 1.0702.14.059612-4/001, extraída do site do TJMG, no qual a Desembargadora Hilda Teixeira da Costa acompanhou o voto do Relator Caetano Levi Lopes, condenando os desistentes ao pagamento de indenização por danos morais ocasionados ao adolescente, inobstante a argumentação daqueles quanto as dificuldades de relacionamento do adotando após o nascimento do filho biológico do casal adotante, numa demonstração de ciúmes, insurgindo-se em relação ao tempo dedicado ao recém-nascido, implicando em uma incompreensão e retorno a comportamentos existentes a época do acolhimento institucional. Contudo, o que foi motivador para a condenação dos desistentes foi o fato do vínculo familiar já existir na concepção do adotando, como infere-se de seu voto:

> É dizer, o estágio de convivência se constitui em prol da criança e visa à verificação da adaptação ou não do adotando ao novo lar, não se prestando este estágio para que os pretensos pais adotivos decidam se vão adotar ou não. Isso porque tal decisão deve anteceder o efetivo ajuizamento do processo de adoção, para o fim de evitar danos à criança ou adolescente que já não puderam ficar com seus pais por algum motivo. [...] Neste ínterim, entendo que o ato ilícito que gera o direito a reparação decorre do fato de que os apelantes buscaram, de forma voluntária, o processo de adoção do menor, manifestando,

> expressamente, a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, quando, de maneira súbita e imprudente, resolveram devolver o adolescente, de sorte a romper bruscamente o vínculo familiar, o que implica no abandono do adolescente. [...] Ademais, não há "direito de devolução", posto que se trata de um adolescente que possui direitos fundamentais a serem resguardados [...] (BRASIL, 2018, p. 17-18).

Prosseguindo, menciona o cerne do processo de adoção, e sua necessidade de ser encarado como algo mais sério, visto que é iniciado por ato voluntário dos candidatos a adoção, sabendo que enfrentarão diversas dificuldades com o adotando:

> Com efeito, cabe enfatizar que a adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõem a tal ato, devendo estas ter a consciência e atitude de verdadeiros "pais", o que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas - as quais possam eventualmente aparecer -, a fim de tutelar o menor adotado, assumindo-o de forma incondicional como filho, com o claro objetivo de ver construído e fortalecido o vínculo filial. Desta feita, tendo que em vista que a indenização por dano moral deve ser deferida, nas hipóteses em que se verificar abalo à honra e imagem da pessoa, dor, sofrimento, tristeza, humilhação, prejuízo à saúde e à integridade psicológica de alguém, que interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, de maneira a causar aflição e desequilíbrio em seu bem estar, entendo que restou configurado, *in concreto*, o dever dos apelantes em reparar o dano causado ao menor (BRASIL, 2018, p. 18).

Já no TJSP, cabe destacar a Apelação Cível n° 0003499-48.2013.8.26.0127, a qual trata da adoção de dois irmãos, os quais estavam sob a guarda por quatro anos, ocasião em que os adotantes manifestaram a desistência da adoção em relação ao irmão mais velho, mesmo que isso importasse na não adoção do mais novo. Relataram que a desistência foi ocasionada pelo mau comportamento do adotando, porém durante todo o período de guarda não procuraram os serviços técnicos do juízo, para os auxiliarem nas dificuldades. Desse modo, o Relator Fernando Torres Garcia menciona sobre o objetivo do estágio de convivência, justificando sua decisão:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Não se está aqui a afirmar que os pretendentes à adoção não tenham o direito de desistir do processo como um todo ou da tentativa de se adaptar a determinada criança. Tal desistência, assim como o pedido de adoção em si, é um direito potestativo garantido a todos os adotantes e, bem por isto, prevê a legislação o estágio de convivência, previsto no art. 46, da Lei 8.069/1990. E, por ser potestativo, está à disposição do sujeito para, a partir de escolhas pessoais e imotivadas, optar por exercer ou não determinada opção dada pela legislação. Mas o caso concreto vai além do exercício do direito potestativo de continuar ou não em seu intento de adotar, a partir do exercício da guardiania como medida antecedente à adoção. Envolve o exercício abusivo de tal direito, configurado quanto à omissão na tomada de decisões que reflitam seus efeitos sobre as crianças, levando à construção de um vínculo afetivo concreto que, posteriormente, será quebrado (BRASIL, 2020, p. 15).

Ainda, justifica a condenação em danos morais da seguinte forma:

> **Sendo ilícita a conduta, configura-se o dever de indenizar** que, no caso, bem sopesou os danos de natureza moral sofridos pelas crianças, seja pelo sentimento de repulsa decorrente de uma devolução após a construção da condição psicológica de filho, seja pela efetiva perda da chance de conseguir uma família substituta, bem sabido o aumento da dificuldade de adoção para crianças que chegam à pré-adolescência em abrigos. [...] o pensionamento imposto aqui ganha ares de **reparação pela perda da chance**, conferindo aos irmãos a oportunidade de construírem, no primeiro momento da idade adulta, uma vida minimamente estruturada por si mesmos [...] (BRASIL, 2020, p. 18-20) [grifo do autor].

Entretanto, o mesmo TJSP, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n° 0000189-77.2017.8.26.0229, restou por não acolher o pedido de condenação por dano moral dos desistentes da adoção, para fins de custear tratamento psicológico e a prestar alimentos, inobstante o transcurso de mais de um ano de estágio de convivência. Para tanto, levou em consideração que as adotantes tentaram de todos os meios estabelecer um bom relacionamento com o adotando, os quais restaram infrutíferos em razão dos vícios da relação familiar anterior, inobstante o esgotamento dos recursos empreendidos para tentar superar as experiências traumáticas desde o início da fase de convivência.

Contudo, o entendimento do TJRS demostra a não condenação a título de dano moral em casos de desistência da adoção durante período de estágio de convivência, conforme verifica-se na Apelação Cível nº 70080332737, haja vista que presta-se justamente o estágio de convivência como período de adaptabilidade entre o adotante e adotando, tendo o legislador facultado a desistência antes da concretização da adoção, caso não haja a adaptação esperada.

Do mesmo modo, na Apelação Cível n° 70079126850, os Desembargadores mantiveram a decisão de primeiro grau que havia julgado pela improcedência no pedido de indenização por danos morais em relação aos adotandos, apesar do Ministério Público sustentar que os problemas de convivência poderiam ter sido superados se os adotantes desistentes tivessem aceitado a ajuda da equipe técnica do MM Juízo, demonstrando a despreocupação com os danos que ocasionariam às crianças, as quais não eram perfeitas como idealizavam. Ainda pontua em suas razões recursais, "que as dificuldades apresentadas na convivência foram dificuldades normais, usualmente verificadas na adaptação de qualquer estágio de convivência, prévio à adoção" (BRASIL, 2019, p. 6). Nesse sentido, pertinente transcrever parte das razões do recurso, as quais foram transcritas no acórdão:

> *O primeiro abandono já macula a vida e a psique de uma criança ou adolescente. O menor passa a residir em um acolhimento institucional onde é bem tratado, mas, não se pode comparar com o aconchego e a segurança que uma família traz. Uma criança de 8 anos, por exemplo, não saberá distinguir que aquele "estágio de convivência" é um tempo para quem lhe esta adotando obtenha a certeza se a quer ou não; para o menor, ele finalmente está encontrando o amor e carinho que tanto precisava. Entende-se que este período de adaptação é viável, mas,* ***não dando direito aos adotantes de uma forma injustificada e inescrupulosa devolver o adotando sem motivação, fazendo com que o menor sofra com a rejeição novamente*** (BRASIL, 2019, p.16-17) [grifo do autor].

No entanto, o Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, redator, diverge do MP não condenando os adotantes em dano moral, acompanhando a divergência os outros Desembargadores. Sua justificativa seria que o estágio de convivência teria a serventia de verificação de vínculos entre adotante e adotando e que o pouco período - de menos de um mês -, não poderia ter gerado dano. Desta forma, declara:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Ora, entender de forma contrária, além de não possuir respaldo legal, causaria efeito danoso no sistema de adoção, pois acabaria por afastar os casais que, receosos de sofrerem futuro processo judicial de reparação de danos, sequer se habilitariam a adotar uma criança. Além disso, não houve qualquer demonstração de que o pouco convívio havido entre os demandados e as crianças tenha gerado algum vínculo afetivo entre os mesmos, tendo a Assistente Social Andréa Panozzo, ouvida à fl. 109, informado, inclusive, que não mudança comportamental das crianças ao voltarem para o lar, que facilmente voltaram à rotina que possuíam antes (BRASIL, 2019, p. 33).

No que tange ao TJSC e TJRJ, não foi possível a análise dos julgados na íntegra, em razão de se encontrarem em segredo de justiça, não sendo disponibilizados o seu inteiro teor para uma análise mais precisa. Cabe mencionar, que com na análise destes julgados observou-se que as demandas foram requeridas pelo Ministério Público, a quem representa as crianças/adolescentes e tinham como valor médio de indenização por dano moral o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Realizou-se a pesquisa no âmbito do STJ, a fim de verificar se o tema abordado já estaria pacificado nesta Corte, com isso obteve-se quatro decisões monocráticas sobre o assunto. No entanto, os julgados por se tratarem recurso especial, não discutem os fatos abordados em sede ordinária, mencionando somente sobre o valor de indenização e cabimento dos recursos, motivo pelo qual não foram objeto de maior digressão por parte da presente pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou compreender se o instituto da responsabilização civil seria cabível (ou não) ao pretenso adotante em razão da desistência em meio ao estágio de convivência – uma das fases do processo de adoção -, ato que a lei trata como legalmente possível, mas que, em razão da frustração da expectativa criada junto ao adotando, implicaria na configuração de ato ilícito, podendo ensejar danos e por consequência o pagamento de indenização. Dessa forma, objetivou-se com a presente pesquisa analisar se há efetivamente a proteção a criança/adolescente diante deste aspecto, preservando sua dignidade humana, além da convivência familiar e seu melhor interesse. Nesse passo, para atingir esse propósito, foi realizada análise dos julgados dos Tribunais da Região Sudeste e Sul do país disponibilizados na página eletrônica oficial de tais órgãos julgadores, limitado àquelas decisões que não estavam sob segredo de justiça, o que impediu uma análise do inteiro teor do acórdão e, por óbvio, um estudo mais aprofundado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para isto, o primeiro capítulo abordou a evolução histórica do instituto da adoção, desde antes mesmo de ser regulada por legislação, perpassando por positivação da lei cujo objetivo não era preservar os direitos do adotando, mas tão somente os interesses do adotante. Contudo, o estudo mostrou que a partir da promulgação da CRFB/1988, calcada sob o viés da dignidade da pessoa humana, ratificada pelas leis infraconstitucionais como o ECA/1990 e pela recente Lei de Adoção, o paradigma central passou a ser a proteção às crianças/adolescentes, rendendo-lhes maiores garantias e o merecido protagonismo.

Por seu turno, o segundo capítulo abordou o processo de adoção em todas as suas fases, com ênfase ao estágio de convivência, que nada mais é do que um período de adaptação que ocorre antes da guarda definitiva da criança/adolescente, prevendo expressamente a lei a possibilidade de ocorrência da desistência pelo pretenso adotante, o qual almeja seu 'filho ideal', expectativa diametralmente oposta ao adotando, que entende como uma oportunidade de constituição de uma nova família. Outrossim, no presente capítulo verificou-se que, apesar da lei ter evoluído na tentativa de tornar menos moroso o tempo de permanência em instituição de acolhimento, não é o que ocorre na realidade, seja pela demora na destituição do poder familiar, seja pela espera por um pretenso adotante ou o desfecho do processo de adoção, com a sentença.

Por último, o terceiro capítulo buscou propiciar que o tema fosse evidenciado na prática, tornando-o mais próximo ao analisar os julgados dos Tribunais, mencionando as justificativas das decisões que condenaram ou não o(s) adotante(s) por sua desistência em meio ao estágio de convivência, as quais tinham por esteio o tempo de contato havido entre adotante e adotando, o que implicaria na configuração de grandes laços afetivos formados, gerando na criança/adolescente grandes expectativas na concretização da adoção, acarretando-lhes danos psicológicos em razão de uma nova rejeição.

Ante todo o exposto, pode-se perceber que o direito não é estático, ou pelo menos não é assim de deve ser entendido: a norma existe para ser aplicada, mas também interpretada. Certamente, o Direito evoluiu para o que existe hoje devido a uma nova concepção da letra da lei, ou seja, uma nova interpretação para garantia da dignidade e direitos fundamentais a todos que necessitem. Por outras palavras, o direito nada mais é, do que uma resposta aos anseios de uma sociedade, devendo se adequar de acordo com os problemas vividos e descobertos ao longo dos anos.

Por conta disso, pode-se entender que os julgadores não menosprezam o direito de nenhum dos polos envolvidos, tratando para que as pessoas que tenham vontade de adotar não fiquem com receio de se habilitar a adoção por medo de que, mesmo com reais expectativas na concretização da adoção e por motivos justificáveis

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

na desistência, ainda assim sofrerem condenação ao pagamento de indenização. De outra parte, protegem o adotando, preservando seus direitos - já fragilizados por toda a vulnerabilidade a que foi exposto -, zelando para que seus sentimentos não sejam novamente feridos, especialmente frente a expetativa de inserção em uma nova família, preservando assim seu melhor interesse. Neste cenário, de um total de treze decisões referentes ao estudo, tem-se sete deles pela condenação do adotante desistente e seis pela não condenação, com isso percebe-se que os julgadores estão realmente analisando cada caso, para assim verificar se a aplicabilidade da indenização está realmente cumprindo sua função, ou seja, a tentativa de reparar a criança/adolescente que obteve algum prejuízo com a desistência.

Nesse contexto, conclui-se a partir da análise dos julgados e da doutrina, que a fixação de dano moral pela desistência em meio ao processo de adoção é plenamente possível, inobstante não seja vedado pela lei. Contudo, tendo como norte o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, somado ao fato de que o protagonismo durante o processo de adoção é da criança/adolescente, há a possibilidade real de que o desistente venha a ser condenado, especialmente após um considerável tempo de convivência com o adotando, pois estariam já consolidados os laços de afeto com a família adotiva, além do que uma nova rejeição poderia impactar negativamente neste indivíduo em formação. Entretanto, há que se também registrar, que o julgador deve ter em mente que a condenação em danos morais ao adotante que desiste em meio ao processo de adoção não pode ser banalizado, sob pena de implicar reflexos desfavoráveis ao instituto da adoção, afastando os interessados em adotar, ato que acima de tudo deve ser pautado pelo amor, carinho, empatia e abnegação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paula. **SNA detalha estatísticas da adoção e do acolhimento no Brasil**. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/estatisticas-da-adocao-e-do-acolhimento-no-brasil-sna/. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. **Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República,

[1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidente da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (2ª Câmera Cível). **Apelação Cível n. 1.0702.14.059612-4/001**. Apelação cível. Ação civil pública. Ministério público. Legitimidade ativa *ad causam* ocorrente. Guarda provisória. Desistência da adoção durante o estágio de convivência. Negligência e imprudência dos adotantes caracterizada. Dano moral configurado. Dever de indenizar presente. Valor da indenização mantido. Recurso não provido. [...]. Recorrente: Rodrigo Fernando Souza Valadão de Castro e Susane Vicentini Gabas. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Alexandre Rosa Basilio. Relator: Des. Caetano Levi Lopes, 27 de março de 2018. Disponível https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=EA861C42045248F4E1A7FD11471926B3.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=10&numeroUnico=1.0702.14.059612-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª Vara Criminal). **Apelação Cível n. 0003499-48.2013.8.26.0127**. Responsabilidade civil – Indenização por danos morais – Casal que obtém a guarda de irmãos para fins de adoção, após visitas e convivência prévia – Exercício da guarda por mais de quatro anos, sem qualquer pedido comprovado de acompanhamento psicológico ou manifestação de desistência na preparação para a adoção – Manifestação pela desistência em relação a um dos irmãos depois que os laços afetivos já haviam se consolidado, gerando nas crianças sentimento de integração à família e formação de parentesco pela socioafetividade [...]. Recorrente: Getúlio Carlos Nunes e Aparecida Tsuzuke. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal), 10 de agosto de 2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getarquivo.do?conversationid=&cdacordao=13855949&cdforo=0&uuidcaptcha=sajcaptcha_435e516f83fd41368b077f119206c808&grecaptcharesponse=03agdbq25ipf35lc7mzeb6bdy6w6yqfvmuurvvz5zhsi36ylbers2q4mv5m5wlsohi8dg3txu1ecy8fa90v5vtcvajzgbczudglnhy5ln4w07x7mgsvfeqpu2rpm7u0sfslutc4mkuunllcl02dhhtizuqjlgh6npgdg2lw5bfuw0gs9dfdbekxldvfhkbeknrzso86kge9nxubdcrr18kt51ibns0kaov1ykorhmtrnoc-ftaso041rvvghjf6rvo0m_qde9x3gpaeskac35m0fw3kpq_gfzdft_copuqyeryj_cjs_kdqirweevmtifgm6xtfq7qsx5vfexmkxc5opu2gpat4yn66wgalp9afradbpi0y3leuk5rilnengoqbyzfxvwmolqu7r5b2t97zlfk

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pueotcmb1je7jzg9wptcl2d5mjqdqjdqqwweoztuutg1kaekeiyeyldxntg. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª Vara Judicial). **Apelação Cível n. 0000189-77.2017.8.26.0229**. Apelação. Ação de adoção. Sentença de improcedência. Condenação das postulantes a custear tratamento psicológico e a prestar alimentos. Reacolhimento. Menor entregue ao Juízo durante o estágio de convivência com as pretendentes. Impossibilidade de impor, neste feito, a condenação das recorrentes. Pedido formulado que visava tão somente à adoção do menino. Inobservância do limite objetivo da demanda. Aplicação do princípio da adstrição. Inteligência do art. 492 do CPC. Condenação das antigas guardiãs. Transferência do múnus à instituição de acolhimento. Cessada a guarda, inexiste obrigação à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. [...]. Recurso provido. Recorrente: Renata Floriano Costa e Juliana Cristina Alves Costa. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Sulaiman Miguel, 15 de junho de 2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/getArquivo.do?cdAcordao=13660534&cdForo=0. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70080332737**. Apelação. Ação Civil Pública. Menores em estágio de convivência com casal adotante. Devolução das crianças. Indenização por dano moral. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 46, prevê que a adoção será precedida de estágio de convivência, que, nada mais é do que um período de adaptação da criança com a nova família e dessa família com a criança. No caso, o estágio de convivência restou frustrado, seja pelo comportamento das crianças, entendido como inadequado pelos adotantes, ou mesmo por estes não estarem realmente preparados para receber novos membros na família. [...]. Recurso desprovido. Recorrente: M.P. Recorrido: E.S.E.W. e P. A. W.

Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). **Apelação Cível n. 70079126850**. Apelação Cível. Ação Civil Pública. Pedido de arbitramento de indenização. Danos morais. Abuso de direito. Inocorrência. Estágio de convivência. Desistência da adoção. Sentença de improcedência mantida. Considerando que a função do estágio de convivência é, justamente, buscar a adaptabilidade do(s) menor(es) ao(s) adotante(s) e deste(s) à(s) criança(s), [...]. Apelação desprovida, por maioria. Recorrente: M. P. Recorrido: A.S.A. e N.A.G. Relator: Rui Portanova, 04 de abril de 2019. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 15 out. 2020.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; ALDROVANDI, Andrea. Adoção no Brasil: Aspectos Evolutivos do Instituto no Direito de Família. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 15, p. 7-35, 2010. Disponível em: http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5178/Ado%c3%a7%c3%a3o%20no%20Brasil.pdf?sequence=1. Acesso em: 15 set. 2020.

CAMIMURA, Lenir. **Dados consolidados apontam 10 mil adoções em cinco anos no Brasil**. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/dados-consolidados-apontam-10-mil-adocoes-em-cinco-anos-no-brasil/#:~:text=O%20tempo%20m%C3%A9dio%20entre%20o,pela%20defini%C3%A7%C3%A3o%20do%20perfil%20pretendido. Acesso em: 28 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Disponível em: https://pt.slideshare.net/marienfa/srgio-cavalieri-filho-programa-de-responsabilidade-civil-10-ediao-2012-1. Acesso em: 27 maio 2020.

CONRAD, Tarciane Isabel. Responsabilidade civil dos adotantes e a (in)aplicabilidade do dano moral em caso de desistência: entendimento dos Tribunais de Justiça da Região Sul. *In:* VERONESE, Josiane Rose Petry (org.); SILVA, Rosane Leal da (org.). **A Criança e seus Direitos**: entre violações e desafios. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 213-255. *E-book*. Disponível em: http://www.editorafi.org. Acesso em: 24 mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. *E-book*. Disponível em: https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1527-Manual-de-Direito-das-Famlias-Maria-Berenice-Dias-11-ed-2016.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

FELIPE, Luiza. **A responsabilidade civil dos pretendentes à adoção nos casos de desistência da medida durante o estágio de convivência**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)- Centro de Ciências Jurídicas-Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/172867/TCC%20(1).pdf?sequence=1. Acesso em: 05 maio 2020.

FERNANDES, Anna Carolina de Souza. **A responsabilidade civil dos pretendentes à adoção ante a desistência durante o estágio de convivência.** 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade do Extremo Sul

Catarinense, Criciúma, 2019. Disponível em: http://repositorio.unesc.net/handle/1/7549. Acesso em: 05 maio 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção**. 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/.../Responsabilidade+civil+pela+desistência+na+adoção . Acesso em 24 ago. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E- book*. Disponível em: https://asdfiles.com/Krl7. Acesso em: 27 nov. 2020.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2018. *E- book*. Disponível em: https://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Direito-de-Fam%C3%ADlia-Rolf-Madaleno-2018.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

PEDROZA, Munnik Tayla Ribeiro. **Responsabilidade Civil em casos de desistência de adoção**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: https://bdm.unb.br/handle/10483/18854. Acesso em: 05 maio 2020.

SANTOS, Samara Silva dos. **Da desistência da adoção e da responsabilização do adotante pelos danos morais causados ao adotando**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)- Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: http://www.riuni.unisul.br/handle/12345/7592. Acesso em: 05 maio 2020.

*SILVA, Fernando Moreira Freitas da. **Dano moral:** pais adotivos são condenados por desistir da adoção de duas irmãs após três anos de convivência. 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/noticias/7181/Dano+moral%3A+pais+adotivos+s%C3%A3o+condenados+por+desistir+da+ado%C3%A7%C3%A3o+de+duas+irm%C3%A3s+ap%C3%B3s+tr%C3%AAs+anos+de+conviv%C3%AAncia. Acesso em: 01 out. 2020.*

SILVA, Jamara Rayssa Camelo da. **A Responsabilidade Civil decorrente da desistência da adoção**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas)- Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Paraíba, Santa Rita, 2018.Disponível em:

https://repositorio.ufb.br/jspui/bitstream/12345689/JRCS15062018.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

SILVA, Raquel Antunes de Oliveira. **A adoção de crianças no Brasil**: os entraves jurídicos e institucionais. 2012. Dissertação (Mestrado em Psicologia Educacional)- UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, Osasco, 2012. Disponível em: http://www.unifieo.br/pdfs/dissertacoes_psico_2012/Raquel_Silva.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

SILVA, Rosane Leal da. **A Proteção Integral dos Adolescentes Internautas:** limites e possibilidades em face dos riscos do ciberespaço. 2009. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós- Graduação em Direito, Santa Catarina, 2009. Disponível em: http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/93433. Acesso em: 14 set. 2020.

THOMÉ, Majoí Coquemalla. **De devolução para reabandono**: a criança como sujeito de direitos. 2018. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/.../De+devolução+para+reabandono%3A+a+criança+como+sujeito+de+direitos. Acesso em: 24 ago. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL: A HARMONIA ENTRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, INOVAÇÃO E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

BÁRBARA B. A. CARDOSO: Graduanda de Direito (UNA-BH) e psicóloga (Universidade Federal de Santa Catarina)

ALAN R. DE PAIVA: Graduando de Direito (UNA-BH)

MARCO ANTÔNIO DELMONDES KUMAIRA

(orientador)[27]

RESUMO: O desenvolvimento econômico e tecnológico é abordado em algumas legislações brasileiras, ficando evidente que o país formalmente estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica. Não é incomum que muitas atividades de pesquisa utilizem grandes volumes de dados para garantir maior acurácia em seu resultado. Entretanto, há que se observar com cautela o uso desses dados, visto que é sabido o risco dessa atividade de tratamento. O Brasil em sua história recente tem tangenciado o tema de proteção de dados em suas legislações infraconstitucionais. Contudo, a recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) ganhou visibilidade devido ao seu tema fulcral ser a defesa dos direitos dos usuários no contexto de proteção de dados pessoais. Nesse contexto de euforia em torno dessa legislação recente nos propomos a questionar a necessidade de um equilíbrio entre desenvolvimento econômico e tecnológico e a proteção de dados pessoais, pensamos que o instituto da responsabilidade civil, nas suas definições modernas, pode exercer essa função social.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Equilíbrio. Desenvolvimento tecnológico. Função social.

ABSTRACT: Economic and technological development is addressed in some Brazilian laws, evidentiating that the country formally establishes measures to encourage innovation as well as scientific and technological research. It is not uncommon for many research activities to use large volumes of data to ensure greater accuracy in their results. Nevertheless, the use of these data must be carefully observed, since the risk of this treatment activity is known. Brazil in its recent history has touched on the topic of data protection in its infraconstitutional laws. However, the recent

27 Doutor em Educação pela Pontifícia Univeridade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS. Mestre em Direito pela Universidade Iguaçu. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada – PUCMINAS. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS. Professor de Direito Processual Civil de curso de Graduação e Pós-graduação em Direito

General Data Protection Law has gained visibility due to its central theme being the defense of users' rights in the context of personal data protection. In this context of euphoria surrounding this recent legislation, we propose to question the need for a balance between economic and technological development and the protection of personal data. We think that the civil liability institute, in its modern definitions, can exercise this social function.

Keywords: Civil Liability. Balance. Technological development. Social role.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A PROTEÇÃO DE DADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 RESPONSABILIDADE CIVIL E TECNOLOGIA. 4 VIOLAÇÕES AO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O EQUILÍBRIO EXERCIDO PELA RESPONSABILIDADE CIVIL EM RELAÇÃO AOS BENS DIGITAIS. 5 CONCLUSÃO. 6.REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os dados fornecidos pelas pessoas que utilizam a internet contribuem para a construção da identidade desses usuários e, em diversos casos, impactam suas futuras decisões e percepções sobre o mundo. Empresas que hoje possuem um valor inestimável utilizam-se desses dados para executar o tratamento[28] e, posteriormente, a monetização de dados pessoais. A todo momento, utilizamos a internet como meio de intermediar nossas relações de natureza pública ou privada, sendo jurídicas ou não. Sem compreender qual a finalidade dessa coleta de dados, habitualmente inserimos, na rede mundial de computadores[29], informações que serão transformadas em um aparato tecnológico economicamente útil. O *marketing* digital está entre os mercados que mais movimentam dinheiro no mundo (PUBLICIDADE, 2018), haja vista empresas como Google, Facebook, Instagram, TikTok, entre outras. Isso posto, ao mesmo tempo em que a tecnologia nos traz diversos benefícios, também surgem questionamentos expressivos na seara jurídica a esse respeito.

Seguindo os exemplos citados anteriormente, não há uma cobrança financeira pelo uso dessas e de outras redes sociais: o entretenimento é grátis e ilimitado, qualquer pessoa pode acessá-los, desde que faça o *login* e aceite os termos

[28] Segundo a Lei 13.709/2018 (LGPD, 2018), em seu art.5º, X, tratamento é "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.".

[29] Um relatório de 2018, chamado *The Digitization of the World*, fez uma previsão do crescimento da internet e do volume de dados compartilhados na rede mundial de computadores até 2025. Ele está disponível *online* e pode ser acessado em: https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf.

de uso e privacidade da ferramenta. Isso é suficiente para o uso das plataformas e o posterior monitoramento do comportamento *online* de cada um de seus clientes. Assim, todas as interações que cada um faz naquele aplicativo ou *site* serão gravadas, gerando um imenso banco de dados que, após uma série de técnicas de desenvolvimento de *software*, trará como resultados previsões de compra, preferências, decisões futuras e, em alguns casos, até mesmo de relacionamentos amorosos e orientação sexual.

A personalidade humana se forma desde a concepção, sendo constantemente moldada de acordo com nossos atos, convívio social e ações no decorrer de nossas vidas. Um processo semelhante ocorre no ambiente digital, pois a *persona* é formada por meio das ações e das informações que são inseridas na rede a todo momento, tais como nome, idade, geolocalização, opinião política, identidade sexual, informações sobre consumo, renda, entre outras. Essas informações são reunidas e, com o auxílio de uma inteligência artificial (IA)[30], é formada uma *persona digital* que representa o indivíduo nesse ambiente. Por meio dessa personalidade digital[31] é possível identificar, monitorar, manipular e segregar os usuários das ferramentas *online*.

Depreende-se que a privacidade de cada indivíduo depende das ações que cada um toma diante das infinitas opções de exposição digital presentes na nossa vida. Ou seja, a construção de mundo, de identidade de cada sujeito baseia-se, dentre outras coisas, em suas interações digitais. Essa influência, que é perceptível tanto no aspecto macro, como na democracia de um Estado, quanto no micro, como nas

[30] Inteligência Artificial (IA) é um procedimento tecnológico que permite que um sistema formado por algoritmos simule uma inteligência similar à humana. Esse procedimento pode ser dividido em várias técnicas diferentes, como, por exemplo, *natural language processing* (NLP), *speech, robotics, Machine Learning* (ML), entre outras. Para Jacob Turner (2019, p. 16, *apud* TEFFÉ; MEDON, 2020, p. 304), a inteligência artificial é compreendida como a habilidade de um ente não natural de fazer escolhas a partir de um processo de avaliação.

[31] Uma personalidade digital é o que se cria através de uma técnica chamada Aprendizado de Máquina, ou *Machine Learning,* em que milhares de dados são processados com intuito de compreender um determinado comportamento humano, ou até mesmo grupos de comportamentos que, quando analisados em conjunto, criam uma "personalidade digital". Ou seja, segundo Diniz e Oliveira (2019, p. 198) "[...] os algoritmos organizam as pessoas em grupos, nos quais a identidade de cada uma delas não é mais relevante. Noutras palavras, o que o algoritmo faz é classificar as pessoas em coletividades de pessoas semelhantes. Cada uma dessas pessoas pode estar completamente alheia ao fato de que ela foi incluída naquela coletividade, já que muitas dessas coletividades não espelham categorias sociais comumente conhecidas na sociedade.". É essencial salientar que dados utilizados para a técnica de *profiling* são, consoante art.12, §2º da LGPD (2018), dados pessoais.

decisões de compra de um sujeito, foi nomeada por Nicholas Negroponte (1995) pelo termo *Daily Me,* em seu livro *Being Digital*.

É fato que o mundo tecnológico tem inúmeras vantagens frente às décadas anteriores, contudo, há dois vieses de análise jurídica a que queremos nos ater neste momento, quais sejam: 1) O direito à privacidade e à proteção de dados pessoais poderá obstruir o desenvolvimento de pesquisas de grande relevância no Brasil?; 2) Quando os interesses científicos e econômicos serão priorizados frente à privacidade e proteção de dados? As consequências que vislumbramos a partir dessas situações podem ser nefastas caso o legislador não se atente à urgência de afirmar institutos jurídicos visando ao equilíbrio entre os interesses dos titulares e o desenvolvimento econômico nacional.

Nessa análise ainda cabem outras indagações, tais como: que consequências temos e teremos do uso massivo de nossos dados pessoais? De que forma podemos garantir que esse uso ocorra em nosso benefício? E, quando isso não ocorrer, como defender nosso direito à liberdade[32], à escolha, à igualdade e à privacidade? As atuais normas são suficientes em si mesmas para nos garantirem tais direitos? Os regimes de responsabilidade civil existentes, a doutrinas e a jurisprudência são suficientes para lidar com esses novos conflitos? Quais os limites da autodeterminação informativa, prevista no Artigo 2º, II da LGPD (2018)? Estará o desenvolvimento da ciência e da tecnologia arruinado em prol de uma demasiada proteção de dados? E, por fim, a pergunta que mais nos interessa neste artigo: a responsabilidade civil pode exercer um papel de reguladora e harmonizadora das relações entre os direitos de privacidade e proteção de dados e os interesses econômicos, sociais e políticos?

Seguramente, as normas que abordam o tema de proteção de dados trazem controvérsias que devem ser resolvidas com o auxílio de outras matérias jurídicas, tais como: a boa-fé objetiva; a responsabilidade civil; o legítimo interesse de terceiros e a segurança no tratamento de dados pessoais. Para além de uma formação da cultura de proteção de dados, há que se balizar o Direito como disciplina que integra discussões históricas sobre o comportamento humano e sobre a cultura que compõe essa ciência jurídica. A multidisciplinaridade é um tema de primeira ordem para que, de fato, haja uma cultura de dados equilibrada, dado que proteção de dados tem que ser sopesada junto ao desenvolvimento econômico nacional.

Por um outro prisma, é elementar considerar que a Constituição Federal

[32] Nos termos de Bruno Zampier: "A tecnologia não pode reduzir o ser a um objeto digno de constante monitoramento sob pena de supressão da liberdade e autonomia individual. Por mais medo ou comodidade que se busque, deve haver limites nos controles realizados sobre seres humanos, sob pena de rompimento dos valores democráticos e imposição de uma sociedade autoritária." (ZAMPIER, 2020, p. 115)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(1988), em seu art. 218, prevê que "o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação". Além disso, em seu parágrafo único, o dispositivo prenuncia que o Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados. O constituinte visa, com essas orientações, a estimular a formação e o fortalecimento da inovação em entes públicos e privados. No mesmo sentido, informa a LGPD (2018, art. 2º, V) que um dos seus fundamentos é o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação. Ademais, são objetivos fundamentais do Estado Brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tais normas, previstas na Carta Magna e em muitas outras legislações infraconstitucionais, assinalam a relevância da defesa da evolução tecnológica para o país. Assim, não há que se falar em privação e proteção de dados como direitos absolutos. Isso posto, vemos, no instituto da responsabilidade civil, uma ferramenta jurídica que pode estabelecer um equilíbrio entre o desenvolvimento tecnológico e econômico, a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e os possíveis abusos no tratamento de dados pessoais quanto à privacidade dos titulares.

Há uma literatura muito ampla sobre os institutos de proteção de dados, privacidade e responsabilidade civil, que não pode ser analisada de modo exauriente neste artigo. Entretanto, nosso objetivo é o de fazer um recorte da relação entre o direito à proteção de dados e a função de harmonização que o Estado, por meio da responsabilidade civil, pode exercer frente aos interesses comerciais, econômicos, sociais e políticos que, muitas vezes, violam direitos fundamentais. Afinal, não há que se falar em um direito sobreposto a outro e, sendo assim, a reflexão sobre harmonização entre esses institutos é de bastante relevo para a nossa sociedade.

A PROTEÇÃO DE DADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O primeiro grande marco na criação de direitos e garantias fundamentais à existência digna do ser humano é o ano de 1789, mais especificamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, escrita durante a Revolução Francesa.[33] Os ideais da dignidade humana e das garantias básicas para a existência da humanidade em sociedade foram marcos importantes, pois essa foi a primeira vez em que se pensou na criação de direitos universais, que buscassem garantir as

[33] Disponível *online* em português em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html.

condições mínimas da existência humana.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu, de seu art.5º até o seu art.17, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, direitos e garantias fundamentais, como normas protetivas e orientadoras de nossa sociedade e do governo do Estado brasileiro. Os direitos fundamentais são inalienáveis e imprescritíveis, ou seja, não se pode abrir mão de tais prerrogativas, ademais, a Constituição prevê que o Estado é o seu garantidor. É essencial ressaltar que direitos fundamentais são distintos de garantias fundamentais, assim:

> Os direitos fundamentais são disposições declaratórias, o que significa que são prerrogativas reconhecidas pelo Estado como válidas. Isso quer dizer que o direito fundamental é uma norma, com vantagens previstas no texto constitucional. As garantias fundamentais, no entanto, são instrumentos que existem com o objetivo de assegurar que o texto constitucional (suas normas e direitos previstos) seja universalmente aplicado dentro do território do Estado. (FACHINI, [s.d.]).

A evolução dos direitos fundamentais deve acompanhar a sociedade e toda sua ânsia por respostas às novidades tecnológicas e, por essa razão, o Direito sofre modificações velozes nos paradigmas sociais. Presenciamos uma revolução digital em que não podemos perder de vista nossas garantias e proteções frente às novidades, ainda que, por ora, não tenhamos amplo conhecimento de como funcionam e de quais serão suas consequências[34]. Há previsão do direito à explicação e do direito à revisão no art. 20 da LGPD (2018), não obstante, tais direitos não são absolutos e devem ser observados concomitantemente, vide artigo 6º da Lei de Proteção de Dados Brasileira, a respeito dos segredos comercial e industrial.

Dada a evolução dos meios tecnológicos, em 2012, no Brasil, foi necessário estabelecer nova proteção jurídica a bens ainda não tutelados, como a liberdade individual e o direito ao sigilo pessoal e profissional, considerando sua importância para o convívio social. Dessa forma, foi sancionada, em novembro de 2012, a Lei 12.737/12, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, que instituiu a categoria de Crimes Cibernéticos no ordenamento jurídico brasileiro, proteção necessária às infrações que vinham ocorrendo e que, antes da promulgação dessa lei, eram resolvidas unicamente na esfera civil.

[34] A esse respeito, afirma Raymond (2007, *apud* DINIZ; OLIVEIRA, 2019): "Em termos de transparência, as soluções que empregam *machine learning*, p.e., redes neurais (NNs), tornam inviável uma explicação em linguagem natural sobre as relações detectadas pelos respectivos modelos e a consequente interpretação das regras e características relevantes".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A partir dessa legislação, alterou-se o Código Penal para introduzir o crime de invasão de dispositivo eletrônico, buscando-se estabelecer uma maior proteção jurídica à privacidade do titular, passando a ser penalmente punível aquele que invade dispositivo eletrônico com o fim de obter, adulterar ou introduzir dados ou informações sem que haja autorização expressa do titular desse bem, ficando o responsável sujeito a uma pena de 3 meses a um ano e multa. Tal alteração legislativa foi extremamente necessária à época, para que fosse estabelecida uma proteção jurídica no que tange a esses dispositivos eletrônicos, garantindo a privacidade no âmbito digital e fazendo com que o responsável possa responder tanto civil quanto penalmente pela violação desse bem jurídico.

Posteriormente, promulgou-se o Marco Civil da Internet (MCI), em 2014 (Lei 12.965/14). Trata-se de uma lei geral que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. A referida lei foi essencial para fornecer uma regulamentação básica às atividades *online* no Brasil, resguardando as relações na *web*, definindo diretrizes para a atuação do poder público no desenvolvimento da internet no Brasil.

No próprio texto do MCI (2014), em seu inciso III do Art. 3º, já há indicação da necessidade de uma legislação específica para regulação de dados pessoais na internet, dado que o próprio MCI não esgotou tal assunto, apenas indicando a relevância de tal promulgação legislativa. Destarte, após 4 anos da vigência do MCI, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei n. 13.709/2018, que dispõe sobre regras de tratamento de dados pessoais e segurança, além de inovar o ordenamento jurídico, uma vez que traz definições inovadoras a respeito de tratamento de dados e segurança da informação. Segundo afirma Walter Aranha Capanema:

> O legislador brasileiro, com o seu costumeiro atraso em acompanhar os avanços da sociedade e da tecnologia, somente em 2018 se preocupou em regular com efetividade a proteção de dados pessoais, o que ocorreu com a edição da Lei 13.709/2018, a denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). (CAPANEMA, 2020, p. 163).

Ademais, o MCI surgiu como um garantidor de inúmeros direitos e garantias ao usuário da internet, que anteriormente era apenas parcialmente abarcado pelo Código Civil, em legislação geral. Com o advento dessa Lei, o usuário tem protegidos, em uma legislação especial, seus direitos e garantias, dentre os quais estão a inviolabilidade da intimidade e da vida privada; a inviolabilidade e sigilo do fluxo das comunicações na internet e a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O interesse econômico e tecnológico pelos ambientes digitais transformou parte das empresas em laboratórios de experimentos e inovação. Tal fato pode ser percebido pelos próprios nomes designados pelas grandes companhias para suas áreas que fazem os estudos dos dados coletados, os respectivos experimentos e suas publicações. Como exemplo, podemos citar o *Facebook Research*[35] e o *Google CodeLab*[36]. No lugar dos campos de saberes das ciências humanas ou "psi", como Psicologia e Psiquiatria, a ciência dos dados produz conhecimento sobre nossos comportamentos, nossas personalidades e nossas emoções. São inúmeros estudos com bases tecnológicas que adentram os campos de conhecimento "psi", por meio de algoritmos[37], *big data*[38] e *Machine Learning,*[39] gerando resultados surpreendentes e, muitas vezes, imprevisíveis. Segundo Fernando Antonio Tasso:

> Sob o epíteto de ser o novo petróleo, os dados pessoais são o insumo da indústria denominada 4.0, porquanto inserida no contexto da Quarta Revolução Industrial. Com efeito, tecnologias como *big data*, Internet das Coisas (IoT), Inteligência Artificial (AI), *Blockchain*, entre outras relacionadas ao impulsionamento da atividade econômica, geram o ganho em eficiência e escala de determinada atividade econômica devido à operação denominada tratamento de dados pessoais. (TASSO, 2020, p. 98).

Um relatório lançado em 2020 pelo *site Oxford Insights* pontua precisamente o momento cultural e digital em que vivemos e enfatiza a responsabilidade do Estado quanto à possibilidade de exercer o papel de equilíbrio ao qual nos referimos

---

[35] Disponível em: https://research.fb.com/. Acesso em 21 dez. 2020.

[36] Disponível em: https://codelabs.developers.google.com/. Acesso em 21 dez. 2020.

[37] Uma definição simplista de algoritmos pode ser a de que são códigos de computação que fazem análises e tomam decisões baseadas em regras inicialmente pré-determinadas. Um algoritmo é feito para aprender com a repetição das regras, por isso, quanto mais dados houver, maior será a confiabilidade e a assertividade dessas decisões. Ao final, os objetivos são: gerar valor para a empresa e, algumas vezes, para o usuário; produzir conhecimento e, por fim, modular comportamentos.

[38] Conforme ensina Pentland (2015, *apud* DINIZ; OLIVEIRA, 2019): "[...] *big data* refere-se ao fenômeno recente dos dados digitais de presença praticamente ubíqua, disponível sobre todos os aspectos da vida humana: todos os bilhões de registros telefônicos, transações de cartão de crédito, localização de GPS e postagem em redes sociais se transformam em dados, por meio dos quais é possível conhecer nossa sociedade de uma forma sem precedentes.". Diniz e Oliveira prosseguem: "neste ponto, diz-se conhecer a sociedade (e não conhecer os indivíduos particularmente), porque é isso que as novas tecnologias fazem: os algoritmos organizam as pessoas em grupos com características similares, na tentativa de prever seu comportamento." (DINIZ; OLIVEIRA, 2019, p. 198).

[39] A respeito de *Machine Learning,* cf. ALECRIM, [2017 ou 2018].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

anteriormente:

> À medida em que a internet e o uso de dados evoluíram, eles se tornaram motores cruciais do desenvolvimento econômico de um país, facilitadores importantes das funções governamentais e pontos focais do debate nas relações internacionais. A inovação em tecnologia pode conferir uma enorme vantagem competitiva à economia de um país. Mas a busca do avanço tecnológico deve ser moderada por preocupações humanas de benefício social e justiça.
>
> O estado está excepcionalmente bem colocado para realizar esse ato de equilíbrio. (JIANG; MARTIN, 2020, p. 4, tradução nossa).[40]

No Brasil, a legislação vigente não atende aos anseios de usuários e consumidores e, ao mesmo tempo, não atende aos anseios das empresas, aos interesses por desenvolvimento tecnológico, nem ao próprio governo, em relação aos desafios da proteção de dados na internet e à segurança da informação. Dessa forma, parece-nos que o Direito brasileiro deve ter como objetivo se atualizar e buscar responder os problemas gerados pela ampliação das ferramentas digitais, pois a regulação do Estado sobre o direito de proteção de dados é, verdadeiramente, uma responsabilidade social do Estado, que pode ser abarcada pelo Art.174, §1º da Constituição (1988). O relatório de Oxford de 2020 afirma:

> A inovação em tecnologia na área comercial - especialmente em campos de "alta tecnologia" como inteligência artificial, ciências biológicas e aeroespacial - pode conferir uma enorme vantagem competitiva à economia de um país. Ao mesmo tempo, a busca do avanço tecnológico deve ser moderada por preocupações humanas de benefício social e justiça. O Estado está excepcionalmente bem colocado para realizar este ato de equilíbrio, uma vez que tradicionalmente tem desempenhado o papel de mediador entre os interesses públicos e privados, entre

[40] No original: "As the internet and data use have evolved, they have become crucial drivers of a country's economic development, important enablers of government functions, and focal points of debate in international relations. Innovation in commercial technology can confer a huge competitive advantage to a country's economy. But the pursuit of technological advancement must be moderated by human concerns of social benefit and fairness.
The state is uniquely well-placed to carry out this balancing act".

> o desenvolvimento econômico e a responsabilidade social. (JIANG; MARTIN, 2020, p. 641).

Apesar de haver legislações que abordam tangencialmente o tema da proteção de dados no Brasil, a LGPD, promulgada em 2018, surgiu com o intuito de efetivar esse direito na sociedade brasileira, regulamentando a coleta, o armazenamento, o tratamento e o compartilhamento dos dados pessoais, e estabelecendo sanções para os entes públicos e privados que violem essas diretrizes protetivas, estipulando uma maior segurança para o usuário de internet no Brasil.

Portanto, essa legislação pretende atender às necessidades mais específicas do mundo contemporâneo, assegurando a proteção de dados pessoais não apenas *online*, como também *offline*. Em seu art.2º, a Lei expõe seus fundamentos, dentre eles "o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação", e no inciso VI ,"a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor" (BRASIL, 2018). Assim, a LGPD vai ao encontro de um dos princípios fundamentais da Constituição de 1988, previsto em seu art. 1º, inciso IV: "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (BRASIL, 1988).

Essa legislação de dados pessoais aborda questões específicas que o Marco Civil não abarcou, como, por exemplo, o tratamento de dados, e debruça-se sobre as informações que circulam nos cenários público e privado. Dentre várias especificidades, uma das inovações que a LGPD traz é a indicação das figuras envolvidas na coleta e no tratamento de dados, bem como define suas responsabilidades e penalidades específicas. Segundo Capanema:

Dessa forma, é possível identificar duas situações de responsabilidade civil na LGPD:

> a) violação de normas jurídicas, do microssistema de proteção de dados;
>
> b) violação de normas técnicas, voltadas à segurança e proteção de dados pessoais.
>
> E, evidentemente, só caracterizará a responsabilidade civil, se a violação de norma jurídica ou técnica ocasionar dano material

41 No original: Innovation in commercial technology – especially in 'high tech' fields like artificial intelligence, life sciences, and aerospace – can confer a huge competitive advantage to a country's economy. At the same time, the pursuit of technological advancement must be moderated by human concerns of social benefit and fairness. The state is uniquely well-placed to carry out this balancing act, since it has traditionally played the role of mediator between private and public interests, between economic development and social responsibility.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> ou moral a um titular ou a uma coletividade. (CAPANEMA, 2020, p. 165).

Apesar de trazer inovações legislativas, a referida lei contém conceitos jurídicos abertos. A igualdade formal trazida na LGPD, por exemplo, precisa de novas lentes, pois apresenta um conceito abstrato de igualdade e autonomia que, muitas vezes, não se enquadra à população diversa que o nosso país possui. Dessa forma, a lei não traz uma segurança em relação às condições legais em que a evolução tecnológica e econômica poderá continuar no país, pois visa a regular a proteção de dados do usuário sem, no entanto, dar ênfase às necessidades desses mesmos dados para o desenvolvimento de pesquisas e produtos no Brasil. Por exemplo, uma pesquisa de uma empresa que se destina ao desenvolvimento tecnológico focado em saúde da população, que também é um direito fundamental de acordo com o Art. 5º da CR/88, terá muita dificuldade de coletar tais dados caso não seja um órgão de pesquisa, de acordo com Art.7º, IV, da LGPD. Nesse exemplo, o direito à saúde da população poderá ser prejudicado caso o serviço que tal empresa fornece por meio de tecnologias avançadas seja impedido de progredir por questões legais.

É sabido que o papel da Agência Nacional de Proteção de Dados é o de minimizar os impactos desses conceitos jurídicos abertos, ou seja, uma de suas funções é regulamentar e dar orientações práticas sobre a aplicação da LGPD (Art. 55-J, inciso XVIII). Contudo, tanto o encargo da ANPD, estabelecido no inciso XVIII do Art. 55-J, quanto seu §5º são insuficientes para estabilizarem as relações envolvidas entre a proteção de dados e os interesses econômicos.

De acordo com Santos, Marco e Möller (2019), o Direito, como uma disciplina de Ciências Humanas em constante reformulação, enfrenta enormes desafios para se adequar à velocidade dessa sociedade. Nesse sentido, afirma Zampier:

> Esse excesso de cautela, para não dizer omissão do Direito no que diz respeito às influências tecnológicas, favorece a criação de um espaço hermenêutico para um pensamento crítico de nossa ciência, quer sob o viés da formulação de novas normas mais adequadas quer seja pela aplicação judicial do normativo ora existente. (ZAMPIER, 2020, p. 240)

Analisando a complexidade do contexto em que vivemos, um debate histórico chegou ao STF neste ano de 2020: a edição da Medida Provisória 954 em 2020, tratando do compartilhamento de dados pessoais por empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, foi a base da discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do direito à proteção de dados.

O intuito da MP era o de utilizar esses dados disponibilizados para que

pesquisas estatísticas fossem realizadas de modo não-presencial, já que, devido à pandemia do Covid-19, em curso à época, tais pesquisas estavam impossibilitadas de serem efetivadas presencialmente.

Após a edição da referida medida provisória, diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADI) foram ingressadas no STF, as quais, ao serem julgadas em conjunto pelo plenário, acarretaram em decisão histórica. Apesar de não estar expressamente disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a decisão do STF, no julgamento da ADI 6387/STF (BRASIL, 2020), reconheceu, por maioria de votos, o Direito à Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental Autônomo, tendo amparo no Artigo 5º, X, no qual determina "a inviolabilidade a intimidade e a vida privada, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988). De acordo com Tasso:

> A proteção de dados como direito autônomo advém da constatação de que novas situações de fato ensejam proteção legal, por decorrerem do puro e simples tratamento de dados pessoais, como o perfilamento racial, as listas negras de trabalhadores que ingressam na Justiça Obreira contra seus patrões, testes genéticos pré-admissionais e identificações biométricas em gravações de vídeo de espaços públicos. (TASSO, 2020, p. 99).

A relatora, ministra Rosa Weber, afirma em seu voto que a referida medida provisória não garante ao titular dos dados a sua segurança e privacidade, por não ser genérica e não definir os parâmetros para o compartilhamento e o tratamento desses dados, o que viola não só a LGPD, que veda o compartilhamento e o tratamento de dados sem que haja o consentimento do titular, como também o direito constitucional à privacidade, pois a Constituição Federal, em seu Artigo 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da vida privada, protegendo, assim, não somente os dados privados, como disposto no inciso XII, como também todos os dados que são inerentes ao sujeito.

A referida decisão do STF pavimentou o caminho para a aprovação da proposta de emenda à constituição nº 17/2019 (BRASIL, 2019), que pretendia incluir, ao texto constitucional, a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, fixando, também, a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Porém há opiniões contraditórias a respeito do tema, vide trecho do artigo *Compliance Digital e Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados*, de Martins e Faleiros Junior:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O que se percebe é a grande relevância do tema, que vem produzindo iniciativas variadas, a ponto de tramitar perante o Congresso Nacional brasileiro a Proposta de Emenda à Constituição nº17/2019, que visa incluir a proteção de dados pessoais no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão – algo desnecessário, como visto, por se tratar de um direito sistematicamente já abarcado pelo ordenamento. (MARTINS; FALEIROS JÚNIOR, 2020, p. 265)

O Direito é uma ciência observadora da necessidade de mudanças e atualizações legislativas, moroso devido aos seus procedimentos e formas previstas nas leis e, assim, sofre com as modificações velozes nos paradigmas sociais. Segundo Tasso (2020, p. 99) "A evolução tecnológica resulta na sensível alteração na forma de tratamento dos fatos jurídicos pelo direito.". Destarte, há que se refletir se o processo legislativo está inovando suficientemente para atender à sociedade, bem como há que se dedicar à crítica caso o Direito esteja exercendo um papel de mero reforçador legal, o que defendemos não ser o caso da emenda à constituição nº 17/2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL E TECNOLOGIA

Segundo Rosenvald (2020), a responsabilidade civil é uma das várias formas de sanção de um ato ilícito, não sendo lida apenas como reparação de danos, mas também como prevenção. Assim, pretendemos abordar, neste tópico, a evolução do conceito de responsabilidade civil, visando a identificar, no contexto da violação do direito à privacidade e da proteção de dados nos diversos meios tecnológicos, mecanismos geradores de danos, além de refletir sobre as possibilidades de reparação e prevenção desses ilícitos que atacam direitos e garantias constitucionais. Desse modo, entendemos que o instituto da responsabilidade civil pode ser um meio pelo qual o Estado poderá harmonizar as relações de privacidade e proteção de dados e os interesses econômicos e tecnológicos envolvidos nesse liame.

A responsabilização por um ato comissivo ou omissivo pode surtir efeitos jurídicos ou não, isto é, essa responsabilização ocorre no cotidiano, mesmo que não tenha relevância jurídica, dado que atos e omissões corriqueiras geram consequências sociais das mais variadas espécies. A responsabilidade que possui relevo no âmbito jurídico, contudo, é a situação que a lei prevê e que é subsumida por um indivíduo. Assim, quando há a violação de uma norma no âmbito do direito civil, gera-se uma responsabilidade civil.

Tal responsabilidade pode ser classificada em: responsabilidade contratual, prevista nos arts. 389 e ss. e 395 e ss. (Código Civil/2002), quando há uma transgressão do acordo pactuado pelas partes; e responsabilidade extracontratual ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aquiliana, prevista nos arts. 186 a 188 e 927 e ss. (CC/2002), em que há violação direta de uma norma legal. De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018, p. 905), na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, em regra, presumida.

O Código Civil (BRASIL, 2002) prevê, explicitamente, em seu art.186, que a violação do direito que causar um dano a outrem será um ato ilícito. Ainda prevê, em seu art. 927, a responsabilização do autor de tal ilicitude ou, nos termos da lei, a "obrigação de reparar o dano". Nesse sentido, trata-se a responsabilidade civil do dever do ofensor em restituir, restaurar o patrimônio (moral ou material) do ofendido, fazendo-o voltar ao estado *quo ante* da ação ou omissão causadora do dano.

Assim, a natureza jurídica da responsabilidade civil repousa exatamente na imputação civil do ato lesivo (ilícito) a quem lhe deu causa, para a finalidade de indenizar o agredido, nos termos da lei ou do contrato, de forma a compensar ou reparar o dano por ele injustamente suportado (NERY JUNIOR, 2005, p. 267).

Contudo, discussões contemporâneas questionam essa possibilidade de "voltar ao estado *quo ante* da ação ou omissão causadora do dano", considerando que nem todo dano é reversível e quem nem todo estado *quo ante* é, de fato, recuperável. Falaremos mais adiante a respeito de um novo conceito de multifuncionalidade da responsabilidade civil, no qual o instituto não se limita apenas à reparação do dano. O aspecto de reparação é considerado apenas uma das várias possibilidades de efetivamente imputar-se a responsabilidade civil, mas a prevenção ao dano pode ser um dos aspectos a serem mais explorados na sociedade. Nesse sentido, já há evolução legislativa a ser celebrada, pois, no art. 6º, VIII da LGPD, há previsão dessa atuação preventiva.

Por sua vez, o Código Civil impõe duas classificações à responsabilidade civil, definindo a conduta comissiva ou omissiva do agente agressor como responsabilidade civil subjetiva (art. 186, CC), ou o mero risco de determinada atividade gerado por ele de responsabilidade civil objetiva (art. 927, CC), sendo, neste último caso, irrelevante o dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano, bastando o nexo de causalidade.

O Código Civil brasileiro vigente adotou, como regra geral, a responsabilidade civil subjetiva, segundo a qual, baseada na teoria clássica, o ofensor tem o dever de reparar ou de restituir o mal causado, desde que comprovado o dano, o nexo causal e sua culpa. Portanto, como regra, faz-se necessário, na análise do caso fático, que fique comprovada a culpa, considerando-se que há vários graus dessa culpa, que devem ser balizados caso a caso. Ou seja, aplicação da culpa objetiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prevista no Código Civil exige comprovação de fato, nexo de causalidade e dano.

É pertinente salientar que, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), prepondera a responsabilidade objetiva, por este considerar o consumidor como parte hipossuficiente da relação. Como afirmam Peroli, Moraes e Lima (2020, p. 158), a LGPD tem uma estrutura espelhada no CDC, assim, apesar de não possuir nenhuma previsão expressa a esse respeito, pode-se inferir que há responsabilidade objetiva do controlador e do operador, que respondem solidariamente por danos relacionados aos dados pessoais do titular.

Todavia, é primordial enfatizar que, de maneira expressa, a LGPD não prevê responsabilidade objetiva, inclusive há um debate tenaz entre especialistas da área a respeito desses temas e dos impactos que podem advir de tal posicionamento. A conclusão dos autores Peroli, Moraes e Lima (2020, p. 158) se deu à medida em que há uma demasiada influência do CDC na Lei de Proteção de Dados. Conforme defende Anderson Schreiber: (2015, p. 25),

> [...] a conclusão mais razoável parece ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo etc.) seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc.) Irrelevante, para a incidência do dispositivo, que a atividade de risco se organize ou não sob forma empresarial ou que se tenha revertido em proveito de qualquer espécie para o responsável. (SCHREIBER, 2015, p. 25).

Tais divergências relacionadas ao tipo de responsabilidade estabelecida pela LGPD têm uma relação direta com o nosso posicionamento a respeito do papel que esta pode exercer frente à dinâmica de interesses entre proteção de dados e o avanço tecnológico e econômico. Ansiamos que a jurisprudência, após analisar os casos fáticos, fará o papel orientador e definidor de tal discordância.

Por outro lado, a evolução do conceito de responsabilidade civil é essencial para o desafiador contexto contemporâneo no qual vivemos e para a função de equilíbrio e mediação que o instituto pode exercer frente a algumas conjunturas complexas, como já indicamos. Renomados pesquisadores têm despendido grandes esforços em atualizar tal instituto para que ele se adapte à realidade tecnológica e atenda demandas futuras da sociedade. De acordo com Zampier:

> O velho modelo de responsabilidade civil, calcado unicamente na ideia de ato ilícito, culpa e danos eminentemente patrimoniais, bem merecendo profunda reformulação, com o abandono de tradicionais estruturas como fundamento único da produção de deveres de reparação a uma vítima. (ZAMPIER, 2020, p. 239).

Nelson Rosenvald afirma que um conceito inovador é o de que a responsabilidade civil é um mecanismo de transferência de danos em decorrência de um ilícito ou em decorrência de um comportamento culposo. Anteriormente, a responsabilidade civil surgia quando um comportamento era a causa de um dano, ou seja, avaliava-se o nexo causal e a causa imediata, e o agente podia excluir a causalidade por fato de terceiro, força maior ou caso fortuito. Para Noronha (1999):

> A responsabilidade objetiva agravada insere-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito culpa não sempre era imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar: o exercício de determinadas atividades, suscetíveis de causar danos a terceiros, implicava, em contrapartida aos benefícios que elas proporcionavam ao agente, o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem. Foi por isso que se construiu a teoria da responsabilidade objetiva. Agora estamos entrando num segundo momento, em que se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também de nexo de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa. (NORONHA, 1999, p. 37)

A Teoria do Risco do Desenvolvimento[42], prevista no art. 927 do Código Civil, é um outro exemplo que demonstra que o nexo causal está sendo, aos poucos, minorado na análise da responsabilidade civil.

Segundo Marcelo Junqueira Calixto:

> [...] os riscos do desenvolvimento são aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de

[42] O risco do desenvolvimento consiste no fato de os riscos advindos da introdução de um produto no mercado não serem conhecidos ou identificados prontamente, só sendo conhecidos depois, por um desenvolvimento tecnológico não existente na época em que este tenha sido inserido no mercado. (POLICARPO, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> consumo e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos. (CALIXTO, *apud* TARTUCE, 2016, p. 532-533).

O conceito atual reconhece que um mecanismo de transferência de danos faz parte do conceito de responsabilidade civil. Contudo, como pudemos expor, não mais se limita a um ato ilícito e à culpa. Contextualizou-se o conceito para o momento dinâmico que vivemos nos dias atuais[43]. Essa transferência de danos era realizada, prioritariamente, por indenização financeira e caracterizada como dano patrimonial.

A violação do direito que causar um dano a outrem será um ato ilícito, segundo o Código Civil, em seu art. 186. Tal conceito foi aprofundado pela doutrina e, atualmente, podemos observar um duplo aspecto: ato ilícito objetivo e subjetivo. A característica objetiva da responsabilidade civil considera a legislação vigente e as ações em desconformidade com as previsões legais, ou seja, o ato ilícito nada mais é que a antijuridicidade da conduta do agente, violando um dever jurídico preestabelecido na sociedade.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 11): "A antijuridicidade de uma conduta é normalmente estabelecida à luz de certos *valores sociais*, valores que podem ser englobados na noção tradicional de *bem comum*". Assim, o ilícito, no enfoque objetivo, nada mais é que a transgressão de um dever jurídico. Já a característica subjetiva implica a decisão de juízo de valor, ou seja, a reflexão humana para agir, que pode ser uma conduta dolosa, culposa ou omissiva. Na análise tradicional da responsabilidade civil, somente o ato ilícito objetivo gera o direito à indenização ao lesado. Contudo, há que se questionar se atos ilícitos subjetivos não geram, muitas vezes, danos que devem ser reparados de alguma forma.

Nessa nova análise e definição sobre o que é responsabilidade civil, faz-se essencial enfatizar que a culpa nem sempre é necessária para se configurar a responsabilidade civil: em verdade, há situações em que não é imprescindível a culpa, mas sim um responsável pelo dano. A título de exemplo, no CDC, nota-se o ilícito objetivo qualificado pelo defeito do produto, ou seja, não há culpa, mas sim lesão da legítima expectativa dos consumidores, configurando, portanto, um ilícito subjetivo. Desse modo, o que se observa atualmente é o potencial lesivo de determinado comportamento.

Ao longo do tempo, eliminamos a culpa e o ilícito, visto que o que interessa, realmente, é o resultado de dano a terceiros e não necessariamente o

[43] Como exemplo do nosso cotidiano, temos a compra de um medicamento que gera efeitos colaterais depois de alguns anos. O "defeito" não foi constatado, contudo ele existia desde a concepção do medicamento.

comportamento contrário à lei. O dano é a figura central na nova reflexão sobre responsabilidade civil e, segundo Zampier (2020, p. 241), "é correto dizer que onde não há dano não há que se falar em responsabilidade civil".

Outrossim, o nexo de imputação[44] reformulou a maneira como percebemos a responsabilidade civil. Não apenas se avalia a causa imediata, mas também a causa mediata do dano. Assim, hoje, o que se percebe é que não se pode mais alegar caso fortuito ou força maior, por exemplo, porque há uma internalização do fortuito.

Nelson Rosenvald (ROSENVALD, 2019, p.214) defende o uso da multifuncionalidade da responsabilidade civil, entendendo que assim as sanções passariam não só a restituir financeiramente o ofendido, mas também a ter um caráter preventivo. Desse modo, utilizando-se desse artifício ao condenar o infrator, a prática do ilícito deixará de compensar, o que importará em uma efetivação ainda maior da proteção desses bens jurídicos. Assim, nos casos em que ocorra uma violação de direitos resguardados pela LGPD, é desejável que a aplicação do instituto da responsabilidade civil seja feita por meio da utilização do viés multifuncional desse instituto, uma vez que apenas a compensação monetária da vítima não garante uma proteção efetiva de seus direitos. Busca-se, então, a efetivação de um viés preventivo da responsabilidade civil, o que faria com que a violação de tais direitos fosse algo indesejável, pois a sanção não implicaria apenas a condenação ao pagamento pelo dano causado, mesmo que majorado, mas incluiria, também, condenações de viés corretivo.

Como já vimos, a responsabilidade civil busca restaurar o estado *quo ante* da violação do ilícito. Ocorre que a violação de dados pessoais impossibilita ou dificulta essa restauração, pois, uma vez que determinado dado é violado, o titular perde o arbítrio sobre esse dado. Esse foi o caso do escândalo da *Cambridge Analytica*, no qual uma grande quantidade de dados da população norte-americana foi utilizada para segmentar e efetivar uma melhor campanha eleitoral no ano de 2016. Uma eventual condenação da empresa ao pagamento de uma indenização não restauraria o estado *quo ante* ao ilícito, pois a sanção remuneratória não restaura os efeitos da utilização indevida daqueles dados.

VIOLAÇÕES AO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O EQUILÍBRIO EXERCIDO PELA RESPONSABILIDADE CIVIL EM RELAÇÃO AOS BENS DIGITAIS

Para Bruno Zampier, faz-se necessário caracterizar uma nova categoria de bens no direito civil. Assim, os ativos digitais dos quais trata este artigo, segundo o autor, podem ser denominados de bens digitais, "ou na expressão já consagrada

[44] Conforme ensina Adalberto Pasqualotto (2017, p. 186), "O nexo de imputação é a razão jurídica que indicará o responsável pela obrigação de reparar o dano".

internacionalmente, '*digital acess*'." (ZAMPIER, 2020, p. 62). O mesmo autor define bens digitais como:

> [...] aqueles conhecidos como bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico." (ZAMPIER, 2020, p. 63).

Os bens digitais podem ter importância econômica, como milhas aéreas, por exemplo, e importância sentimental, segundo Zampier. Ele afirma que "a memória afetiva de uma pessoa está cada vez mais digitalizada" (ZAMPIER, 2020, p. 69) e, sem dúvidas, nesse aspecto estão incluídas a privacidade e intimidade do usuário.

Zampier dividiu os bens digitais em três classes: bens digitais patrimoniais; bens digitais existenciais e bens digitais patrimoniais-existenciais. Sobre bens digitais patrimoniais, afirma: "quando a informação inserida em rede for capaz de gerar repercussões econômicas imediatas, há que se entender que ela será um bem tecnodigital patrimonial." (ZAMPIER, 2020, p. 78). Quanto ao bem digital existencial, o autor define que este se refere ao "conjunto de atributos extrapatrimoniais digitalizados ao longo do tempo." (ZAMPIER, 2020, p. 117). São exemplos de bem digital existencial: fotos, vídeos, e-mails, entre outros. Já os bens digitais patrimoniais-existenciais caracterizam-se por serem um misto das características dos anteriores, ou seja, podem ser perfis de personalidades ou de um *youtuber* nas redes sociais, que contêm não apenas dados de sua personalidade, mas também lhe rendem um valor financeiro, o que fez surgirem, inclusive, novas profissões no ambiente digital.

Os titulares de bens digitais podem sofrer lesões e devem ser reparados por isso, ou seja, há que se refletir sobre a responsabilidade civil quando houver dano relacionado a bens digitais, sendo a conduta lícita ou ilícita, como vimos anteriormente. Zampier (2020) cita quatro tipos de lesões associadas aos titulares dos bens digitais. São elas: lesões oriundas da conduta de outro particular; da conduta do próprio provedor; da conduta do Estado e da conduta de familiares do titular. Um exemplo recente de uma lesão a um bem dessa classe foi a queda do provedor de conteúdo Youtube e a declaração do youtuber Felipe Neto a respeito da sua perda financeira. Por meio da rede social *Twitter,* o influenciador disse:

> Calculando os danos... A queda do Youtube por 2 horas, durante horário nobre, fez meu canal deixar de fazer 1.6 milhão de visualizações durante o período. Tive em torno de 3.3 mil dólares

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> de prejuízo, o que dá aproximadamente 17.7 mil reais. Bizarro. (YOUTUBER, 2020)

Podemos entender que, nesse caso, caberia uma indenização financeira, dado que houve dano patrimonial, considerando o conceito de bens digitais de acordo com Bruno Zampier.

Em contrapartida, o direito ao esquecimento, por exemplo, pode ser uma lesão da conduta de outro particular e dá ao sujeito o direito de exigir que os dados sejam apagados e de que haja um pedido público de desculpas. Esses são exemplos de ações que vão além da recompensa monetária e que, muitas vezes, têm efeitos mais valiosos para o ofendido no caso concreto. Demonstrado, assim, que um bem digital existencial nem sempre poderá ser reparado financeiramente, dado que muitas vezes há uma impossibilidade de retornar ao estado *quo ante*. Isso confirma, então, o conceito de Rosenvald (2020), de que a restauração patrimonial de quem sofreu lesão decorrente de um ato, ilícito ou não, pode não ser efetiva quando se trata dessa sociedade tecnológica em que vivemos.

A renomada economista alemã Shoshana Zuboff, em 2018, apresentou o conceito "capitalismo de vigilância" no artigo *Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação*. Posteriormente, voltou a descrever, em seu livro *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, de 2019, o que entende por "capitalismo de vigilância". A autora tem o objetivo de apresentar uma nova forma de acumulação capitalista, que é realizada através da exploração, do tratamento e da comercialização de dados. O conceito é absolutamente adequado para repensarmos a forma como interagimos com os provedores de conteúdo e nossos dados pessoais.

Para a autora, há uma nova forma de capitalismo de informação que "procura prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado" (ZUBOFF, 2018, p. 18). Para a professora emérita da *Harvard Business School*,

> [a] indústria digital prospera graças a um princípio quase infantil: extrair dados pessoais e vender aos anunciantes previsões sobre o comportamento dos usuários. No entanto, para que os lucros cresçam, os prognósticos devem ser cada vez mais certos. Para tanto, não é necessário apenas prever: trata-se de modificar em grande escala os comportamentos humanos. (ZUBOFF, 2019a)

É evidente o enorme valor econômico que os dados possuem, o que se pode observar pelo simples fato de que as maiores companhias do mundo, como *Google, Microsoft* e *Amazon*, sejam tão valiosas, justamente por serem detentoras de grandes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quantidades de dados de usuários do mundo inteiro. E por possuírem valor econômico, é recorrente a comercialização dos dados pessoais na internet, sendo fácil encontrar *sites* que anunciam a venda de e-mails e telefones, por exemplo, o que contraria a LGPD[45], uma vez que o compartilhamento desses dados sem a autorização do titular caracteriza um ilícito, resultando no dever de indenizar. Acontece que é bem difícil para o magistrado fixar um *quantum* indenizatório, pois, embora esteja claro que todos dados pessoais ou *digital acess* possuam valor econômico, qual seria esse valor?

Em um estudo publicado em 2017, chamado *What's your data worth?,* a avaliação do valor de um dado pessoal se baseava da análise de 3 fatores: 1) a expectativa de geração de riquezas a partir daqueles dados; 2) o valor atrelado ao uso desses dados e 3) o valor inerente aos dados, gerado com sua possível monetização (SHORT; TODD, 2017). Assim, haja vista a complexidade de definir o valor desses bens, cabe ao magistrado ponderar sobre a importância do bem jurídico violado; os deveres legais não observados pelo controlador no caso concreto; o dano efetivamente causado; a repercussão do fato, etc., para fixar um *quantum* indenizatório, que vise não só a uma restituição monetária, mas que induza o controlador a um maior cuidado, que estabeleça procedimentos para que não voltem a ocorrer atos semelhantes.

Nessa perspectiva, há inúmeros exemplos pertinentes e de relevante impacto dessa indústria digital na vida dos usuários. Nesta oportunidade, analisaremos alguns casos que consideramos emblemáticos para demonstrar os aspectos práticos da responsabilidade civil na proteção de dados. Assim, partindo da proposta abordada anteriormente, de responsabilidade civil multifuncional, em que as sanções passariam a ter um caráter preventivo, efetivando ainda mais a proteção dos bens jurídicos, é possível refletir sobre como esse conceito pode ser aplicado frente a tantas ilicitudes.

De um outro ponto de vista, com a vigência da LGPD, o MPDFT rompeu a inércia da jurisdição e instituiu a primeira ação civil pública do Brasil pautada na nova legislação de proteção de dados, argumentando que a proteção de dados é direito que decorre de tutela constitucional e infraconstitucional:

> A proteção dos dados pessoais decorre da tutela constitucional de proteção à vida privada e à intimidade, consubstanciado no controle que o cidadão possui sobre seus próprios dados pessoais.

[45] Como exemplo, citamos a comercialização de dados pelo Serasa em desconformidade com a LGPD, cf.: SERASA, 2020.

> Tal dispositivo deve ser considerado conjuntamente com a legislação infraconstitucional (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Acesso à Informação, Marco Civil da Internet, Regulamento do Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), a fim de possibilitar uma proteção efetiva dos dados pessoais dos brasileiros.
>
> Verifica-se, pois, que a legislação brasileira de regência protege a privacidade das pessoas, tratando como invioláveis os direitos à intimidade, à privacidade e à imagem, o que inclui o direito à proteção de seus dados pessoais, bem como que o seu respectivo tratamento seja feito de forma adequada. (DISTRITO FEDERAL, 2020).

De acordo com a mídia e diversos doutrinadores, a decisão do STF a respeito da proteção de dados como direito fundamental, citada anteriormente, é histórica. Segundo reportagem do *site* Jota, "O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão histórica ao reconhecer um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais" (MENDES, 2020). O julgamento de maio de 2020 é um marco, pois tornou expressa a tutela dos dados pessoais como direito fundamental.

> Como afirmado pela Ministra Rosa Weber em seu voto, a história nos ensina que uma vez estabelecida a sistemática de vigilância, há grande perigo de que as medidas não retrocedam e que os dados já coletados sejam usados em contextos muito diversos daquele que justificaram inicialmente a sua coleta. (MENDES, 2020).

Ademais, o MPDFT (órgão ativo e precursor no movimento de proteção de dados no Brasil) obteve êxito na recente ação contra a construtora Cyrela por descumprimento à LGPD. A referida condenação se deu por falta de consentimento do titular para o compartilhamento de seus dados pessoais com terceiros, pois um cliente dessa construtora teve seus dados compartilhados com parceiros sem sua autorização. Assim, de acordo com "a juíza Tonia Yuka Koroku, da 13ª Vara Cível de São Paulo, a Cyrela não apenas infringiu normas da LGPD como também direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor e da própria Constituição." (DEMARTINI, 2020).

Em um outro exemplo, motoristas do Reino Unido e de Portugal processaram a empresa de aplicativo Uber por terem sido desligados da plataforma em razão de decisões automatizadas, tomadas com base nos algoritmos da companhia (APP, 2020). Os motoristas alegam que foram desligados unilateralmente da plataforma,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sem direito de questionamento, por acusação de "atividade fraudulenta", conforme detectado pelos sistemas da empresa de aplicativo. Nas ações, pedem a anulação das decisões automatizadas adotadas pela empresa de aplicativo, com base no artigo 22 do GDPR. Autoridades europeias discutem qual a responsabilidade da empresa nesse caso, dado que o algoritmo utiliza técnicas avançadas de *Machine Learning (ML)* e a empresa argumenta que não possui controle efetivo sobre as decisões automatizadas que porventura possam ter gerado tais decisões. Nas palavras de Diniz e Oliveira:

> A implementação de modelos preditivos baseados em *machine learning* exige atenção, à medida que o dinamismo com que esses modelos evoluem, captam dados do ambiente e podem ser implementados, a um custo cada vez menor, contrasta com o caráter estático das legislações ou regulações possíveis. (DINIZ; OLIVEIRA, 2019, p. 209).

De qualquer forma, podemos afirmar que as tecnologias de *Big Data* não são neutras: há uma influência do comportamento humano que não pode ser ignorada[46], dado que os vieses que resultam em preconceitos são impressos quando se insere a base de dados para que o algoritmo comece a aprender e executar suas funções de tomadas de decisão.

A respeito de tais decisões automatizadas, Ana Frazão, em 2018, comentou em seu artigo no *site* jurídico Jota:

> No que diz respeito à responsabilidade civil, os caminhos são menos áridos, pois seria possível se cogitar da responsabilidade objetiva pelo fato da coisa – no caso de máquinas ou robôs que tomem decisões – ou também pelo risco. Por mais que se saiba tal discussão deva encontrar um equilíbrio entre regulação e inovação – de que a questão do risco do desenvolvimento é um tema a ser enfrentado -, ao menos já existem ferramentas jurídicas que possibilitam o equacionamento de muitas questões daí resultantes. (FRAZÃO, 2018).

No Brasil, o Mercado Livre é uma plataforma *online* de compra e venda dos mais variados produtos, inclusive de base de dados pessoais. Após a entrada e vigor da LGPD, o MPDFT, no processo nº 0733785-39.2020.8.07.0001, alegou que tal plataforma estava monetizando dados pessoais e solicitou que o juízo deferisse o pedido de suspensão de todos os anúncios envolvendo esse conteúdo. O juiz de primeiro grau acatou a decisão e instituiu multa de dois mil reais para cada operação

[46] Para mais informações sobre o tema, cf. TEFFÉ; MEDON, 2020.

irregular realizada através da plataforma.

Nessa situação, o Mercado Livre, como intermediador entre a compra e a venda de dados, tem responsabilidade solidária perante o CDC e também é responsável solidário perante a LGPD. Além disso, o artigo 1.016 do Código Civil traz a cláusula geral de responsabilidade civil de administradores, que informa: "Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções." (BRASIL, 2002). Vale ressaltar que, complementarmente, o artigo 1.011 do Código Civil trata do desvelo do administrador, afirmando que esse deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. Isto é, a responsabilidade civil é expressa na legislação infraconstitucional, logo, há que se ter controle sobre o que é posto à venda na plataforma, inclusive, as ações de funcionários e consumidores devem ser monitoradas, visando a uma maior segurança e aumentando a possibilidade de uma futura prestação de contas, ou *accountability,* como recomenda a LGPD.

Gordon (2014) discutiu os impactos dos sistemas de *Big Data* e, em suas considerações, o autor destaca o acesso restrito a dados pessoais, bem como a capacidade de auditoria das ações tomadas com esses dados. O acesso restrito, muitas vezes chamado de *log* na área de tecnologia, permite que cada perfil de usuário tenha acesso a somente alguma parcela dos dados e das áreas que podem ser realizadas, evitando que decisões individuais sejam tomadas ou até mesmo possibilitando o rastreamento e o armazenamento do histórico das ações realizadas por determinado usuário do sistema. A capacidade de auditar, mesmo parcialmente, permite avaliar de maneira retrospectiva as decisões tomadas e armazenadas, permitindo identificar violações aos direitos dos indivíduos.

Outro exemplo é uma loja de São Paulo da empresa de roupas Hering que decidiu, em 2019, instalar um monitoramento facial de seus clientes, sem consentimento e sem transparência (NOGUEIRA, 2019). O objetivo era captar as reações dos clientes às peças expostas pelo local e identificar quais os locais de preferência do cliente ao circular pela loja. o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) investigou indícios de coleta de dados dos clientes sem o seu consentimento prévio. Para o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), essa ação representa um grande risco à privacidade dos clientes da marca de roupas, assim como um caso semelhante que ocorreu, também em 2019, na rede de supermercados Carrefour (IDEC, 2019).

A coleta de dados, sem consentimento, pelo controlador é ilegal e prevê sanções financeiras rígidas na LGPD. Segundo a mídia, aliás, a multa aplicada ao final da investigação no caso da Hering poderia chegar a 100 milhões de reais. Há que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

refletir também sobre quais outras ações podem ser tomadas, além da resposta monetária, para que a responsabilidade civil abarque um caráter preventivo e educativo, dado que a sanção financeira pode ser totalmente eficaz se a loja mantiver o tratamento de dados, por exemplo. Assim, há que se planejar sanções que deem mais estabilidade para esse binômio de privacidade e monetização dos dados pessoais, e acreditamos que a responsabilidade civil é o equilíbrio para que a sociedade possa ter um amplo desenvolvimento tecnológico e econômico, com inovação, livre iniciativa, livre concorrência e, ao mesmo tempo, criando um ambiente no qual o tratamento irregular de dados sofra sanções adequadas.

A regulamentação do direito à proteção de dados em todo o mundo é o cerne dessa discussão e da mudança global que devemos enfrentar nos próximos anos, com impactos sociais e econômicos. Qualquer tentativa de regular o movimento de dados pessoais tem efeito sobre o comércio e os serviços, porque o uso de dados pessoais é essencial para o fornecimento de muitos tipos de serviços no mundo, senão de todos.

No artigo 12 da seção II do MCI, que, por sinal, leva o título "Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas", são previstas as sanções que podem ser aplicadas a um infrator do direito à proteção de dados, começando por uma advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas. As demais sanções impactam diretamente o funcionamento da empresa e podem comprometer sua estrutura funcional e, até mesmo, sua existência, dado que há previsão de multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício; de suspensão temporária das atividades de tratamento de dados ou de proibição de exercício das atividades de tratamento de dados.

Vale salientar que a multa monetária citada no MCI pode ser maior, uma vez que não há um limite financeiro, como ocorre na multa da LGPD, que prevê, em seu artigo 52, II:

> Multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração. (BRASIL, 2018).

Há que se ter muita cautela na aplicação dessas sanções, pois é possível que elas inviabilizem a continuidade de muitos negócios no Brasil caso sejam aplicadas com muita discricionariedade pelos órgãos reguladores. A repercussão econômica pode ser irreversível, ainda mais considerando-se um contexto de pós-pandemia em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que temos uma economia ainda mais fragilizada e vulnerável.

Conforme Rosenvald (2020), há uma tendência de desmonetização da indenização, porque o dinheiro é incapaz de fazer frente à complexidade de lesões que são sofridas. Remédios compensatórios específicos para cada dano mostram-se mais efetivos para retificar esses danos. Diante disso, consideramos urgente o debate entre os princípios da ordem econômica, previstos na Constituição Federal de 1988, e os impactos das sanções das legislações de proteção de dados.

CONCLUSÃO

O Direito não pode se formar alheio aos fatos sociais, por ser um fenômeno decorrente do próprio convívio do homem em sociedade. Seu papel não é apenas o de se basear nos costumes e nas normas vigentes para regulamentar e organizar a sociedade, mas também é o de interferir na produção de novos comportamentos e costumes. Ou seja, a norma, em seu aspecto propositivo ou prescritivo de condutas, pode transformar a forma rupestre como tratamos os dados pessoais no Brasil em uma situação de fato respeitosa e segura para o titular de dados, sem obstaculizar o desenvolvimento tecnológico e o crescimento econômico do país.

Em nossa sociedade hiperconectada, as relações interpessoais e as transações comerciais estão cada vez mais pautadas nos meios digitais e dependentes dos avanços tecnológicos. Uma sociedade com essas características faz com que tenhamos uma percepção mais ampla sobre o direito de liberdade de expressão, o direito à privacidade, a proteção de dados pessoais e, consequentemente, a vulnerabilidade dos usuários[47]. A preservação desses direitos é precondição da cidadania na era eletrônica. Entretanto, atualmente, a segurança dos dados pessoais é colocada em xeque à medida em que os operadores do Direito ainda não se encontram capacitados para suportar os novos modelos de negócio, as próprias interações e os tratamentos digitais.

Há que se estabelecer um balanceamento entre o direito fundamental autônomo de proteção de dados e o interesse econômico no mesmo objeto, dado que tais temas são de interesse da coletividade[48]. Nossa Constituição (BRASIL, 1988)

[47] Conforme ensina Zampier: "A tarefa do jurista do século XXI é trazer o Direito, como ciência social e, em especial a responsabilidade civil, ao cenário sempre mutante de revolução digital. Se surgem novos direitos, surgirão também novas lesões. Estamos, inexoravelmente, diante de inéticas fronteiras da responsabilidade civil." (ZAMPIER, 2020, p. 240).

[48] Nos termos de Teffé e Medon, citando Schellekens: "(...) cabe ressaltar que a possibilidade de responsabilização, de um lado, poderá incentivar o desenvolvimento de bens e tecnologias mais seguros, claros e eficientes, mas, de outro, poderá acabar impactando negativamente as taxas de desenvolvimento de inovação e a adoção de novos negócios e tecnologias (SCHELLEKENS,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prevê, como função do Estado, estabelecer diretrizes e bases do planejamento nacional equilibrado (Art. 174, §1º). Assim, atuar para que haja verdadeiramente um papel central do instituto da responsabilidade civil frente à dicotomia entre o direito de proteção aos dados pessoais e os interesses econômicos e financeiros é papel essencial para que esse equilíbrio seja efetivamente aplicado na realidade da população brasileira.

Com a atual legislação constitucional e infraconstitucional, já demos os primeiros passos em busca de estabelecer essa estabilidade entre tais interesses, como, por exemplo, no Art. 2º, V da LGPD, em que é citado, como fundamento dessa lei, "o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação" (BRASIL, 2018). Sem dúvidas, foi um evento notório no histórico legislativo do Brasil a decisão da Suprema Corte que garantiu mais um direito fundamental básico aos cidadãos usuários da internet: o direito à proteção dos seus dados pessoais, identificado como direito fundamental autônomo. É um feito de grande avanço em direção à criação de direitos que são condizentes com a realidade do homem digitalizado do século XXI. Todavia, ainda há uma insegurança jurídica primando o tema, pois a construção das legislações vigentes que abordam tal conteúdo são preponderantemente normas abertas, ou seja, delimitam uma certa insegurança jurídica sobre como será estabelecido o equilíbrio que nos inquieta.

Tal estabilidade visa a evitar uma indústria do dano moral indiscriminada que, ao nosso ver, já está instaurada no Brasil. A responsabilização em caso de dano é essencial, contudo, há que se desenvolver e ponderar novos conceitos de responsabilidade civil e reflexões sobre tal tema, para que o efetivo balanceamento na dinâmica social e econômica que envolve a matéria da proteção de dados seja percebido na realidade dos cidadãos e das empresas.

Na reflexão sobre o tema do direito à proteção de dados pessoais, deve-se ter em mente que tal direito pretende conferir ao indivíduo a ingerência, o controle, o manejo e a transparência na administração de seus dados pessoais, ou seja, o fundamento da autodeterminação informativa[49] (Art. 2º, II da LGPD) que é garantida pela previsão de vários direitos no Capítulo III, Art. 18, por exemplo, de informação (I), de acesso (II), de correção (III), de portabilidade (V), de eliminação (VI), entre outros. O reconhecimento pela Suprema Corte altera completamente a forma como

2015, p. 506-517), o que seria nocivo para a sociedade de forma geral. Há, portanto, um delicado e importante equilíbrio de interesses a ser atingido." (TEFFÉ; MEDON, 2020, p. 304).

[49] Canotilho versa sobre a existência de um "(...) direito geral à autodeterminação informativa que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização de seus dados." (CANOTILHO, 2003, 514). Nas legislações infraconstitucionais, há previsão desse controle por parte do titular, inclusive na LGPD, contudo há previsões divergentes nas legislações vigentes a respeito da forma de exercer tal autodeterminação informativa.

o Brasil vislumbra e responsabiliza os agentes de tratamento de dados pessoais. É um marco legislativo não apenas formal e material[50], mas há, sem dúvida, uma guinada de forma indireta no aspecto da responsabilidade civil. Iniciamos, assim, um movimento em que os institutos jurídicos carecem de uma impreterível revisão material, para atenderem às necessidades da sociedade que está sendo erigida em meio às tecnologias, uma vez que a responsabilidade civil não é uma exceção a essa imposição de mutação. Isso posto, há que se ter um olhar meticuloso e crítico para a formação da cultura de proteção de dados no Brasil, almejando sempre a harmonia entre os interesses dos titulares e os interesses econômicos, caso contrário de nada nos adiantará a transformação ofertada pelas legislações contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ALECRIM, Emerson. Machine learning: o que é e por que é tão importante. **Tecnoblog**, São Paulo, [2017 ou 2018]. Disponível em: https://tecnoblog.net/247820/machine-learning-ia-o-que-e/. Acesso em 21 dez. 2020.

APP Drivers & Couriers Union files ground-breaking legal challenge against Uber's dismissal of drivers by algorithm in the UK and Portugal. ADCU, UK, 26 out. 2020. Disponível em: https://www.adcu.org.uk/news-posts/app-drivers-couriers-union-files-ground-breaking-legal-challenge-against-ubers-dismissal-of-drivers-by-algorithm-in-the-uk-and-portugal. Acesso em: 22 dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Código Civil de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, DF: Presidência da

[50] Nos termos de Tepedino: "Não seria possível lidar com tantas e tão velozes inovações com base exclusivamente em regras codificadas ou estabelecidas em leis especiais. Isto porque a técnica regulamentar, por mais detalhada que seja, mostra-se insuficiente para solucionar problemas que, a cada dia, desafiam a imaginação do legislador e do magistrado. Daí a importância das cláusulas gerais e dos princípios que, de modo mais abrangente, permitem ao intérprete estabelecer padrões de comportamento coerentes com a tábua de valores do ordenamento. Esse processo de unificação do sistema jurídico só é possível mediante a aplicação direta das normas constitucionais. Somente estas, por sua posição hierarquicamente superior a todas as demais leis, conseguem exercer o papel de centralidade para a harmonização das fontes normativas, oferecendo segurança jurídica e preservando a unidade sistemática que caracteriza a própria noção de ordenamento." (TEPEDINO, 2019).

República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, 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: 21 dez. 2020.

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: 21 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387.** Medida provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o instituto brasileiro de geografia e estatística. [...] 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. [...]. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Rosa Weber, 07 de maio de 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 163-170, jan./mar. de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10a. ed. São Paulo:

Atlas, 2012.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – USP, São Paulo. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 21 dez. 2020.

DEMARTINI, Felipe. Cyrela é a 1ª empresa condenada por descumprir a LGPD e deve pagar R$10 mil. Canaltech, Jurídico, São Bernardo do Campo, 02 out. 2020. Disponível em: https://canaltech.com.br/juridico/cyrela-e-a-1a-empresa-condenada-por-descumprir-a-lgpd-e-deve-pagar-r-10-mil-172465/. Acesso em: 22 dez. 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Thiago Dias de Matos; OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. Decisões automatizadas por máquinas e o humano no *loop*: cenários discriminatórios, vieses cognitivos e regulação normativa. *In:* SOARES, Fabiana de Menezes; OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de; MATA, Paula Carolina de Oliveira Azevedo da. (orgs.). **Ciência, tecnologia e inovação**: políticas e leis. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2019.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ação civil pública com pedido de tutela de urgência. Brasília, DF: 21 de setembro de 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/9/88D43E3B53ED45_acaompdf.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

FACHINI, Tiago. Direitos e garantias fundamentais: conceito e características. **ProJuris**, São Paulo; Joinville. Disponível em: https://www.projuris.com.br/o-que-sao-direitos-fundamentais. Acesso em: 21 dez. 2020.

FRAZÃO, Ana. **Algoritmos e inteligência artificial**: repercussões da sua utilização sobre a responsabilidade civil e punitiva das empresas. Jota, São Paulo, 15 mai. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/algoritmos-e-inteligencia-artificial-15052018. Acesso em: 22 dez. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: Volume Único, 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GORDON, Matthew. Big data: it's not the size that matters. **University of New South Wales Law Journal**, Sydney, v. 7, n. 2, p. 311-323, 2014.

IDEC pede esclarecimento sobre coleta de dado facial em loja do Carrefour: a ativação de loja conceito se assemelha ao caso recente da loja Hering e preocupa o Instituto pelo potencial de violar o direito à informação adequada e clara. **IDEC**, Água Branca, 24 abr. 2019. Disponível em: https://idec.org.br/noticia/idec-pede-esclarecimento-sobre-coleta-de-dado-facial-em-loja-do-carrefour. Acesso em: 22 dez. 2020.

JIANG, Christine; MARTIN, Sabrina. **The Geopolitics of Data Governance**. Research report part I: Data governance regimes. Oxford: Oxford Insights, 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MORAES, Emanuele Pezati Franco de; PEROLI, Kelvin. O necessário diálogo entre o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados para a concorrência do sistema de responsabilidade civil diante das novas tecnologias. *In:* MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Compliance* digital e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. *In:* MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. 1a. ed. São Paulo: Editora Foco, 2020.

MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais: novo direito fundamenta precisará ter contornos definidos tanto pela jurisprudência, quanto pela doutrina. **Jota**, São Paulo, 10 mai. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020. Acesso em: 21 dez. 2020.

NEGROPONTE, Nicholas**. Being Digital**. Nova Iorque: Vintage Books, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e legislação extravagante.** 3a. ed. São Paulo: RT, 2005.

NOGUEIRA, Luiz. Hering é processada por uso de reconhecimento facial sem consentimento. **Olhar Digital**, São Paulo, 3 set. 2019. Disponível em: https://olhardigital.com.br/2019/09/03/noticias/hering-e-processada-por-uso-de-reconhecimento-facial-sem-consentimento/. Acesso em: 22 dez. 2020.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 19, n. 37, p. 21-37, 1998.

PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, ano 3, p. 185-206, abr./jun. 2016.

ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. 1a. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.

POLICARPO, Nathália Sant'Ana. O risco do desenvolvimento e a responsabilidade do fornecedor. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 106, nov. 2012. Disponível em: http://www.ambito-jurídico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12402&revista_caderno=10. Acesso em: 21 dez. 2020.

PUBLICIDADE em aplicativos movimenta mais de 3 bilhões de dólares. **Mundo do Marketing**, Rio de Janeiro, 14 ago. 2018. Disponível em: https://mundodomarketing.com.br/artigos/redacao/37952/publicidade-em-aplicativos-movimenta-mais-de-3-bilhoes-de-dolares.html. Acesso em: 21 dez. 2020.

REINSEL, David; GANTZ, John; RYDNING, John. **The digitalization of the world**: from edge to core. IDC White Paper, 2018. Disponível em: https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MARCO, Cristhian Magnus de; MÖLLER, Gabriela Samrsla. Tecnologia disruptiva e Direito disruptivo: compreensão do Direito em um cenário de novas tecnologias. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3056-3091, out./dez. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 6a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SERASA Experian deve suspender a comercialização de dados pessoais de consumidores: MP/DF apontou que a empresa vende dados pessoais de mais de 150 milhões de brasileiros e em desconformidade com a LGPD. Migalhas. Proteção de dados. São Paulo, 24 nov. 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/quentes/336803/serasa-experian-deve-suspender-a-comercializacao-de-dados-pessoais-de-consumidores. Acesso em: 21 dez. 2020.

SHORT, James E.; TODD, Steve. What's your data worth? **MIT Sloan Management Review**, Cambridge, Spring 2017. Disponível em: https://sloanreview.mit.edu/article/whats-your-data-worth/. Acesso em: 21 dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Vol. 2. 11a. ed. São Paulo: Forense, 2016.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, jan./mar. de 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filipe. Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 301-333, jan./abr. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. As tecnologias e a renovação do Direito Civil. OAB RJ, Rio de Janeiro, 12 jun. 2019. Disponível em: https://oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/as-tecnologias-renovacao-direito-civil?fbclid=IwAR1PumT-IccIeKgJQzAbrV6o1Odgqzh1CkrA_va5UsHbu3RWyYgTkrn2V9M. Acesso em: 22 dez. 2020.

YOUTUBER Felipe Neto perde quase R$ 18 mil com queda do Youtube. Istoé Dinheiro. Rio de Janeiro, 12 nov. 2020. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/youtube-sai-do-ar-e-felipe-neto-tem-prejuizo-de-quase-r-18-mil/. Acesso em: 21 dez. 2020.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais:** cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2a. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *Big Other:* capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. *In*: BRUNO, Fernanda; *et al.* **Tecnopolíticas da vigilância**: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**: the fight for a human future at the new frontier of power. New York: Public Affairs, 2019b.

ZUBOFF, Shoshana. Um capitalismo de vigilância: tua escova de dentes te espiona**. Le monde diplomatique Brasil,** Mundo, Edição 138, São Paulo, 3 jan. 2019a. Disponível em: https://diplomatique.org.br/um-capitalismo-de-vigilancia/. Acesso em 21 dez. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA POSSIBILIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

ROSANE SANTOS ALVARENGA: Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Saúde, Ciências Humanas e Tecnológicas do Piauí - UNINOVAFAPI.

HERLANE CAROLINA TORRES SILVA

(coautora)[51]

RESUMO: O presente estudo trata da possibilidade do uso da legítima defesa em favor do meio ambiente. A legítima defesa está prevista no Código Penal Brasileiro nos artigos 23, como uma hipótese de exclusão de ilicitude e o artigo 25 traz sua definição. O meio ambiente encontra proteção constitucional no capítulo VI, artigo 225 da Constituição Federal. O objetivo do trabalho é realizar uma análise da legítima defesa e sua possível aplicabilidade em ações para proteger o meio ambiente, para alcançar esse objetivo, o estudo irá explanar em um segundo momento situações que se poderia usar a legítima defesa em crimes ambientais que ocorreram ou ocorrem, como os rompimentos das barragens de Mariana e Brumadinho e a crescente destruição da Floresta Amazônica, para buscar evitar os impactos ambientais provocados.O procedimento para discorrer sobre o assunto será pesquisa bibliográfica narrativa e proceder-se-á através de dados que serão extraídos de artigos, livros, doutrina, jurisprudência, de buscas online de dados arquivados em instituições ligadas ao meio ambiente e alguns crimes ambientais que o Brasil vem sofrendo. Apesar das divergências sobre a possibilidade da legítima defesa de direitos difusos, ao qual se encaixa o meio ambiente, quando presentes os requisitos do artigo 25 do CP ao caso concreto, não haverá impedimentos para a utilização dessa excludente de ilicitude, em casos de crimes praticados ao meio ambiente, reforçando assim sua possível aplicabilidade.

Palavras-chave: Legítima Defesa. Meio Ambiente. Preservação Ambiental.

ABSTRACT: This study deals with the possibility of using self-defense in favor of the environment. Self-defense is provided for in the Brazilian Penal Code in articles 23, as a hypothesis of exclusion of illegality and article 25 provides its definition. The environment finds constitutional protection in chapter VI, article 225 of the Federal Constitution. The objective of the work is to carry out an analysis of the legitimate defense and its possible applicability in actions to protect the environment, to

51 Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Saúde, Ciências Humanas e Tecnologicas do Piauí - UNINOVAFAPI.

achieve this objective, the study will explain in a second step situations that coud be used in legitimate defense in environmental crimes that have occurred or occur, such as the Ruptures of the Mariana and Brumadinho dams and the increasing destruction of the Amazon Forest, in order to avoid environmental impacts. The procedure for discussing the subject will be narrative bibliographic research and will proceed through data that will be extracted from articles, books, doctrine, jurisprudence, online searches of data filed in institutions linked to the environment and some environmental crimes that the Brazil has been suffering. Despite the disagreements over the possibility of legitimate defense of diffuse rights, to which the environment fits, when present the requirements of article 25 of the CP to the specific case, there will be no impediments to the use of this exclusion of illegality, in cases of crimes committed to the environment, thus reinforcing its possible applicability

Keywords: Self- defense. Environment. Environment Preservation.

Sumário: 1. Introdução – 2. Contexto histórico do Meio Ambiente pré e pós-constituição de 1988. 3 Legítima defesa e seus sequisitos. 4. Direito ambiental e seus objetivos. 5 Lei dos crimes ambientais (lei n° 9.605/98) e sua aplicabilidade à pessoa jurídica e a lei da política nacional do meio ambiente (lei 6.938/81): 5.1 Lei da política nacional do meio ambiente (lei 6.938/81). 6 Os impactos ambientais negativos em evidência nos últimos períodos no brasil: 6.1 Casos do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho; 6.2 Floresta Amazônica e sua crescente destruição. 7 Argumentos favoráveis e desfavoráveis à aplicação da legitima defensa de bens jurídicos coletividade (meio ambiente). 8 Considerações finais. 9 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O crescente avanço das ações provocadas pelo homem (pessoa física e pessoas jurídicas), hodiernamente, vêm afetando de forma drástica o meio ambiente, causando danos irreparáveis, ensejando prejuízos ao seu equilíbrio natural. Casos, como o de Mariana (2015) e Brumadinho (2019) em Minas Gerais, estes de destaque na mídia, enquadrar-se-á perfeitamente nestes atos atentatórios a um bem jurídico protegido constitucionalmente e de grande importância à sociedade.

Trata-se de uma matéria interdisciplinar, conectada ao direito penal, civil, administrativo. O campo de atuação do direito ambiental é a defesa de interesses difusos. Isso quer dizer que o destinatário é indeterminado, sem condições de identificá-lo e, também, sem condições de identificar aquele que irá se beneficiar com a política saudável de proteção ambiental (SANTOS, 2013).

Nesse viés, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise (um estudo) da legítima defesa previsto no artigo 25 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) como excludente de ilicitude em ações para proteger o meio ambiente.

Observar-se-á os critérios legais limitadores para perpetrar esta excludente de ilicitude no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de então analisar a viabilidade de aplicação desse instituto a casos de agressões sofridas pelo meio ambiente causadas pelo homem. De acordo com a Constituição Federal, no seu artigo 225, o poder público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente (BRASIL, 1988). Mas até que ponto e de que maneira a sociedade poderá defender este bem tão importante para futuras gerações?

O ponto central para a hipótese explanada decorrer-se-á pelos casos já noticiados pela mídia nacional tratando sobre os diversos crimes ambientais em diferentes regiões do Brasil no decorrer dos anos, todavia ganhando maior visibilidade recentemente pelo aumento exacerbado do desmatamento que a Amazônia está sofrendo, gerando fortes pressões por parte de países que mantém com o Brasil acordos comerciais. Desse modo, para responder (refletir) ao problema apresentado será feita uma análise constitucional do meio ambiente e suas principais leis de proteção.

Mesmo sendo um assunto de grande importância, infelizmente, por vezes, não recebe a atenção necessária. Atualmente, encontra-se o meio ambiente brasileiro em uma situação alarmante. Diante disso, surge a necessidade de estudar e ampliar os horizontes na temática aludida neste trabalho.

Recentemente houve o aumento das discussões sobre a ineficácia da aplicabilidade das leis ambientais em decorrência do atual cenário brasileiro com relação a preservação ambiental. Diante disso, o presente estudo, como dito anteriormente, tem como objetivo geral expor a possibilidade de aplicação da legítima defesa como excludente de ilicitude em ações para proteger o meio ambiente.

Para alcançar o objetivo geral, o presente trabalho proporá, em um segundo plano, uma análise dos impactos ambientais provocados pelos rompimentos das barragens de Mariana e Brumadinho, a crescente destruição da Floresta Amazônica e seus prejuízos ao meio ambiente, além de uma reflexão sobre o Direito Ambiental e das leis: n° 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) e n° 6.938/81 (Lei de Políticas Nacionais do Meio Ambiente).

O presente trabalho é de grande importância para o meio jurídico por mostrar, com análises, o estudo da legítima defesa e da possibilidade de se aplicar ou não esse instituto em favor meio ambiente, por ser este um bem jurídico tutelado pela Constituição Federal. O presente estudo reforça a relevância da conservação do meio ambiente para a sociedade, e, mostra sua grande dimensão e importância para o desenvolvimento do país. E tem como intuito, despertar para a necessidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ampliar as fiscalizações ambientais e a sensibilidade da sociedade pela necessidade de maior envolvimento nas ações direcionadas à proteção do meio ambiente, cada vez mais escassas.

Quanto ao procedimento para discorrer sobre a temática acima, a pesquisa será bibliográfica narrativa. Dessa forma, proceder-se-á através de dados que serão extraídos de artigos, livros, doutrina, jurisprudência, de buscas online de dados arquivados em instituições ligadas ao meio ambiente, bem como por meio de verificação de alguns crimes ambientais que o Brasil vem sofrendo e a possibilidade da aplicação, nesses casos, da legítima defesa desse bem protegido constitucionalmente.

O presente estudo será dividido em seis capítulos, sendo o primeiro, uma abordagem sobre a história do meio ambiente antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, e observar-se-á o Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988. Em um segundo momento, abordará a legítima defesa, sua aplicabilidade e requisitos. Adiante, no terceiro capítulo, será feito uma abordagem do Direito Ambiental, além de seus objetivos. O quarto capítulo tratará da Lei n° 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), além da Lei n° 6.938/81 (Lei de Políticas Nacionais do Meio Ambiente). No quinto capítulo, serão vistos os impactos ambientais, tendo como perspectiva os casos e Mariana, Brumadinho e a situação da floresta amazônica. E por fim, o sexto capítulo que abordará os argumentos favoráveis e desfavoráveis à aplicação da legítima defesa de bens jurídicos coletivos, aos quais se encontram inserido o meio ambiente.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO MEIO AMBIENTE PRÉ E PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

No que concerne a discussão sobre a importância e proteção ambiental, é historicamente recente intensificando-se, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, onde o declínio dos recursos naturais começaram a se evidenciar em decorrência do desenvolvimento econômico e industrial que marcou esse período. Discussões sobre o meio ambiente tornaram-se crescentes durante a década de 1970, ocorrendo estudos e publicações de previsões sobre o futuro climático e suas consequências para a humanidade, como a obra *The Limits to Growth*, dos autores: Meadows, Randres e Behrens III (LAGO, 2007).

Em virtude de tal situação, no ano de 1972, na cidade de Estocolmo entre os dias 5 a 16 de junho, na Suécia, ocorreu a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, organizada pela ONU, sendo a primeira atitude para buscar uma conservação ambiental. A referida conferência teve como intuito discutir a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

problemática: homem *versus* natureza, sendo um marco importante para questões que seriam debatidas futuramente (MACHADO, 2006; MORADILLO ET AL., 2004).

Importante destacar a dicotomia dos discursos travados entre alguns países desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento. Alguns países desenvolvidos têm se preocupado com o meio ambiente, em especial com os efeitos da degradação ambiental sobre a terra, propondo um programa centrado para a conservação dos recursos naturais e genéticos do planeta. Por outro lado, alguns países em desenvolvimento alegam situações de miséria, cercados de problemas sociais e defendem a necessidade de empreender políticas econômicas e de desenvolvimento aceleradas para a solução de suas demandas econômicas e sociais (MACHADO, 2006).

Nesse período, ao qual ocorreu a Conferência de Estocolmo, vigorava no Brasil a Constituição de 1967 sob o regime imposto pela ditadura militar. Na conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de 1972, o Brasil encontrava-se ao lado dos países em desenvolvimento, mostrando assim uma aversão as metas propostas pelos países desenvolvidos e protagonistas da conferência. O Brasil vivia sob o governo do General Emílio Médici, experimentávamos o "milagre econômico", principalmente na década de 1970 (DE CASTRO, 2019). As propostas sugeridas na referida Conferência em Estocolmo poderiam travar o avanço econômico vivido pelo Brasil. O Brasil crescia rapidamente em termos econômicos, em decorrência do surgimento de indústrias, de investimentos em grandes obras de infraestrutura, como a transamazônica, da expansão da agropecuária, havendo o surgimento da então chamada fronteira agrícola, que percorre um caminho que vai do serrado em direção da Amazônia.

No entanto, apesar das divergências, o evento histórico relacionado ao meio ambiente (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente em Estocolmo) chegou ao fim com a criação de um documento, com destaque para alguns pontos referentes a responsabilização e comportamentos dos signatários em relação ao meio ambiente, denominado Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente. Destaca-se o princípio 17, que diz ser o ser humano "portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras" (ONU, 1972). Dessa conferência, houve um desdobramento importante, que foi a criação do Programa da ONU para o Meio Ambiente, de grande importância para os futuros encontros ambientais, como Rio-92.

Com a Conferência de 1972, houve uma intensificação das questões ambientais, inclusive no Brasil, especialmente por sua rica diversidade ambiental, com a ampliação de uma consciência ambiental até então deixada de lado em virtude da expansão econômica, surgindo já na década de 80 os primeiros passos nacionais para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma legislação ambiental. Nesse cenário, pode citar-se a Lei n° 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, assegura em seu art. 2°, I: "ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo" (BRASIL, 1981); e a lei n° 7.347/85 (BRASIL, 1985), que aborda a Ação Civil Pública para a responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente, dando possibilidade ao acesso coletivo para essa defesa (DA SILVA, 2013).

Apesar de já mencionado, anteriormente, em legislações infraconstitucionais, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o meio ambiente ganhou maior proteção, sendo elencado na categoria de bens tutelados no ordenamento jurídico, sendo esse um marco na legislação ambiental, tornando o meio ambiente um direito fundamental, integrando a ordem social (art.225) e um princípio fundamental da ordem econômica (art.170, VI).

Segundo Silva (2004, p.46), "a Constituição de 1988 foi a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental", apelidada por alguns como "Constituição Verde". A Constituição Federal traz no seu texto um enfoque mais preciso de um bem tão importante para a sociedade. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) dedicou um capítulo específico, o de número VI, para tratar de forma específica da proteção ao meio ambiente trazendo princípios implícitos e explícitos ao longo do texto constitucional, realçando a importância do meio ambiente e da conservação dos recursos naturais.

De acordo artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

> 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 a presente e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Incorporado a esse artigo tem-se pontos relevantes, como o princípio da Equidade Intergeracional, surgindo como uma teoria de Edith Brown Weiss (1988), professora de Direito Internacional do *George town University Law Center*, onde as gerações têm direitos iguais, independentemente da época em que vivam, ao meio ambiente, logo no presente se deve preservar para que futuras gerações possam usufruir de maneira equivalente esse mesmo bem, ou seja, na contemporaneidade não se pode esgotar todos os recursos fornecidos pela natureza (BRANDÃO; DE SOUSA, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Preleciona Ferreira Filho (1997), que o meio ambiente em equilíbrio é um direito de solidariedade, relacionado à dignidade humana, englobado pela terceira dimensão de direitos fundamentais, intermediado do direito à saúde, tendo sua origem no direito à vida.

No artigo 225 da CFRB/88, encontramos a obrigatoriedade da intervenção estatal, da necessidade da participação da sociedade e da proteção e educação ambiental, além de constar as regras a serem cumpridas pelo Poder Público para assegurar a efetividade desse direito. Vejamos como estão elencadas essas regras (BRASIL, 1988):

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III- definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V- controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI- promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino a conscientização pública para a preservação do meioambiente;

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 acrueldade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A partir desses artigos e incisos, constata-se a importância e o dever do Poder Público na defesa do meio ambiente, adotando formas de proteção no âmbito legislativo, buscando dar maior eficácia à proteção ambiental. O Estado não pode se omitir de tal dever, e deve fazer uso da educação ambiental como forma de disseminar na sociedade a relevância do meio ambiente equilibrado e de uma economia sustentável, com formas de utilização dos recursos naturais sem sua degradação, criando em todos os níveis de ensino, de forma adequada para cada idade, um substancial formação ambiental, como indica o inciso VI do art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Todavia esse dever não é exclusivo do Estado, a sociedade deve participar diretamente na proteção ao meio ambiente e na luta pela conservação dos recursos naturais e uso sustentável destes.

Nessa perspectiva, a Carta Magna, no decorrer do seu texto, contempla algumas formas em que a sociedade pode intervir para a proteção do meio ambiente. Ela pode atuar na participação dos processos de criação do Direito Ambiental, como exemplo, pela iniciativa popular nos procedimentos legislativos (art.61, caput e § 2º, da CF), pela participação nos referendos sobre leis (art.14, inc. II, da CFRB) e a pela atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados dotados de poderes normativos e voltados para a proteção ambiental (BRASIL, 1988).

Como segunda forma de participação na proteção do meio ambiente, a sociedade pode participar na formulação e na execução de políticas ambientais, com representantes da sociedade civil em órgãos colegiados, responsáveis pela formulação de diretrizes e pelo acompanhamento da execução de políticas públicas, por ocasião da discussão de estudos de impacto ambiental em audiências públicas (art. 11, § 2º, da Resolução 001/86 do Conama).

A terceira forma de participação da sociedade é por meio do poder judiciário, fazendo uso de instrumentos processuais que atuam na defesa do meio ambiente, como por exemplo, com o manejo de Ação Civil Pública Ambiental (Lei 7.347/85), e conforme art.5° da CFRB o mandado de segurança coletivo e a ação popular (BRASIL, 1985; BRASIL, 1988).

A Constituição Federal prevê punições para aquelas pessoas (físicas e jurídicas) que causam danos ao meio ambiente. O parágrafo terceiro do artigo 225 da CFRB diz: "§ 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, 1988). Nota-se que essa norma evidencia punição aos contraventores ambientais, dando ênfase às sanções penais, sendo esse um ponto de inovação na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Carta Magna a partir de 1988. Detecta-se, neste preceito, o princípio do poluidor-pagador, ao qual impõe para o contaminador dos recursos naturais, custos decorrentes da atividade poluente.

Em relação ao princípio poluidor-pagador, importante que seja ressaltado, o princípio 16 da Declaração do Rio-92 (BRASIL,1992), que apresenta a seguinte redação:

> As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso dos instrumentos econômicos, levando em conta o critério de que quem contamina deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta os interesse público sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

Tem-se o efeito, então de uma responsabilidade objetiva para o degradador ambiental, cabendo mencionar o art. 14, §1º, da Lei 6.938/81:

> Art. 14 Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
>
> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou repararos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981).

Nesse caso, independentemente de haver culpa, a punição busca uma reparação dos prejuízos causados, objetivando a recomposição do meio ambiente na medida do possível, sendo o Ministério Público da União e dos Estados legitimado para propor ação de responsabilidade civil e criminal.

Outro ponto importante a ser debatido, em relação à proteção ambiental, concentra-se no princípio da função socioambiental da propriedade. O direito de propriedade não é mais absoluto, não é mais um tipo de poder supremo. O referido princípio orienta que a propriedade seja usada de modo sustentável, garantindo-se a preservação ambiental. Deve haver uma conciliação entre o direito de propriedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

previsto no Código Civil (BRASIL, 2002), entendido como "o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua" (art. 1.228 do Código Civil) com os interesses econômicos e sociais, de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei ambiental especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" (§1° do artigo 1.228 do Código Civil).

A Constituição Federal (BRASIL,1988) leva em consideração o disposto nos Artigos 5°, Inciso XXIII; 170, Incisos III e IV; 182, 184 e 186, inciso III. Observa-se, desses dispositivos constitucionais, a importância das funções sociais e ambientais da propriedade para promoção do bem-estar de todos e alcançar o equilíbrio ecológico. Quando se respeita o meio ambiente, pode-se dizer que a propriedade está cumprindo sua função social, de forma inegável (TUPIASSU, 2003).

A Lei Maior do Brasil (BRASIL, 1988), nesse contexto, busca resolver o conflito proprietário *versus* interesse da população, em relação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CAVEDON, 2003). Dessa forma, constata-se que o proprietário tem para si uma função coletiva e social e não particular, ao ponto que deve exercer seu direito levando em consideração a sociedade.

De acordo com o artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), já mencionado, a Constituição integra os conceitos de propriedade privada, funções sociais e meio ambiente. Os elementos da ordem econômica também passam a fazer parte do conceito de direito de propriedade. O que precisa ser esclarecido é que a Constituição Federal estabelece, claramente, que a propriedade urbana e a área rural devem cumprir suas funções socioambientais.

A Ordem Econômica e Financeira, abordada no Título VII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tem uma estreita relação com o meio ambiente. No artigo 170, VI o meio ambiente é mencionado como um princípio geral da ordem econômica, que foi devidamente ampliado em 2003 pela Emenda Constitucional n° 32, ficando com a seguinte redação: "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" (BRASIL, 2003).

É de entendimento que muitas atividades econômicas têm uma estreita dependência do uso da natureza, seja direta ou indiretamente, e, quando constante, resulta na limitação da capacidade econômica do país (FIORILLO, 2002). Essa relação, deve estar baseada em uma conciliação, como base para o "desenvolvimento sustentável", ao qual busca-se explorar de forma consciente os recursos providos da natureza, levando em consideração o que realmente é necessário utilizar, pois trata-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

se de um bem coletivo, inclusive merecendo ser preservado para futuras gerações (SILVA, 2002).

3 LEGÍTIMA DEFESA E SEUS REQUISITOS

Segundo o art. 25 do Código Penal (BRASIL, 1940), terá sua conduta justificada pela legitima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. É considerada pelo art.23 do CP (BRASIL, 1940) em seu inciso II, como uma excludente de ilicitude.

> Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir as agressões a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico (NUCCI, 2005.p.222).

Essa é uma das exceções em que a pessoa poderá fazer "justiça com as próprias mãos" ou "justiça privada". A possibilidade dessa "justiça privada", para o reconhecimento da Ordem Jurídica, reclama de alguns requisitos, vistos adiante.

Constituem-se em quatro os requisitos da legítima defesa: a) a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta; b) a defesa de um direito próprio ou alheio; c) a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa e d) o elemento subjetivo.

Conforme Sanchez (2016), a conduta (ação ou omissão) em que os bens jurídicos são colocados em perigo pelo homem, caracteriza uma agressão. Para Bittencourt, define-se a agressão como a conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem ou interesse juridicamente tutelado. Mas a agressão, contudo, não pode confundir-se com a mera provocação do agente que é, digamos, uma espécie de estágio anterior daquela, devendo-se considerar a sua gravidade/intensidade para valorá-la adequadamente (BITTENCUR, 2012).

Essa agressão deve ser atual, ou seja, está se desenrolando, uma ação não concluída, pois está acontecendo; ou agressão iminente que está perto de ocorrer, não agressão futura, pois esta não é cerceada pela legítima defesa, assim como agressões passadas, mas algo que não demora a suceder (BITTENCUR, 2012). Caracterizar-se-á como injusta, a agressão divergente ao direito (dolosa ou culposa), não precisa ser tipificada como infração penal, basta que essa agressão seja insuportável à quem a sofre. Um exemplo citado pela doutrina, no caso Sanchez (2016) está no "furto de uso", pois quem sofre pode repelir tal ação em proteção ao seu bem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A legítima defesa pode ser empregada para proteger qualquer bem jurídico, seja próprio ou de terceiro. Caso se trate de terceiros, o uso dessa excludente de ilicitude não necessita de autorização, quando se tratar de bem jurídico indisponível, como a vida, sendo até possível sua aplicabilidade para evitar casos de suicídio.

Todavia, quando se fala em bem disponível, é mais difícil sua compreensão, e quando a ação do agente for contrária ao desejo do titular, esta ação será ilícita ou sua legítima defesa será provavelmente putativa (SANCHEZ, 2016). Para Nucci (2005), no caso de bem indisponível seria necessário o consentimento da vítima, se possível fosse no momento da ação.

A moderação no emprego dos meios necessários à repulsa, conforme Nucci (2005), seria um dano de menor intensidade possível para com o agressor, sendo contudo, eficaz e suficiente para se defender da agressão injusta. Deve haver uma proporcionalidade na reação, pois esta serve de critério para a análise do caso concreto. Como sustenta Nucci (2005), o meio defensivo escolhido e a forma como este for usado são critérios importantes para o entendimento do que se constitua menor ofensividade possível, pois como observado anteriormente, a legítima defesa não é punição e sim um instituto jurídico previsto na legislação com vistas à proteção de um bem jurídico que encontra-se ameaçado de uma agressão injusta.

O elemento subjetivo, ou *animus defendendi*, é à vontade para defender seu bem jurídico tutelado, contrário do denominado *animus necandi*, vontade subjetiva de agredir, de causar um dano, praticada pelo agressor. Ambas as vontades são necessárias para a configuração da legítima defesa. O elemento subjetivo, conforme Mirabete leciona (2000), é um elemento indispensável, pois nesse momento a vítima tem consciência da agressão injusta sofrida. Não se deve concentrar apenas no fato objetivo ou nas justificativas. Supor praticar o agente ato ilícito não haverá possibilidade de legítima defesa.

É importante destacar Greco (2016), que menciona a importância do elemento subjetivo. O doutrinador aborda que para haver legítima defesa não basta os elementos objetivos elencados no art.25 do CP, pois o agente deve ter consciência de agir em defesa do seu bem jurídico, coso contrário não será mencionada a excludente de ilicitude.

4 DIREITO AMBIENTAL E SEUS OBJETIVOS

Encontra-se na ISO 14001:2004 a seguinte definição sobre meio ambiente: “circunvizinhança em que uma organização opera, incluindo-se ar, água, solo, recursos naturais, flora, fauna, seres humanos e suas interrelações” (LIMA; DA SILVA; SILVA, 2007).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) contempla o termo meio ambiente como objeto de regulação e preservação. Dispõe seu artigo 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.

Não há, portanto, na Constituição Federal uma definição exata do que seja meio ambiente. Mas a Lei Federal n° 6.938/1981 (BRASIL, 1981), de 31 de agosto de 1981 (já alterada pela Lei Federal 7.804, de 18 de julho de 1989), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e de outras providências, estabelece em seu artigo 3º inciso I: "por meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, além disso, desenvolver uma série de instrumentos de trabalho".

O conhecimento do homem, que gradualmente adquiriu com a experiência, foi obtido simultaneamente à construção da sua história, começando com a coleta e caça, chegando até a agricultura, criação, indústria, artes, etc. E através da aquisição de um conhecimento cada vez maior sobre os mais profundos meandros da natureza construindo seu meio ambiente e o ambiente. Nesse sentido, a compreensão de meio ambiente foi evoluindo à medida da evolução da humanidade.

Conceitualmente, Direito Ambiental, nas palavras de Antunes (2014, p.11):

> O Direito Ambiental pode ser definido como um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos,odesenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde erenda.

Esse ramo do Direito objetiva relacionar as questões ambientais com o desenvolvimento econômico, para um melhor bem estar populacional. Prestigia-se o desenvolvimento nacional sustentável. Segundo Milaré (2014), que prefere o uso do termo Direito do Ambiente, trata-se da disciplina jurídica, que estabelece a relação homem *versus* natureza, buscando regulamentar de forma precisa essa conexão, usando de princípios e normas para alcançar de forma precisa esse equilíbrio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sendo o Direito Ambiental um dos mais recentes ramos do Direito, com certeza passou por várias modificações desde sua concepção, obtendo um importante progresso na ordem jurídica nacional e internacional. Todavia, há ainda uma incompreensão de sua importância para a humanidade, e para com a economia. Contudo, um ponto essencial é a irreversibilidade da inquietação que o Direito adquiriu com o significado do meio ambiente (ANTUNES, 2014).

O desenvolvimento econômico em qualquer sociedade deve estar alinhado com a sustentabilidade ambiental. O Meio Ambiente não pode ser visto como algo que impede o desenvolvimento econômico. Para evitar danos ao meio ambiente e a maior propagação de atividades ilegais, fatos que prejudicariam amplamente os recursos naturais e a qualidade de vida das sociedades, mesmo que de forma indireta, devemos compreender a importância do meio ambiente para existência da própria humanidade (SILVA, 2010).

A necessidade de alinhar crescimento econômico e sustentabilidade tem em mira a preservação da vida humana. A esse propósito, na declaração elaborada no Rio-92, em seu primeiro princípio, constata-se que o homem realmente é a principal preocupação que se tem atualmente perante o meio ambiente (SANTOS, 2013). Vejamos o que este princípio menciona: "Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza" (BRASIL, 1992).

5 LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (LEI N° 9.605/98) E SUA APLICABILIDADE À PESSOA JURÍDICA E A LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (LEI 6.938/81)

Anteriormente os crimes ambientais eram tratados como simples contravenções penais pelo antigo Código Florestal (BRASIL, 1965) em seu artigo 26, demonstrando que o legislador à época não tinha preocupação com a preservação ambiental. Todavia, surgia a Lei n° 9605/1998 (BRASIL, 1998), no ordenamento jurídico, para tratar de forma efetiva os danos ambientais e para atualmente serem criminalizados, não deixando em pune aquele que exterminava desenfreadamente o meio ambiente (PICON, 2015).

O capítulo V, da Lei n° 9.605/1998 (BRASIL, 1998) aborda os principais crimes contra o meio ambiente quais sejam, contra a fauna (art. 29 a 37); contra a flora (art. 38 a 53); poluição e outros crimes ambientais (art. 54 a 61); contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (art. 62 a 65); contra a administração ambiental (art. 66 a 69-A); infrações administrativas (art. 70 a 76) e balões (art.42).

Não obstante, a mesma lei, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividade lesivas ao meio ambiente, além de

outras providências, realça a responsabilização das pessoas jurídicas. A Carta Magna (BRASIL, 1988) já contemplava a responsabilização penal da pessoa jurídica, em seu art. 225, § 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". Entretanto, a Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998) em seu artigo terceiro específico traz, de forma mais precisa, essa responsabilidade:

> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Portanto, o artigo acima dispõe de forma clara, direta e expressa a responsabilidade das pessoas jurídicas perante seus atos atentatórios ao meio ambiente. Em seus artigos 21 a 24, a Lei n° 9605/1998 (BRASIL, 1998) trouxe as sanções impostas à pessoa jurídica que infringir as regras ambientais, cometendo crime, a saber: multa; (art. 22) as restritivas de direitos ou (art.23) prestação de serviços à comunidade (PICON, 2015).

Em seu artigo 15, encontra-se as circunstâncias agravantes, a saber:

> Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
>
> I - reincidência nos crimes de natureza ambiental;
>
> II - ter o agente cometido a infração:
>
> a) para obter vantagempecuniária;
>
> b) coagindo outrem para a execução material dainfração;
>
> c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente;
>
> d) concorrendo para danos à propriedade alheia;
>
> e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso;
>
> f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

g) em período de defeso àfauna;

h) em domingos ou feriados;

i) à noite;

j) em épocas de seca ou inundações;

l) no interior do espaço territorial especialmente protegido;

m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais;

n) mediante fraude ou abuso de confiança;

o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental;

p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais;

q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes;

r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

Um dos pontos mais peculiares entre as alíneas acima citadas, está nas "h" e "i". Nestas, a pena será agravada se o ilícito for cometido "em domingos ou feriados" ou "à noite", ou seja, nos períodos em que a fiscalização – exercidas pelo Poder Público – sofrem déficit maior em relação aos outros períodos do ano, demonstrando assim, um ponto de discussão, pois segundo a Lein°9605/1998, é mais eficaz aumentar a pena ao invés da fiscalização (BRASIL, 1998).

5.1 LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (LEI 6.938/81)

É cada vez maior a consciência das pessoas sobre o crescente processo de degradação ambiental e os problemas sociais causados pelo processo de desenvolvimento irrestrito, o que leva o poder público a ser cobrado e a tomar medidas para resolver este problema. No Brasil, a Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981) dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formação e aplicação, e de outras providências. Essa norma ambiental traçou toda sistemática das políticas públicas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

brasileiras para o meio ambiente. Segundo Sirvinskas (2005), a lei estabeleceu conceitos básicos como o de meio ambiente, de degradação e de poluição e determinou os objetivos, diretrizes e instrumentos, além de ter adotado a teoria da responsabilidade.

Lustosa, Canepa e Frickmann Young (2003, p.135), tratam o seguinte sobre a Política Nacional do Meio Ambiente: conjunto de metas e mecanismos que visam reduzir os impactos negativos da ação antrópica – aqueles resultantes da ação humana – sobre o meio ambiente. Como toda política, possui justificativa para sua existência, fundamentação teórica, metas e instrumentos, e prevê penalidades para aqueles que não cumpre as normas estabelecidas. Interfere nas atividades dos agentes econômicos e, portanto, a maneira pela qual é estabelecida influencia as demais políticas públicas, inclusive as políticas industriais e do comércio exterior.

A Política Nacional do Meio Ambiente possui objetivo geral e objetivos específicos, previsto no caput do art. 2º da Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981). Por objetivo geral, tem-se a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, propicia à vida, visando assegurar no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Dessa forma, a finalidade geral da Política Nacional do Meio Ambiente está dividida em preservação, melhoramento e recuperação do meio ambiente.

Por sua vez, os objetivos específicos estão disciplinados pela lei em questão de uma forma bastante ampla no art. 4º da Lei em comento.

> Art. 4º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
>
> I- à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;
>
> II- à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
>
> III- ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;
>
> IV- ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnológicas nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> V- à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;
>
> VI- à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propicio àvida;
>
> VII- à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Ambos os objetivos gerais quanto os objetivos específicos conduzem à concepção de que a Política Nacional do Meio Ambiente, ao tentar harmonizar a defesa do meio ambiente com o desenvolvimento econômico e com a justiça social, tem como primeira finalidade maior a promoção do desenvolvimento sustentável e como última finalidade maior a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1981)

6 OS IMPACTOS AMBIENTAIS NEGATIVOS EM EVIDÊNCIA NOS ÚLTIMOS PERÍODOS NO BRASIL

De acordo com o art. 1° da resolução 001/86, do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), por impacto ambiental deve-se entender (BRASIL, 1986):

> Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: a saúde, a segurança e o bem estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; a qualidade dos recursos ambientais.

A partir dessa definição, poder-se-á perceber que qualquer ação que o homem possa executar ao meio ambiente provocará um impacto, positivo ou negativo, sendo o último o causador de danos ambientais.

6.1 Casos do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho

Os dias 5 de novembro de 2015 e 25 de janeiro de 2019 ficaram marcados na história nacional, pois nesses dias ocorreram dois dos maiores desastres ambientais do Brasil, os rompimentos das barragens de Fundão, no município de Mariana, e da Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, ambas em Minas Gerais, sendo a primeira pertencente à mineradora Samarco S.A. (joint-venture das mineradoras Vale S.A. e da BHP Billiton) e a segunda a mineradora multinacional brasileira Vale S.A (MILANEZ; LOSEKANN, 2016).

De acordo com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), com o rompimento da barragem de Fundão, ocorreu a liberação de 50 milhões de metros cúbicos de rejeito de mineração, o suficiente para encher 20 mil piscinas olímpicas, composto principalmente por óxido de ferro e sílica (areia). Segundo Ubaldina da Costa Isaac, Coordenadora do Núcleo de Emergências do IBAMA de Minas Gerais (D' AGOSTINO, 2015), a lama despejada pela barragem alcançou uma área de 80 km do leito d'água na região, tendo como efeito o denominado assoreamento, ou seja, o acúmulo de sedimentos na calha do rio, causando impactos socioeconômicos e ambientais, sendo o Rio Gualaxo afetado diretamente, que é afluente do rio Carmo que deságua no Rio Doce, principal fonte de abastecimento da região. Além disso, conforme o IBAMA, ao entrar em contato com a água dos rios, a lama causou modificações na qualidade (turbidez, sólidos em suspensão e teor de ferro), ocasionando a morte, por asfixia, de animais aquáticos e terrestres (D'AGOSTINO, 2015). Além do desastre ambiental, o evento resultou na morte de 19 pessoas e um desaparecimento (MENDES; OLIVEIRA, 2019).

Localizada na região sul da Reserva da Biosfera da Unesco da Serra do Espinhaço, Brumadinho se encontra em uma área de transição entre os biomas, Mata Atlântica e Cerrado, abrigando assim, espécies animais e vegetais. A mata denominada de ciliar, encontrada na região, foi devastada, pois esta era circunvizinha ao Córrego do Feijão, onde encontra o Rio Paraopeba. Consoante uma análise feita pelo IBAMA, foi estimado a degradação pela lama de uma área de 270 hectares, o equivalente a 300 campos de futebol, sendo que quase metade (138 hectares) era de vegetação natural (CAMPOS, 2019).

De acordo com Yasmine Antonini, ecóloga e professora da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), a lama tóxica provoca duas formas distintas de morte das árvores. A primeira ocorre pela fúria da correnteza da lama no momento do rompimento. A segunda forma dá-se pelo soterramento das raízes das árvores que perduraram pelos rejeitos, que ocasiona o endurecimento das raízes. "Em Mariana, as árvores morreram porque as raízes não conseguiam respirar, mas continuaram de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pé, só o palito. Vai acontecer o mesmo em Brumadinho" (CAMPOS, 2019). A tragédia deixou 270 pessoas mortas e outras onze desaparecidas.

Segundo o Greenpeace Brasil (2019):

> Este novo desastre com barragem de rejeitos de minérios, desta vez em Brumadinho (MG), é uma triste consequência da lição não aprendida pelo Estado brasileiro e pelas mineradoras com a tragédia da barragem de Fundão, da Samarco, em Mariana (MG), também controlada pela Vale. Minérios são um recurso finito que devem ser explorados de forma estratégica e com regime de licenciamento e fiscalização rígidos. A reciclagem e reaproveitamento devem ser priorizados.

Merece ressalva a existência de muitas outras barragens com risco de rompimento e com graves consequências para o meio ambiente.

6.2 Floresta Amazônica e sua crescente destruição

Considerada a maior floresta tropical do mundo, ou seja, representando um terço desse bioma, a floreta Amazônica, ocupa o território de oito países: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela (Itamaraty/OTCA). Essa região tem grande relevância hídrica, pois concentra 20% da água doce do planeta, além de ser a responsável por mais da metade da biodiversidade do mundo (AZEVEDO, 2001; MAZER, 2010).

Todavia, a floresta amazônica, apesar de sua grande importância, sofreu uma crescente degradação nos últimos anos. O Instituto de Pesquisas Espaciais (Inpe), através de dados do sistema Deter, mostrou que entre agosto de 2019 e julho de 2020, houve um aumento de 34,5% nos alertas de desmatamento em relação ao mesmo período do ano anterior, totalizando 9205 km² desmatados, o equivalente a 1.100.000 campos de futebol. O mês de julho de 2020 registrou 1654 km² desmatados (GREENPEACE BRASIL, 2020).

De acordo com Rômulo Batista, porta-voz da Campanha da Amazônia do Greenpeace Brasil, o desmatamento que vem ocorrendo exacerbadamente não está relacionado a pobreza e nem à vulnerabilidade da população, e sim a um esquema organizado que conta com o incentivo de grandes proprietários e grileiros de terras, que devido ao afrouxamento das políticas de proteção ambiental, se sentem protegidos e que suas ações não serão punidas (GREENPEACE BRASIL, 2020).

Segundo Rômulo Batista, o desmatamento está descontrolado, foram 11 meses de aumento mensal. Em julho de 2020, houve uma queda, tendo sido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

contabilizada uma área de 1654 km² de desmatamento (GREENPEACE BRASIL, 2020). O INEPE divulgou, no dia 9 de outubro de 2020, dados atualizados da Amazônia legal, sendo uma área 964 km ² sob alerta de desmatamento em setembro, segunda maior em cinco anos. Os alertas foram feitos pelo Deter (Sistema de Detecção do Desmatamento em Tempo Real do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais), o sistema aponta áreas com marcas de devastação que precisam ser fiscalizadas pelo IBAMA, e não as taxas oficiais de desmatamento (RUZA, 2020).

Além do desmatamento, a Floresta Amazônica está enfrentando focos de incêndio. O número registrado entre janeiro e setembro desse ano é maior que 2010, segundo o INEPE. Nesse ano de 2020, o número alcançou 76.030 pontos de incêndio, comparado a todo ano de 2010 que apresentou 102.409. Setembro de 2020 foi o mês com o maior número de focos de incêndio, com um aumento de 61% em relação ao mesmo período do ano passado (PINHEIRO; GARCIA, 2020).

7 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DA LEGITIMA DEFENSA DE BENS JURÍDICOS COLETIVIDADE (MEIO AMBIENTE)

Abordar a legítima defesa em relação ao meio ambiente, sendo esse um direito difuso, é encontrar divergências doutrinárias, pois há uma vertente mais favorável a sua aplicabilidade diante de agressão ilícitas. Alguns autores citados por Von Liszt, como Globig e Huster, Erhard e Feurbach, começaram a despertar a possibilidade de aplicação da proteção para ofensas a delitos públicos e não apenas privados, ou seja, dando margem a proteção de bens supraindividuais através da legítima defesa (Liszt, 1916).

Welzel (1976), acredita na possibilidade de utilização da legítima defesa pelo Estado, além da coletividade como terceiros suscetíveis, pois em algumas classificações existentes não se aborda apenas aos bens jurídicos individuais e também não se faz uma diferença entre os bens jurídicos protegidos. Welzel cita o artigo 20 da Constituição Alemã como um exemplo, pois nesse artigo se aborda a permissão da legítima defesa em proteção a ordem jurídico constitucional do país.

Todavia, existem posicionamentos desfavoráveis a utilização dessa excludente de ilicitude por sua difícil aplicabilidade no caso concreto. Roxin (1997), tem como objeção à agressão, pois quem pratica essa ação deve ser um ser humano, ou seja, é impossível sua utilização por uma pessoa jurídica, pois o autor destaca a incapacidade da pessoa jurídica de prevenir relações contrárias ao direito. Dessa forma, o agressor deve ser titular do bem sacrificado. Nessa linha de raciocínio, apenas bens jurídicos individuais podem ser protegidos pela legitima defesa.

Luzón Peña (2000), afasta a possibilidade de se valer da legítima defesa de bens jurídicos coletivos, pois o Estado tem o poder de assegurar os direitos coletivos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

através da Polícia e do Judiciário, além de ressaltar que só é possível a defesa de direitos pessoais como previstos nos códigos penais. Logo, seria perigoso para a sociedade a autorização para que cidadãos hajam em legítima defesa da coletividade, pois seria a chance de guerra de uns contra os outros.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentado buscar mostrar a relação da aplicação da legítima defesa em crimes ambientais. O Código Penal brasileiro não menciona nenhuma restrição a aplicação dessa excludente de ilicitude. Todavia, a possibilidade da legítima defesa do meio ambiente deve ser analisada caso a caso. Haverá situações em que se aplicará a legítima defesa em favor do meio ambiente e haverá situações que não. Deve ser ressaltado a presença de instrumentos legais que podem ser utilizadas pela população para preservar o meio ambiente, como a Ação Civil Pública Ambiental. A população também pode agir politicamente em favor do meio ambiente, elegendo representantes que abracem as bandeiras ambientais. A utilização da legítima defesa em um caso concreto é um tanto quanto complexa, podendo ao final não ser acolhida juridicamente levando o agente à punição pelo ilícito praticado.

O meio ambiente não pode ser considerado um empecilho ao desenvolvimento social e econômico. As políticas públicas devem ser direcionadas ao desenvolvimento sustentável. A preservação ambiental é de grande importância para a sociedade e seu desenvolvimento. Resolver as divergências entre os defensores da conservação ambiental e aqueles que apoiam o desenvolvimento econômico de um país é imprescindível para o bem estar das futuras gerações.

O que se destaca é a importância de normas ambientais que foquem na preservação do meio ambiente, que a legislação ambiental seja cumprida de forma correta pelos governos, pelos grupos econômicos e por todos os atores da sociedade civil, visando um futuro ambiental alinhado a uma economia sustentável. É necessário políticas públicas que incentivem empresas a fazer uso do meio ambiente de forma sustentável, pois a economia pode ser aliada nessa luta pela preservação ambiental. Cada um de nós deve ser um defensor do meio ambiente e juntos podemos contribuir para a fiscalização das Leis Ambientais e sua aplicabilidade, fazendo denúncias para combater danos ambientais que podem ser irreversíveis.

REFERÊNCIAS:

IPAM. **A importância das Florestas em pé**. Disponível em: https://ipam.org.br/cartilhas-ipam/a importância-das-florestas-em-pe/. Acesso em: 14 out. 2020.

OTCA. **Organização do Tratado de Cooperação Amazônica.** Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/691organizacao-do-tratado-de-cooperação-amazônica-otca. Acesso em: 14 out. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Luiz Carlos Kopes; SOUSA, Carmo Antônio de. **Princípio da equidade intergeracional**. 2012. Disponível em: https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/download/348/n2Brandao.pdf&ved=2ahUKEwihnOHP49TsAhXQHLkGHYitAOIQFjAAegQICRAB&usg=AOvVaw26PqAChJtlB0Xy1LetvdDY. Acesso em: 19 set. 2020.

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

BRASIL. **Decreto-lei n° 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n° 32, de 11 de setembro de 2001**. Altera dispositivos dos arts. 48,57,61,62,64,66,84,88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm#:~:text=Emenda%20Constitucional%20n%C2%BA%2032&text=Altera%20dispositivos%20dos%20arts.,do%20%C2%A7%203%C2%BA%20do%20art. Acesso: 19 set. 2020.

BRASIL. **Lei n° 4.771, de 15 de setembro de 1965.** Antigo Código Florestal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985**.Disciplinaa ação civil pública de responsabilidade por danos causa dos ao meio- ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**.Lei dos Crimes Ambientais. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Resolução Conama n° 1, de 23 de janeiro de 1986**. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.palmares.gov.br/wpcontent/uploads/2018/09/resconama011986.pdf&ved=2ahUKEwiJx5KxqpjtAhXFKLkGHfByBvYQFjABegQIAxAF&usg=AOvVaw0FLSikITHjehAZTEwoLszF. Acesso em: 19 set. 2020.

CAMPOS, Mariana. Cadê a floresta que estava aqui? A lama engoliu. **GREENPEACE**. 2019. Disponível em: https://www.greenpeace.org/brasil/blog/cade-a-floresta-que-estava-aqui-a-lama-da-vale-engoliu/. Acesso em: 14 out. 2020.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

D'AGOSTINO, Rosanne. Rompimento de barragem em Mariana: perguntas e respostas. **G1**. Rio de Janeiro, 2015. Acesso: http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/11/rompimento-de-barragens-em-mariana-perguntas-e-respostas.html. Acesso em: 13 out. 2020.

DE CASTRO, Artur Bernardo Beserra. **Introdução ao Direito Constitucional**. Instituto Legislativo Brasileiro. Saberes. Brasília: Senado Federal, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GREENPEACE BRASIL. **Dados divulgados pelo INPE apontam aumento do desmatamento na Amazônia entre 2019 e 2020**. 2020. Disponível em: https://www.greenpeace.org/brasil/blog/dados-divulgados-pelo-inpe-apontam-aumento-do-desmatamento-na-amazonia-entre-2019-e-2020/. Acesso em: 15 out. 2020.

LAGO, A. A. C. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo**: o Brasil e a três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasília: Thesaurus Editora, 2007.

LIMA, Ana Marina Martins de; SILVA, Antônio Carlos da; SILVA, Luciani Costa. **Proposição de Implementação de um Sistema de Gestão Ambiental no Instituto Adolfo Lutz**. (Monografia de conclusão do curso de Pós-Graduação em Gestão Ambiental). SENAC. São Paulo 2007. Portal da educação. Disponível em: https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/classificacao-de-meio-ambiente-para-o-direito/16312. Acesso em: 25 set. 2020.

LISTZ, Franz von. **Tratadodo de derecho penal.** Tradução: Jimenéz de Asúa. Madrid:Reus,1916.

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira, CANÉPA, Eugênio Miguel e YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Política ambiental. MAY, Peter H., LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira e VINHA, Valéria da (orgs). **Economia do meio ambiente**: teoria e prática. Rio de Janeiro, Elsevier, 2003.

MACHADO, A. A. **Ambiental internacional**: A construção social do acidente químico ampliado de Bhopale da convenção174 da OIT. Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 7-51, jan./jun. 2006.

MENDES, C. M.; OLIVEIRA, V. V. Rompimento das barragens em Mariana (2015) e em Brumadinho (2019): regimes de interação no contexto das organizações. *In*: **ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM COMUNICAÇÃO. 28**, Porto Alegre: COMPÓS, 2019.

MILANEZ, B.; LOSEKANN, C. (Org.). **Desastre no Vale do Rio Doce**: Antecedentes, impactos e ações sobre a destruição. 1. ed. Rio de Janeiro: Folio Digital - Letra e Imagem, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORADILLO, E. F &OKI, M.C.M. **Educação ambiental na universidade:** construindo possibilidades. *Quim. Nova,* Vol. 27, No. 2,333-336, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral: parte especial**.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ONU. **Declaração de Estocolmo de 1972**. Disponível em: <http://www.direitoshuma

nos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 14 set. 2020.

ONU**. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Conferência Rio-92, Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: https://www.google.com/urlsa=t&source=web&rct=j&url=http://www.mpf.mp.br/sc/municipios/itajai/gerco/volumev&ved=2ahUKEwipxO6m0cnrAhV0F7kGHXreAsUQFjAHegQIAhAB&usg=AOvVaw1gZpznkFnE4WGPK7a4KjjA. Acesso em: 19 set. 2020.

PEÑA, Diego Luzón. **Curso de Derecho Pena**l. Parte General. Madri: Universitas, 2000.

PICON, Rodrigo. As peculiaridades da Lei 9.605/98. **Revista Jus Navigandi,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4445, 2 set. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/42218. Acesso em: 15 set. 2020.

PINHEIRO, Lara; GARCIA, Mariana. Acumulado de focos de incêndio na Amazônia de janeiro a setembro é o maior desde 2010, indicam dados do Inpe.**G1**. 2020. Disponível em:https://g1.globo.com/natureza/amazonia/noticia/2020/10/09/acumulado-de-focos-de-incendio-na-amazonia-ate-setembro-e-o-maior-desde-2010-mostram-dados-do-inpe.ghtml. Acesso em: 15 out. 2020.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Madri: Civitas, 1997.

RUZA, Jessica. Amazônia legal teve 964 km² sob alerta de desmatamento em setembro, mostram dados do Inpe. **Redação Agro**. 2020. Disponível em: https://www.google.com/amp/s/www.redacaoagro.com.br/natureza/amazonia-legal-teve-964-km%25C2%25B2-sob-alerta-de-desmatamento-em-setembro-mostram-dados-do-inpe/amp/. Acesso em: 15 out. 2020.

SANTOS, Elson. Direito Ambiental à luz do artigo 225 da Constituição Federal de 1988. **Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, jul. 2013. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/direito-ambiental-a-luz-do-art-225-da-cfb1988/. Acesso em: 2 set. 2020

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, Railma Marrone Pereira da. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/amp/artigos/25529/o-meio-ambiente-na-constituicao-federal-de-1988. Acesso em: 14 set. 2020.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Política nacional do meio ambiente (Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981).** As leis federais mais importantes de proteção ao meio ambiente comentadas. MORAES, Rodrigo Jorge.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O Direito Ambiental e seus Princípios Informativos. *In*: **Revistados Tribunais**, São Paulo, ano 8, n. 30, abr./jun. 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Tradução: De Bustos Ramírez e Yañes Peréz. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A JUSTIÇA NEGOCIADA BRASILEIRA E OS REFLEXOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

ANNE CAROLINE NOVAES DE ASSIS:
Bacharelanda em Direito na Universidade Brasil – Campus de Fernandópolis-SP.

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS

(orientador)[52]

RESUMO: Após a inovação dos institutos trazidos na Lei 9.099/95, no ano de 2019 surgiu o acordo de não persecução penal, que aborda alguns pontos dos benefícios anteriores, onde uma vez cumpridas as condições pactuadas, ocorrerá a extinção da punibilidade do agente, impedindo o oferecimento de denúncia pelo titular da ação penal pública. Um aspecto relevante usado pelas Promotorias e Procuradorias de Justiça é a reversão da pena de prestação pecuniária para reparação do dano ocasionado à vítima e destinação dos valores para contribuir no auxilio de calamidade pública, tragédias e conflitos sociais, como entidades que, por algum motivo, estejam em estado iminente, por exemplo: destinação aos fundos municipais para auxílio no combate à Covid-19. Atualmente tem levantado discussões acerca do limite de oferecimento do instituto, uma vez que existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial, onde alguns defendem o oferecimento até o oferecimento da denúncia, e outros que não seria possível após a sentença condenatória em razão da violação ao princípio da economia processual, uma vez que os atos praticados se tornariam nulos, afogando ainda mais o judiciário. Sendo assim, o presente trabalho objetivou abordar a essência da justiça penal consensual no sistema penal brasileiro e seus avanços, como o acordo de não persecução penal, que viabiliza a repressão à prática de infrações penais, que transmite uma resposta célere e eficiente para a sociedade.

Palavras-chave: Acordo-de-Não-Persecução-Penal; Justiça Consensual Brasileira; ANPP.

ABSTRACT: After the innovation of the institutes brought in Law 9,099 / 95, in 2019 the non-criminal prosecution agreement was created, which addresses some points of the previous benefits, where once all the agreed conditions are met, the punishment of the agent will be extinguished, preventing the offer of denunciation by the holder of the public criminal action. A relevant aspect used by the Public Prosecutor's Office and the Public Prosecutor's Office is the reversal of the pecuniary benefit penalty to repair the damage caused to the victim and destination of the

52 Professor e Juiz de Direito e Especialista em Processo Penal.

amounts to contribute to the aid of public calamity, tragedies and social conflicts, as entities that, for some reason, are in imminent state, for example: allocation to municipal funds to help combat Covid-19. Currently it has raised discussions about the institute's offer limit, since there is great doctrinal and jurisprudential divergence, where some defend the offer until the offer of the complaint, and others that would not be possible after the condemnatory sentence due to the violation of the principle of procedural economics, since the acts performed would become null and void, further drowning the judiciary. Thus, the present study aimed to address the essence of consensual criminal justice in the Brazilian penal system and its advances, such as the non-criminal prosecution agreement, which makes it possible to repress the practice of criminal offenses, which transmits a quick and efficient response to society.

Keywords: Penal-Non-Persecution Agreement; Brazilian Consensual Justice; ANPP.

Sumário: Introdução. 1. Justiça Consensual Brasileira na Esfera Criminal. 1.1 Conceito e Breve Histórico. 2. Princípios que Regem a Justiça Consensual Brasileira 2.1. Princípio da Celeridade Processual 2.2. Princípio da Razoável Duração do Processo. 3. Acordo de Não Persecução Penal. 3.1 Histórico. 3.2 Considerações Gerais do ANPP. 3.3 Requisitos para Propositura do ANPP. 3.4 Condições para Cumprimento do ANPP. 3.5 Procedimento para Cumprimento do Acordo. 3.6 Os Reflexos do ANPP para a Sociedade. 3.7 Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal aos Processos em curso Antes da Vigência da Lei. 4. Considerações Finais. Referência.

1 INTRODUÇÃO

A modalidade de justiça consensual tem como base o princípio da celeridade processual, previsto no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, que revela que toda pessoa tem o direito de ser processada dentro de um prazo razoável. Ela foi tardiamente introduzida no Brasil com a vigência da Lei 9.099/95 que trouxe a transação penal e o "sursis processual", possibilitando a solução de conflitos através da redução dos encargos processuais nos órgãos jurisdicionais. Os operadores do direito têm buscado constantemente a implantação da justiça negociada no Brasil em razão da sobrecarga do Poder Judiciário, que na preservação da segurança jurídica pelo cumprimento de princípios presentes na Carta Magna de 1988 (princípio da presunção de inocência, princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da presunção de inocência, da vedação de provas obtidas ilicitamente, etc.), tornam o processo exaustivo e moroso.

O Pacote Anticrime entrelaçou o artigo 28-A no Processo Penal, conhecido como Acordo de não persecução penal (ANPP), que após vinte e cinco anos da lei

dos juizados especiais cíveis e criminais, a justiça consensual foi inaugurada nos moldes da transação penal e da suspensão condicional do processo.

O presente trabalho teve como objetivo abordar a justiça consensual e as noções gerais do acordo de não persecução penal, bem como expor sua relevância no processo penal de consenso, ilustrando de forma clara os impactos gerados na sociedade quando ocorre a substituição da pena privativa de liberdade pelas condições acordadas entre o investigado e o *Parquet* (Ministério Público). Para desenvolver o tema, foi utilizada a metodologia de pesquisa com a finalidade básica, através de estudos de normas legais, artigos científicos, livros, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários com objetivos exploratórios de estrutura qualitativa. A sua construção tem caráter bibliográfico com a aplicação de pesquisa de campo.

Especificamente, o ANPP possibilita a reparação dos danos ocasionados à vítima de maneira rápida, assim como a possibilidade diversificação do destino das penas de prestação pecuniária, podendo radicalizar contratempos que surgem no meio social.

2 JUSTIÇA CONSENSUAL BRASILEIRA NA ESFERA CRIMINAL

2.1 Conceito e Breve Histórico

A *priori*, com o avanço da criminalidade, o sistema penal brasileiro tem buscado meios alternativos que visam a eficiência no processo penal. Dados informados pelo Conselho Nacional de Justiça mostram que, no ano de 2018 o acervo de processos da Justiça Criminal aumentou em 0,7 % comparado ao ano anterior, com 2,7 milhões de novos casos, o que justifica a preocupação dos órgãos jurisdicionais a recorrerem ao sistema consensual na resolução de conflitos.

Para tratar sobre a justiça consensual, imprescindível abordar brevemente sobre a commonlização no ordenamento jurídico brasileiro, dirigido pelo direito inglês, conhecido como sistemas *common law* e *civil law*. O Brasil adotou o sistema *civil law*, sendo sua ascendência romana-germânica, onde o ordenamento é codificado, ou seja, aborda o assunto específico em seu respectivo diploma legal de forma escrita, e normatiza penas em caso de descumprimento da lei, um exemplo é o Código Penal. O *civil law* tem sua característica inquisitiva, onde o juiz desempenha o domínio do processo, todavia o sistema tem avançado através de reformas processuais adotando institutos do *commom law*, que esse por sua vez, tem como protagonistas as partes, ou seja, Ministério Público e investigado.

Comparado com a lógica do pelo *plea bargaining* (instituto de *common law*), sistema utilizado no processo penal norte-americano, no ano de 1995 passou a vigorar no Brasil a Lei dos Juizados Especiais, que prevê o oferecimento de transação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

penal pelo Ministério Público ao investigado, que abrange os delitos em que a pena máxima seja inferior a dois anos. Além disso, o artigo 89 da referida Lei prevê a suspensão condicional do processo, na qual os crimes em que atribui pena mínima inferior a um ano, quando presentes os requisitos objetivos e subjetivos, o representante pelo Ministério Público, ao oferecer denúncia poderá propor a benesse na cota da exordial acusatória.

A Lei dos Juizados Especiais têm como escopo o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, "[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação" (CONSTITUIÇÃO, 2010, p. 20). Nesse ponto, memorável pontuar o número escasso de juízes e serventuários quando comparado à quantidade de processos em tramitação, assim, para o cumprimento do princípio, faz necessária a prática da justiça negociada.

Nessa seara, Guilherme de Souza Nucci expõe que:

> A ideia da conciliação (ou reconciliação) está presente na doutrina moderna, como a forma mais célere e eficaz de compor conflitos. Por certo, na órbita civil, o estímulo à solução consensual é muito mais forte, pois há interesses puramente materiais. No âmbito criminal, que já encontra óbice no princípio da obrigatoriedade da ação penal pública – maioria dos casos – seria preciso uma Emenda Constitucional (como se previu, no texto constitucional, a existência dos Juizados Especiais Criminais, julgando e conciliando infrações de menor potencial ofensivo) para o incentivo à Justiça Restaurativa. Nesse sentido, preceitua o art. 3.º, § 3.º, do CPC/2015: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial". (NUCCI, 2020, p.105).

Igualmente explanado pelo ilustre Nucci (2020), esses institutos são mitigadores do princípio da obrigatoriedade, a qual dispõe o ofício do Ministério Público para instaurar o devido processo legal e apurar crimes de ação pública, salvos nos casos impeditivos, não podendo deixar de assim fazer.

Paralelamente, é de suma importância ressaltar o artigo 62 da Lei dos Juizados:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Artigo 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (BRASIL, 1995, s. p).

Nesse panorama, a autocomposição proporciona a antecipação da tutela jurisdicional aos delitos considerados "leves", evitando a conclusão prolongada do processo, sendo que uma vez cumprida as condições, o procedimento é extinto, e ao tratar sobre o acordo de não persecução penal, irá perceber que esse método tem avançado no Brasil.

3 PRINCÍPIOS QUE REGEM A JUSTIÇA CONSENSUAL BRASILEIRA

Em geral, o princípio é a fonte que dá origem a um determinado conhecimento nos incalculáveis ramos do direito, através dele originam-se ideias, regras e normas legais que asseguram a ordem jurídica. Carlos Roberto Gonçalves conceitua da seguinte forma:

> São regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo que não escritas. Tais regras, de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo (GONÇALVES, 2011, p.76).

Apesar de sua relevância, o princípio tem caráter subsidiário da lei, sendo usado pelos juízes nos casos em que esta não supre seu objetivo, servindo como respostas às lacunas, assim como analogia e costumes.

3.1 Princípio da Celeridade Processual

O princípio da celeridade processual está previsto no artigo 5º, LXXVIII, que traz a seguinte redação: "[...] a todos, seja no âmbito administrativo ou judicial, são assegurados os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (BRASIL, 2010, p. 20). Isso significa que, desde o inquérito policial, deve ser considerado o tempo necessário para que seja apurada, cautelosamente, a existência ou não de indícios de autoria e materialidade.

Por outro lado, apesar da necessidade do princípio da celeridade, todos os atos praticados no processo devem ser seguros sem a presunção de iniciar a ação penal com o único objetivo de colocar fim ao processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Se não se quer que a mora procedimental torne a função jurisdicional inútil, também não se pretende que o vetor punitivo acabe por atropelar a proteção mínima a que se incumbe o processo penal. Tanto na aceleração indevida, como na dilação indevida, temos a negação da jurisdição, pois não basta qualquer julgamento, a garantia da tutela jurisdicional exige qualidade (LOPES, BADARÓ, 2006 p. 135, *apud* BIZZOTTO; SILVA, 2020 p. 18-19).

Logo, imprescindível que os atos sejam praticados com cautela, discernindo a finalidade de apuração dos fatos, bem como o processo penal deverá ser dirigido pelos juristas em conformidade com os princípios constitucionais e processais, assegurando as garantias legais aos investigados e entrelaçando a qualidade e meios ágeis, evitando assim práticas protelatórias.

3.2 Princípio da Razoável Duração do Processo

Este princípio ressalva que o processo é instrumento, não se pode postular um dispêndio exagerado de atos embaraçosos. Exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menor dispêndio de atos processual possível (CAPEZ, 2016, p. 104).

Nesse sentido, é possível conferir a decisão do STF no HC 91.986/RS:

> Habeas corpus. Processual Penal. Alegação de demora na realização de julgamento de mérito de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Afronta ao princípio constituição da duração razoável do processo. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem deferida. 1. A comprovação de excessiva demora na realização do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de habeas corpus. 2. Deferimento da ordem, para determinar à autoridade impetrada que apresente o habeas corpus em mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça) (STF- HC 91.986/RS – 1ª Turma – Rel. Min. Cármem Lúcia – DJ 31.10.2007 – p.92).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Neste HC foi caracterizado o constrangimento ilegal do acusado pela demora no julgamento de habeas corpus no STJ, violando assim a norma constitucional. Assim como deve existir a razoável duração para os encarcerados, também deve ser assegurado para os acusados soltos que aguardam o fim do processo, uma vez que pode tratar-se de um inocente que busca exaustivamente sua absolvição.

Como visto, todos os indivíduos têm o direito em ter o processo contra ele apurado dentro de um tempo que não seja considerado exagerado. No Brasil, existem variações no tempo útil do processo até chegar ao trânsito em julgado, uma vez que depende de fatores administrativos, como por exemplo, a quantidade de serventuários de determinada comarca. Importante destacar que no Brasil não existe a previsão de prazo para conclusão do processo, o que torna árdua a sua garantia.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

4.1 Histórico

No dia 7 de agosto de 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou a resolução 181/2017, que normatizou o ANPP (Acordo de Não Persecução Penal), previsto no artigo 18 da mencionada resolução. Antes do surgimento do Pacote Anticrime, que regularizou o instituto, incluindo o artigo 28-A no Código de Processo Penal, as normas da resolução eram atacadas por ferir os princípios da reserva legal, sob o fundamento de que o CNMP é um órgão administrativo e não teria competência para legislar sobre matéria penal e processual, porquanto apenas a União teria disposição legal para tanto.

Todavia, o objetivo da resolução era desafogar o sistema judiciário em busca de celeridade e economia processual, assim como beneficiar o investigado ao tratar de crimes considerados "médios", sendo que, até então, benefício como esse eram abordados apenas aos delitos de menor reprovação.

A criação e aplicação de não persecução penal é instrumento que irá resolver os conflitos de forma ágil e eficiente nos crimes de menor gravidade, em consequência, desafogando as denúncias proposta pelo Ministério Público, recebimento das denúncias ao Poder Judiciário, e sistema penitenciário na execução da pena.

Assim, foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com o objetivo de tornar a resolução ilegal, sendo elas a ADI nº 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e a ADI nº 5793 proposta pelo Conselho Federal da OAB. Contudo, as ações diretas de inconstitucionalidade não tiveram julgamento de mérito ante a vigência da Lei 13.964/2019, que regularizou o acordo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4.2 Considerações Gerais do ANPP

Após as discussões da resolução 181/2017, o artigo 28-A do Código de Processo Penal, foi incluído pela Lei 13.964/2019 – "Pacote Anticrime", e dispõe que caberá o acordo de não persecução penal aos crimes em que a pena mínima seja inferior a quatro anos, abrangendo os delitos considerados "médios", como furto simples, apropriação indébita, estelionato, receptação. Esses crimes têm uma enorme abrangência no judiciário brasileiro, o que inovou a autocomposição com o suprimento da necessidade do judiciário em diminuir os encargos de demora nos processos.

Objetivamente, o acordo é definido como sistema pré-processual, assim como a transação penal, pois não é necessário o oferecimento de denúncia, e uma vez cumprida as condições ajustadas entre o Ministério Público e o investigado, ocorrerá a extinção da punibilidade do agente, constando a benesse na folha de antecedentes criminais do investigado apenas para fins de posterior análise de cabimento do benefício.

4.3 Requisitos para Propositura do ANPP

Para o oferecimento do ANPP é imprescindível que sejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos elencados a seguir:

a) Não ser caso de arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, uma vez que ausentes elementos de autoria e materialidade, casos impeditivos de prescrição ou fatos atípicos, não há justa causa para prosseguimento da ação penal.

b) O investigado deve confessar a prática do delito. Esse requisito não tem necessidade de ser durante o depoimento perante a Autoridade Policial, inclusive, há entendimentos de que, pode ocorrer a confissão do investigado durante a audiência de homologação do acordo, sendo que essa confissão deverá ser feita de forma detalhada e com voluntariedade.

c) As infrações devem ser sem violência ou grave ameaça.

d) A pena mínima do delito deve ser inferior a quatro anos, sendo consideradas eventuais causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

e) Não for cabível transação penal.

f) Se o investigado não for reincidente e não houver elementos na sua folha de antecedentes que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

profissional. Caso as infrações anteriores sejam insignificantes, o benefício poderá ser concedido.

g) Nos cinco anos anteriores a data do fato o investigado não ter sido beneficiado por ANPP, sursis processual ou transação penal.

h) O delito não pode ter sido praticado nos moldes da Lei 11.340/06, ou tendo como vítima mulher por motivo de sexo feminino.

i) Um requisito subjetivo é que o benefício deve ser necessário para o caso concreto bem como suficiente para o repúdio e prevenção do delito.

Ao contrário da Resolução 181/2017 do CNMP, que em seu artigo 18, § 1º, inciso V, vedava expressamente a inaplicabilidade do acordo aos crimes hediondos ou equiparados, o artigo 28-A do CPP não dispõe de sua abrangência aos crimes dessa espécie.

Referente a isso, os doutrinadores Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves versam que:

> Lamentavelmente, a lei não vedou, expressamente, a celebração de acordo de não persecução penal a crimes hediondos ou equiparados, razão pela qual seria possível, em tese, a adoção da medida despenalizadora a crimes dessa natureza praticados sem violência ou grave ameaça, quando a apena mínima projetar-se abaixo de quatro anos, o que pode ocorrer, por exemplo, em caso de tentativa de estupro de vulnerável perpetrado sem violência ou grave ameaça, tentativa de tráfico de drogas etc. Em tais casos, todavia, a celebração de acordo de não persecução penal certamente não atenderia aos critérios de suficiência para prevenção e repressão do crime que orientam o instituto (art. 28-A, caput) (REIS; GONÇALVES, 2020, p.114)

Ante o exposto, resta claro que com a lacuna legislativa ocorrerá demasiada busca do acordo pelos investigados que cometerem tais crimes, requerendo a reanálise da fundamentação exposta pelo *Parquet*, sendo os pedidos analisados pelo órgão superior.

Pode ocorrer o oferecimento do acordo e recusa por parte do investigado, nesse caso o Ministério Público deverá lavrar um termo de recusa e usar como fundamento para não propor a suspensão condicional do processo, uma vez que as condições seriam nos moldes da sursis.

Caso o *Parquet* entenda a inaplicabilidade do acordo ao caso concreto, deverá fundamentar a escusa na cota da exordial acusatória e, se o investigado não concordar, deverá pedir a remessa dos autos ao órgão superior, conforme Habeas Corpus julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

> HABEAS CORPUS – Recusa do Ministério Público de formular proposta de "acordo de não persecução penal" (art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, que "aperfeiçoa a legislação penal e processual penal") a réu incurso nas penas do art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006 – Autos remetidos à Procuradoria Geral de Justiça a pedido da Defensoria Pública, para revisão da recusa ministerial (art. 28-A, § 14 do CPP) – Manutenção do ato pelo Procurador Geral da Justiça – Insatisfação da Defesa – Impetração do Habeas Corpus objetivando seja concedida a ordem "para determinar a oferta do acordo de não persecução penal ou, não sendo assim, a abertura de vista ao MPESP para se manifestar sobre o cabimento do acordo..., desconsiderando a argumentação inidônea anteriormente esposada" – Descabimento – Acordo de não persecução penal que não constitui direito subjetivo do réu, mas faculdade e prerrogativa institucional do Ministério Público, titular da ação penal, ao qual cabe sua análise e proposta, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, preenchidos os requisitos legais (arts. 28 e 28-A do CPP) – Jurisprudência da Corte Suprema e deste Tribunal – Paciente denunciado que não preenche os requisitos da norma de regência – Ausência de ilegalidade, abuso de poder (art. 5º, LXVIII, CF) ou constrangimento ilegal – Ordem denegada. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2149126-95.2020.8.26.0000; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Campinas - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/10/2020; Data de Registro: 22/10/2020)

O *Habeas Corpus* foi considerado ilegal pela Corte com o fundamento de que apenas o Ministério Público é o titular do oferecimento do acordo.

4.4 Condições para o Cumprimento do ANPP

Ao apresentar o acordo, o *Parquet* poderá ajustar cumulativamente e alternativamente o cumprimento das seguintes condições para o investigado:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(a) Reparar o dano, tendo como exemplo os crimes ambientais ou restituir a coisa à vítima podendo ser apresentada essa condição nos crimes de furto.

(b) Renunciar voluntariamente a bens e direitos. Essa condição foi pensada para os crimes eleitorais como improbidade administrativa, onde o instrumento, produto ou proveito do crime seria capitulado como perdimento em favor da União.

(c) Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas de acordo com a pena mínima estipulada diminuída de um a dois terços.

(d) O pagamento de prestação pecuniária.

(e) O cumprimento de outra condição apresentada pelo *Parquet*.

As medidas impostas pelo Ministério Público devem ser proporcionais, associadas à possível condenação do investigado no final do processo. Exemplo: o investigado comete o crime de receptação qualificada, sendo que a pena é de reclusão, de 3 a 8 anos e multa. O investigado é primário e possui bons antecedentes. Com a instauração da ação penal seria, possivelmente, condenado a pena mínima de três anos de reclusão e multa. Ao final, a pena seria substituída pelo juiz por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária), *in casu*, seria recomendável ao *Parquet* trazer como condição do acordo a prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade, aplicando as condições de acordo com a sentença condenatória, mas com celeridade processual.

4.5 Procedimento para Cumprimento do Acordo

Outra peculiaridade trazida pelo ANPP é que, uma vez homologado o acordo, o *Parquet* irá distribuir execução de acordo de não persecução penal perante o Juízo da Vara das Execuções Criminais competente para o investigado iniciar o seu cumprimento.

Isso pode ser conferido diante do posicionamento do Alexandre Bizzoto:

> Pensa-se que a legislação errou ao determinar a competência do juízo de execução penal, na medida em que o acordo poderia ser tranquilamente cumprido nos nas varas de conhecimento, nos mesmos moldes do acordo criminal da suspensão condicional do processo. Seria mais simples e arrisca-se a dizer, mais efetivo (BIZZOTTO; SILVA, 2020, p. 117).

Essa atitude foi considerada equívoca, uma vez que, a remessa à Vara de Execução é realizada, quando ocorre o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória, para início do cumprimento da pena, procedimento diferente dos institutos despenalizadores que não têm instauração do processo.

4.6 Os Reflexos do ANPP para a Sociedade

Uma inovação trazida pelo instituto é oportunizar que o investigado compense os danos ocasionados através da sua prática delitiva, reparando os danos ocasionados à vítima, sem que posteriormente seja necessário o ingresso de uma ação judicial na esfera cível.

É conveniente mencionar a importância de aplicar políticas de cooperação entre o judiciário e as delegacias de polícia, para que, nos casos em que a pena mínima seja inferior a quatro anos, e que tenha vítima ou danos patrimoniais, ao colher o depoimento da vítima, a Autoridade Policial interrogue-a, para que precise o valor dos danos ocasionados, pois quando os autos forem remetidos ao Ministério Público, cumprido os requisitos, este irá propor o acordo apresentando a cláusula de reparação de dano, que se torna obrigatória nesses casos. Uma vez definido o valor do dano, não será necessário que os autos voltem à origem, e posteriormente, será realizada a audiência para oferecimento do acordo.

Não obstante, o Ministério Público deverá requerer a juntada de documentos para essa comprovação. Um exemplo: instaurou-se um inquérito policial para apurar o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (artigo 303, do Código de Trânsito Brasileiro), com o acidente provocado pelo investigado ocasionou fratura no joelho da vítima, além de danificar significativamente a sua motocicleta. No caso concreto a vítima deverá apresentar as despesas que tivera com medicamentos ou consultas e, no mínimo, três orçamentos diferentes relacionados ao reparo do veículo, para que o membro do Ministério Público analise e ofereça ao investigado, como uma das condições a serem cumpridas no Acordo de Não Persecução Penal.

A fixação da condição de prestação pecuniária foi essencial para o instituto, com ela é possível diversificar a destinação dos valores, sendo paga à entidade pública ou privada com fim social, visando à proteção do bem jurídico lesado pelo investigado. No dia 29 de março de 2020, o Corregedor Geral da Justiça do estado de São Paulo publicou o provimento nº 09/2020, que recomenda a destinação de pena de prestação pecuniária, transação penal, suspensão condicional do processo e acordos de não persecução penal para o combate da Covid-19. Dessa forma, as promotorias de justiças e comarcas do estado passaram a especificar a destinação da prestação pecuniária para aquisição de materiais e equipamentos médicos, insumos, medicamentos e contratação de serviços necessários ao combate da pandemia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dados revelados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo apontam que, na Comarca de Bragança Paulista foi firmado acordo de não persecução com o investigado que cometeu o crime de homicídio culposo na direção do veículo automotor. No termo homologado pelo juiz, o investigado doará voluntariamente o total de R$ 2 milhões, valor distribuído a 12 entidades da comarca. Nesse valor está incluso indenização material e moral à família da vítima.

Posto isto, importante pontuar que o pagamento da prestação pecuniária poderá ser ajustado de acordo com a necessidade de reparação do crime cometido pelo agente e pela disponibilidade financeira deste. Nos casos em que não incidir reparação do dano direto à vítima, a prestação pecuniária poderá ser revertida para os casos excepcionais de calamidade pública, podendo suprimir necessidades temporárias e essenciais da sociedade brasileira.

Nesse panorama, os crimes ambientais tipificados na Lei 9605/98 (artigo 38, 38-A, 39, 40, 41) são passíveis de acordo de não persecução. Caso o investigado incida no artigo 38-A, o Ministério Público poderá propor, como condição, a reparação do dano ambiental, sendo observada a área degradada do dano ou destruição, usando esses dados para determinar o valor da prestação pecuniária.

4.7 Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal aos Processos em Curso Antes da Vigência da Lei

Muito tem se discutido a respeito do limite de celebração do acordo de não persecução penal, sendo que o dispositivo legal não traz a regularização. Nessa esfera, importante ressaltar que se trata de norma mista ou híbrida, sendo assim, aplica-se a *lex mitior*, onde a lei nova retroagirá para beneficiar o réu, uma vez cumprida integralmente as condições do acordo, ocorrerá a extinção da punibilidade.

Cumpre mencionar a ADI 1719DF, em que o STF reconheceu inconstitucional a normativa do artigo 90, que inibia a propositura dos benefícios da Lei 9.099/95 para as ações penais em curso antes de sua vigência.

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/95. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da Lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no artigo 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que

> tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme o art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei (STF - ADI: 1719 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 18/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35).

Nesse panorama, o artigo 28-A traz que, é essencial que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática de crime. Nos casos em que já exista uma sentença condenatória, há entendimentos de que não seja possível a celebração, uma vez que nessa fase processual o Ministério Público não teria interesse na confissão.

Na mesma linha de raciocínio, tem entendido Rodrigo Ferreira Leite Cabral:

> Assim, parece ser plenamente possível – ainda que temporariamente – a aplicação do acordo de não persecução penal para os processos penais em curso, nos quais ainda não tenha sido proferida sentença. É dizer, o marco final para que possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a sentença penal condenatória, não, portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal. Isso porque, uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão, que é, como já visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo. Ademais, já proferida sentença, esgotada está a jurisdição ordinária, não podendo os autos retornar ao 1º Grau, mesmo porque a sentença jamais poderia ser anulada, uma vez que hígida. (CABRAL, 2020, p. 213)

Ao contrário, a 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal tem entendido:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP. OFERECIMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. No caso dos autos, a denúncia foi recebida em data anterior à entrada em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> vigor da lei nova. Considerando que o objetivo do novo instituto é tornar efetivos os princípios constitucionais da eficiência (artigo 37, caput, CF), da proporcionalidade (artigo 5º, LIV, CF), da celeridade (artigo 5º, LXXVIII, CF) e do acusatório (artigo 129, I, VI e VI, CF), a aplicação do benefício quando já recebida a denúncia atenta contra tal propósito. Além disso, apesar de o artigo 28-A do Código de Processo Penal deter natureza mista, constituindo norma híbrida, isto é, apresentar natureza processual e material de direito penal, permitindo sua aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu, tal retroatividade deve se restringir à fase anterior ao recebimento da denúncia, porquanto não poderá atingir o ato jurídico perfeito e acabado (recebimento da denúncia), sob pena de afronta a preceito constitucional. Recurso não provido. (TJ-DF 07245802020198070001 DF 0724580-20.2019.8.07.0001, Relator: MARCIO MACHADO, Data de Julgamento: 17/09/2020, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 01/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Com o objetivo de sanar especulações sobre a possibilidade da retroatividade do instituto, o Conselho Nacional do Ministério Público tem trazido o seguinte enunciado para tentar colocar fim ao conflito: Enunciado n. 20, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/19, desde que não recebida a denúncia" (GNCCRIM, 2020, p. 6).

Está em tramitação pelo Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* que discute sobre a retroatividade e o cabimento do Acordo de Não Persecução Penal. O HC será julgado em plenário e possivelmente irá sanar divergência jurisprudencial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi explanado, a justiça consensual não tem apenas relevância jurídica pelo fato de diminuir o fluxo de processos, mas também a função de contribuir com a sociedade através das penas restritivas de direitos como prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, assim como as demais condições já pontuadas.

Em que pese o pouco tempo em que o ANPP está vigente, nota-se que até o momento ele trouxe benefício ao ordenamento jurídico brasileiro no âmbito da

destinação das penas de prestação pecuniária para reparação dos danos ocasionados à vítima, sendo um procedimento rápido comparado à espera do trânsito em julgado do processo, o que trás credibilidade para a justiça na sociedade. Além disso, os valores altos destinados à saúde para o combate à Covid-19, além de dar andamento célere aos crimes médios, diminuindo a sobrecarga nas comarcas.

Por conseguinte, apesar das divergências doutrinárias no tocante ao limite temporal para o oferecimento do acordo, é sabido que, uma vez proferida a sentença condenatória, não é benéfico que o estado volte a analisar o processo, sendo que essa atitude é uma afronta ao princípio da economia processual. Apesar da atribuição dada à Vara de Execuções Criminais para acompanhar o cumprimento do acordo, será necessário que o Ministério Público se adapte a esta inovação trazida pelo Pacote Anticrime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal**: Teoria e Prática. Leme, SP: JH Mizuno, 2019.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. São Paulo: Dialética, 2020.

BRASIL. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.html. > Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Código de processo penal**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf > . Acesso em 23 out. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.986/RS.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1719/DF.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Bahia: Juspodivm, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. 916 p.

GATTO, Yago Merhy. **Reflexões sobre a justiça negociada no brasil.** Juiz de Fora: UFJF, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/11072/1/yagomerhygatto.pdf.> Acesso em: 23 set. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2011

GNCCRIM. GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). **Comissão Especial: Enunciados Interpretativos Da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).** CNPG, 2020. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf.> Acesso em: 20 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. São Paulo: Forense. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de**. Manual de processo penal: volume único**. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 1.952 p.

MIRANDA. **Primeiras reflexões sobre acordo de não persecução penal em crimes ambientais**. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/ambiente-juridico-primeira-reflexoes-acordo-nao-persecucao-penal-crimes-ambientais>. Acesso em 25 setem.2020.

MPSP. **Acordo de não persecução penal garante R$ 2 mi a entidades de Bragança**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=23570512&id_grupo=118#:~:text=Acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20penal,mi%20a%20entidades%20de%20Bragan%C3%A7a&text=A%20Promotoria%20de%20Justi%C3%A7a%20de,ao%20volante%20de%20seu%20autom%C3%B3vel. Acesso em: 25 out. 2020.>

REIS, Alexandre Cabrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 848 p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO MEIO DE ASSEGURAR O DIREITO DE PROPRIEDADE

GUILHERME CORREIA SOARES COSTA: Graduando em Direito pela Faculdade Alfredo Nasser

ALEXANDRE FRANCISCO DE AZEVEDO

(orientador)[53]

RESUMO: Realizado na seara do Direito Civil, o artigo consiste em uma exposição detalhada acerca dos institutos da posse e da propriedade, além de propor o estudo da influência da aplicabilidade do instituto da função social sobre os respectivos institutos normativos. Desse modo, o mesmo visa responder quais métodos legais podem ser empregados para garantir a manutenção do direito de propriedade e evitar sua perda em face de terceiros. O objetivo geral deste trabalho se pauta no interesse em propor o estudo do instituto da função social e sua contribuição para a sedimentação do direito real de propriedade no âmbito jurídico brasileiro, de modo a abordar seu aspecto histórico, além de expor os conceitos acerca dos institutos trabalhados e observar a aplicabilidade do instituto da função social e as consequências de sua inutilização. Para tanto, utilizou-se como fonte fundamental de pesquisa dessa construção textual o raciocínio doutrinário, além de artigos secundários que versam a respeito do mesmo tema, como modo a ampliar o leque interpretativo do assunto. Tendo em vista o exposto, a análise realizada propiciou a compreensão da importância da execução da função social para solidificar e garantir a manutenção da propriedade, ao passo que sua inobservância resulta de forma direta na perda do bem em face de quem a execute durante determinado lapso temporal, ou em detrimento à supremacia do interesse público face aos interesses privados, sendo o meio jurídico criado para oportunizar o realce do cumprimento de obrigações sob o imóvel.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Propriedade. Função Social. Interesse Público.

ABSTRACT: Held in the field of Civil Law, the article consists of a detailed exposition about the institutes of possession and property, besides proposing the study of the influence of the applicability of the institute of social function on the respective normative institutes. Thus, it aims to answer what legal methods can be used to ensure the maintenance of the right of ownership and prevent its loss in the face of third parties. The general objective of this work is based on the interest in proposing the study of the institute of social function and its contribution to the settlement of

53 Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento..

the real right of property in the Brazilian legal context, in order to address its historical aspect, in addition to presenting the concepts about the institutes worked and observe the applicability of the institute of social function and the consequences of its destruction. To this end, the doctrinal reasoning was used as a fundamental source of research of this textual construction, as well as secondary articles that deal with the same subject, as a way to expand the interpretative range of the subject. In view of the above, the analysis provided an understanding of the importance of the implementation of the social function to solidify and ensure the maintenance of property, whereas their failure to comply results directly in the loss of the good vis-à-vis those who execute it during a certain period of time, or in detriment to the supremacy of the public interest over private interests, being the legal means created to allow the enhancement of the fulfillment of obligations under the property.

KEYWORDS: Law. Property. Social function. Public interest.

1 INTRODUÇÃO

O direito real de propriedade que é o objeto de análise desse artigo adquiriu ao decorrer do processo evolutivo social caráter excepcional para o estudo e aplicação normativa na sociedade brasileira. Nesse prisma, observa-se uma ampla preocupação com o tema a ser averiguado no decorrer desse trabalho, no que tange a tentar definir a importância do emprego do instituto da função social sob o bem, a fim de evitar a perda deste em favor de um terceiro que o faça.

Com base nesse pressuposto, assimila-se que a partir do título "A aplicação do instituto da função social como meio de assegurar o direito de propriedade" pode-se dispor que o tema a ser tratado versa sobre o direito a propriedade e sua função social, ao passo que o artigo possui como escopo verificar: Quais métodos legais podem ser empregados para garantir a manutenção do direito de propriedade e evitar sua perda em face de terceiros?

Destaca-se, diante da problemática abordada, que a importância de resolução da mesma se pauta no fato de o tema proposto ser, na atual conjuntura, corriqueiramente difundido no meio social, de modo que os procedimentos judiciais que possuem o fulcro de discutir a titularidade de um bem imóvel mostram-se frequentes na seara jurídica brasileira.

Diante disso, o foco norteador dessa pesquisa consiste em salientar quando o interesse social pode sobressair o direito real de propriedade, de maneira que a pesquisa se pauta em realizar uma síntese sobre o aparato histórico que envolve o direito real de propriedade, de modo a destacar seu processo de formação. Em sequência, assinala-se o interesse de articular um conceito que possa descrever a diferença existente entre os institutos da posse e da propriedade e, por conseguinte,

descrever as características do instituto da função social e pontuar seus efeitos derivados, tais como as espécies de usucapião reconhecidas na legislação brasileira.

Pode-se pontuar, portanto, a imprescindibilidade e importância que essa pesquisa possui, tanto no âmbito acadêmico quanto no social, ao passo que a mesma visa tratar acerca de um assunto diversamente abordado na atualidade, além de solidificar o entendimento de suas peculiaridades e ramificações, como exemplos do exercício da função social da propriedade, os efeitos desse instituto e a perda da mesma, na omissão em que não se aplica o fim destinado ao bem.

Assim, pode-se constatar que a pesquisa elaborada culmina por contribuir ricamente para a sociedade em geral, haja vista que ao decorrer dos anos, devido ao intenso processo de expansão demográfica que ocorre na coletividade, o espaço territorial no qual a mesma se insere se torna rapidamente escasso. Isso, somado à desigualdade social que se acentua na comunidade, ocasiona litígios entre os indivíduos, o que tenciona a necessidade de busca de seus direitos face à seara do judiciário, de modo a propiciar o abarrotamento de demandas judiciais atinentes à quebra do direito de propriedade em detrimento ao possuidor ou ao interesse público geral, em face da inexecução da função social da propriedade.

No que corresponde à metodologia utilizada para a confecção deste bojo textual, salienta-se que, quanto a sua natureza, a mesma se classifica como uma pesquisa de natureza básica, que visa o fomento de conhecimentos úteis que corroboram para o avanço científico, doravante a exploração do tema Direito a propriedade e função social. Com relação à forma adotada para a abordagem do problema, averígua-se que essa pesquisa classifica-se como qualitativa, de maneira que visa proceder à descrição de conceitos e características com maior riqueza de detalhes, não se restringindo a números e estatísticas para oportunizar a explanação do tema.

No que concerne ao procedimento técnico empregado, nota-se que este dispositivo textual é regido pela pesquisa bibliográfica, tendo em vista que a mesma é fundada em materiais já publicados e em outras fontes escritas. Ainda nisto, destaca-se como método de abordagem utilizado na confecção deste o método dedutivo, em que se toma como partida o estudo de casos e regras gerais, tal como a aplicação formal do que os institutos do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988 determinam no caso em questão, acerca da propriedade e sua função social, para alcançar fenômenos particulares e específicos. No que tange ao método de procedimento, observa-se o uso do método comparativo, que visa à investigação dos fatos e sua explicação através de comparações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por fim, ao avaliar o escopo doutrinário empregado para solidificar o raciocínio acerca da construção textual a ser elaborada pode-se conceber o uso de trabalhos de Tartuce (2017), Diniz (2014), Rizzardo (2016) e Melo (2019) que são essenciais para promover o contraponto de opiniões a respeito do aspecto histórico do direito real de propriedade, no que tange ao seu núcleo de concepção e evolução ao longo do processo de formação humana.

Ademais, evidencia-se que o supedâneo de raciocínio de Lôbo (2020) e de Gonçalves (2020) mostra-se indispensável para obter-se conteúdo adequado acerca das diferenças entre os institutos da posse e da propriedade, no âmbito da seara normativa cível. Enfim, salienta-se ainda a necessidade de consulta ao acervo intelectual de Gagliano (2019), Monteiro (2013) e Coelho (2012) para solidificar-se o conhecimento e obter maior leque interpretativo ao tema trabalhado.

2 PROCESSO HISTÓRICO DE EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Superados os aspectos introdutórios da respectiva construção textual, pode-se ponderar o aspecto histórico que envolve o advento e construção do instituto da propriedade.

Nesse contexto, o respectivo instituto constitui-se como alvo de recorrentes investigações sociais para consolidar-se um consenso acerca de sua origem, uma vez que parte da doutrina diverge de forma direta sobre o tema.

Para tanto, a propriedade se aloca como uma fonte para contínuas pesquisas de juristas e historiadores que desejam delinear se o aspecto da propriedade e se encontra atrelado ao misticismo que envolve o fim da era nômade e instituição das grandes cidades, abarcadas pela sedimentação de um povo em determinada porção de terras com a finalidade de ali estabelecer sua moradia fixa e desenvolver seu processo de vivência em conjunto.

Assim, ressalta-se que o estudo do direito de propriedade parte das mais remotas populações do globo, instaladas ente os rios Tigres e Eufrates e às margens do Nilo, que consistem, respectivamente, nos mesopotâmicos e nos egípcios. Como supõe Diniz (2014), tais populações, foram pioneiras no abandono do estilo de vida nômade, que consistia no ato de locomover-se de forma contínua, sem estabelecer moradia fixa em qualquer lugar. Assim, ao decidirem conviver em um espaço comum de forma definitiva, instauraram a formação do fato social que originou o direito de propriedade, uma vez que cada indivíduo necessitaria de seu espaço particular para habitar, dentro da sociedade.

Diniz (2014) comenta que em continuidade ao aparato histórico de criação desse instituto, pode-se destacar que a doutrina diverge de forma direta quanto à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

gênese do direito de propriedade, haja vista que embora o fato social que o origina tenha surgido após a sedimentação de grupos sociais em determinadas porções territoriais e sua formalização ocorreu somente em civilizações posteriores.

De acordo com essa afirmação, pode-se pontuar que no raciocínio de Diniz (2014) o arcabouço histórico da gênese do direito de propriedade encontra-se no direito romano, que salientou de forma direta em uma legislação a ideologia de um bem pertencer de forma individual a um membro do bojo social. Na legislação romana, portanto, abarcaram a propriedade privada, na qual a titularidade de um bem era colacionada a um respectivo indivíduo componente do bojo social, e a propriedade coletiva, formada pela ideologia das *gens* e das famílias.

Tais ideologias formalizavam a estrutura de um clã composto pelos membros do núcleo familiar e o *pater famílias*, considerado, respectivamente, o líder de seu clã e responsável pela propriedade inerente ao mesmo. O *pater famílias* possuía, portanto, o domínio familiar de forma linear, ou seja, seus membros eram a estes submissos, em consonância aos seus direitos.

De forma a contrapor o raciocínio de Diniz, Ulhoa (2012) descreve em sua obra que a gênese do direito de propriedade não pode ser observada, uma vez que se trata de um direito inerente à conduta do homem em sociedade, tendo existido, portanto, desde que o homem existe. Assim, no ponto de vista do mesmo, inexistem elementos históricos que comprovem o momento da humanidade em que se deu a gênese do direito proprietário.

Discorda dessa visão Monteiro (2013) que, em consonância ao raciocínio de Diniz, prevê que a gênese do direito de propriedade está atrelada ao conjunto normativo disposto pelo Império Romano, embora disponha em sua obra que o debate acerca desse instituto pode ter ocorrido em civilizações anteriores sem que houvesse, entretanto, a formalização jurídica acerca do mesmo.

Monteiro (2013) elenca que a origem da propriedade parte de quatro teorias-base, que se intitulam por teoria da ocupação, que consistia na ideia de um indivíduo ocupar-se de coisas que ainda não haviam sido ocupadas. Teoria da lei, que dispõe a propriedade como uma instituição do direito civil, sendo uma concessão de caráter positivo, isto é, a lei criou o respectivo instituto e o garante. Em sequência, observa-se a teoria da especificação, que dispõe que a propriedade só passa a existir após a transformação do bem por intermédio da força humana. Por fim, a teoria da natureza humana, que corrobora com o raciocínio de Ulhoa, de modo a mencionar que a propriedade é inerente ao homem.

Com exceção à teoria da ocupação, a qual Monteiro (2013) dispõe ser errônea, devido ao fato da mesma não oportunizar uma construção doutrinária

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

elaborada e ater-se somente a afirmações factuais, o doutrinador corrobora do raciocínio das demais teorias abordadas, que condicionam o berço do direito proprietário a Roma Antiga, uma vez que este se posiciona como o primeiro instrumento normativo a prever tais condições em seu bojo. Contudo, mostra-se pertinente dispor que tal sedimentação da gênese da propriedade à civilização romana postula-se relativa, na visão do doutrinador, uma vez que tais conceitos poderiam ter sido discutidos em civilizações anteriores, sem êxito.

Superada a origem histórica da propriedade, pode-se dispor que na idade média a mesma adquiriu status de robustez, uma vez que o êxodo rural imprimiu maior população nas grandes cidades, o que contribuiu de forma direta para a expansão territorial urbana, com o acréscimo de novas terras e sua intensa disputa entre os habitantes, tendo em vista que o território apresentava limitações. Neste cenário, as legislações externas à época deram maior suporte à questão territorial entre seus ditames normativos urbanos e oportunizou a classificação da propriedade no status anteriormente delineado.

Na idade moderna, isto é, na atual conjuntura, pode-se dispor acerca do direito de propriedade no âmbito normativo brasileiro, ao passo que se pode dispor que o direito de propriedade foi abordado de forma direta pela primeira vez na Constituição de 1824, uma vez que tal Carta adotou a metodologia disposta pelos Direitos do homem e do cidadão, propostos em 1789, dentre os quais se elencava a propriedade como um direito essencial.

Em sua abordagem no cenário nacional, a propriedade perdeu a qualidade de absolutez anteriormente existente a partir do advento da Constituição de 1934, de modo a tornar-se relativa, fator que oportunizou a criação do instituto da função social da propriedade, que consistia nos métodos a serem empregados no domínio do bem, sob a pena de destituição do mesmo. Tal direito evoluiu ao longo do processo histórico e na atual conjuntura consolida-se como um preceito fundamental abarcado em diversas Constituições nacionais, dentre as quais se engloba a legislação brasileira, que prevê em sua Carta Magna de 1988, no artigo 5º, inciso XXII –"é garantido o direito de propriedade;" (BRASIL, 1988).

3 A DIFERENÇA ENTRE OS INSTITUTOS DA POSSE E DA PROPRIEDADE

Para compreender o instituto da função social e o instituto da propriedade, é imprescindível dispor acerca da posse, uma vez que a mesma se constitui como um dos precedentes da propriedade em si, configurando-se como um dos requisitos para a destituição da propriedade através do método da usucapião.

Com base nessa afirmação, mostra-se essencial elencar a diferença existente entre os institutos abarcados, haja vista que um dos efeitos da inobservância do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

instituto da função social é a perda do direito de propriedade, que pode ocorrer através de métodos derivados, no qual se aloca a usucapião, de modo que a mesma exige para sua configuração a existência de posse do bem. Em outras palavras, a posse se institui como elemento de constante disposição ao versar sobre o tema trabalhado. Devido ao fato de influir de forma direta na propriedade em si, mostra-se preponderante delinear a diferença entre os institutos da posse e da propriedade, uma vez que seus elementos constituintes são interdependentes. Em outras palavras, há essencial ligação entre os conceitos de ambos os institutos.

Nesse diapasão ao definir o conceito de propriedade, pode-se postular que o mesmo consiste em um aperfeiçoamento do direito de posse, que o engloba. Para tanto, elenca o Código Civil/2002 em seu art. 1228 que "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha." (BRASIL 2002).Assim elenca-se a propriedade na legislação formal.

Nesse aspecto de acordo com Monteiro (2013), o indivíduo tem o poder de usar a coisa para si, que se configura sob a órbita do direito *jus utendi*. No que corresponde ao direito de gozar, significa que o mesmo pode usufruir o bem da forma que entender, tanto para o âmbito de moradia quanto para o âmbito econômico, perfazendo a ideia do *jus fruendi*. Por fim, ao elencar o *jus abutendi*, isto é, o direito de dispor, significa mencionar que o proprietário tem a supremacia da vontade em se desfazer do bem da forma que entender no momento que quiser.

Dispõe-se de forma direta que o elemento garantidor da propriedade é o registro da mesma no cartório responsável da localidade onde o imóvel se instala. Costuma-se, para tanto, realizar-se o registro da propriedade perante o CRI (Cartório de Registros Imobiliários) instaurado na região do bem. Sem o respectivo registro, destaca-se prejudicado o direito de propriedade sob o bem, podendo perdê-lo para quem o fizer.

Em contrapartida, ao conceito da propriedade, podem-se elencar as nuances atinentes ao instituto da posse, ao passo que o art. 1.196 do Código Civil define a posse como "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade". (BRASIL 2002). Assim, o legislador aponta como possuidor o indivíduo que possui sobre a propriedade algum dos direitos inerentes a ela.

A norma ensina de acordo com Diniz (2012) de maneira clássica duas teorias que versam a respeito da posse, que são a teoria Objetiva, de Ihering e a teoria subjetiva, defendida por Savigny. Para o primeiro, a posse se configura apenas com a existência do *corpus*, isto é, a partir do momento que o indivíduo se encontra sob

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o bem, de forma a possuir o *corpus* dele. Como meio de solidificar esse raciocínio, evidencia-se o argumento de Monteiro (2013, p.29) "Sustenta Ihering que para constituir a posse basta o *corpus*, dispensando o *animus*, elemento de escasso valor, longe de ser essencial".

Em contrapartida, o raciocínio de Savigny, dispensado na atual conjuntura, constrói a ideia que para que haja a posse do bem são necessários dois requisitos essenciais, que se consolidam na figura do *corpus*, anteriormente mencionado, e do *animus*, que se constitui como a vontade do indivíduo de querer ser dono da coisa, isto é, o ânimo dela em estar sobre o bem e querer o mesmo pra si. Diante disso, pode-se afirmar que a teoria aceita na atual conjuntura é a objetiva, uma vez que se considera abstrato o interesse em possuir o bem. Prepondera-se, assim, que o fato do indivíduo estar alocado sobre o bem evidencia sua vontade de tê-lo pra si, como sua propriedade.

Em síntese, elenca-se mais simples a compreensão do direito de posse, uma vez que o mesmo se convalida a partir da existência de um dos direitos inerentes à propriedade. Em contraste a isto, elenca-se mais complexo o instituto da propriedade, com ênfase no que tange à sua aquisição e manutenção, tendo em vista que o respectivo direito não goza de absolutez, estando, destarte, intimamente ligado ao cumprimento do instituto da função social, a ser visto em sequência.

4 O IMPACTO DA FUNÇÃO SOCIAL SOB A PROPRIEDADE

Uma vez observados os conceitos de posse e de propriedade, pode-se adstringir que os mesmos encontram-se sobrepostos a um requisito essencial de convalidação desse direito, que é a correta aplicação do princípio da função social da propriedade. Nesse aspecto, mostra-se essencial destacar o conceito e o impacto da função social sobre a órbita do direito de propriedade, de forma a elencar as consequências de sua inobservância.

Assim, como observado no capítulo que versa acerca da evolução histórica do direito de propriedade, pode-se constatar que a propriedade perdeu, com o decorrer de seu processo evolutivo, sua característica de rigidez e absolutez, ao passo que em cenários anteriores o respectivo instituto era tido como um direito inflexível, imperecível, do qual o proprietário de um bem gozava, ao passo que independente do manejo do imóvel, este lhe pertencia até que o mesmo se despisse de tal direito.

Com a flexibilização mencionada, criaram-se mecanismos jurídicos empregados sobre a órbita da propriedade com o intuito de obrigar o proprietário a cumprir determinados requisitos para garantir a manutenção de seu direito. Tais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mecanismos mencionados formalizaram-se, no bojo constitucional pátrio, sob a figura da função social da propriedade.

Nesse aspecto, pode-se ponderar que o instituto da função social classifica-se como um direito previsto normativamente na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso XXIII, *in verbis*: "XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;" (BRASIL, 1988). Nesse contexto, observa-se que a Carta Magna destaca como um fundamento constitucional para a consolidação do direito de propriedade o emprego de sua devida função social.

Para tanto, o mesmo bojo normativo abarca em seus artigos 182 e 186 o fundamento da função social de acordo com o tipo de imóvel, seja este urbano ou rural. Diante disso, pondera-se, respectivamente, acerca do imóvel urbano, que o art. 182 § 2º da Constituição Federal determina que "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". (BRASIL, 1988). Desse modo, demonstra-se que os preceitos a serem aplicados na propriedade privada com o intuito de atender a finalidade social do imóvel são determinados em concordância ao que pressupõe o plano diretor do município no qual o imóvel se encontrar.

No que concerne à função social da propriedade rural, pode-se destacar que o art. 186 do mesmo dispositivo textual determina que:

> A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988).

Assim, a Carta *mater* Constitucional elucida que o imóvel rural deve atender uma utilização consciente e adequada dos recursos naturais que possuir, com o implemento de técnicas específicas para estabelecer um aproveitamento racional do imóvel, com a exploração adequada desses recursos para atingir o bem-estar de quem detém o domínio do bem e de seus funcionários, caso o mesmo possua.

Destarte, segundo Monteiro (2013) a função social se conceitua como um conjunto de elementos e regras a serem empregados de forma ativa e contínua sobre o imóvel, com o intuito de oportunizar o cuidado e o atendimento de sua finalidade social, de modo a propiciar o avanço econômico do bem e de seus imóveis circunvizinhos. Segundo Diniz (2014), o conceito que envolve a função social da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

propriedade se mostra amplo e inacabado, do qual se extrai apenas o abstrato que envolve o termo e sua aplicação.

Nesse sentido, a função implica o emprego de técnicas adequadas e manejo constante do bem que se detém o domínio afim de que o mesmo goze de boa gestão, de forma a não manter-se em situação de ostracismo. A finalidade da aplicação das referentes técnicas visa oportunizar o crescimento do bem consoante à coletividade. Significa mencionar que o bem deve atender sua função social de modo a oportunizar seu crescimento e valoração econômica, além de valorizar, de forma consequente, os demais bens do local no qual este se insere.

Uma vez observado o raciocínio do Monteiro e de Diniz acerca do conceito do instituto da função social, solidifica-se a ideia versada através da ideologia apresentada por Gonçalves (2020, p. 125) que elenca que "os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir [...] o proprietário de um imóvel deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão de seus bens, como um funcionário". Para o autor, portanto, a manutenção contínua do imóvel, com a aplicação de sua respectiva função social condiciona-se como o elemento-chave para garantir-se o direito de propriedade do bem.

Partindo desse pressuposto, pode-se postular que a ineficiência no cumprimento da função social pode acarretar diversos problemas para o proprietário do bem, dos quais, em última *ratio*, podem culminar com a perda do imóvel.

Isso ocorre devido ao conceito da supremacia dos interesses públicos face aos interesses privados, que significa que embora o imóvel condicione-se como um bem de característica particular, com seu pertencimento sendo derivado a uma pessoa física em específico, o mesmo deve atingir o interesse público, uma vez que seu manejo visa acarretar a evolução econômica do espaço em que se insere, isto é, deve atingir o interesse coletivo em face do interesse privado.

Em síntese, a inércia do proprietário quanto à execução da função social pode culminar em sanções punitivas diversas, de acordo com o grau de desinteresse do indivíduo face ao imóvel, ao passo que estas variam entre notificações, multas e, em último aspecto, a perda do bem, que pode ser ocasionada através do instituto da usucapião, a ser trabalhado em tópico posterior.

5 O INSTITUTO DA USUCAPIÃO E SUAS MODALIDADES

Superada a discussão acerca do instituto da função social e sua importância para a sedimentação do direito de propriedade no âmbito jurídico brasileiro, pode-se discorrer desse modo, acerca das consequências advindas de sua inobservância, dentre as quais se apresenta de forma direta a perda do bem imóvel em face de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quem reproduza a função social do mesmo, somado ao cumprimento de demais requisitos por intermédio da usucapião.

Todavia, antes de ingressar à discussão acerca da usucapião, seu conceito, nuances e espécies, *mister* se faz avaliar a forma comum de repasse da propriedade, para compreender suas diferenças. Nesse diapasão, na espécie comum, a transmissão da propriedade acontece a partir da compra e venda do bem, ou de sua cessão/doação, com o devido registro da movimentação realizada no Cartório específico, qual seja o CRI (Cartório de registros imobiliários).

Em outras palavras, a partir da execução de um contrato de compra e venda ou da cessão/doação do bem por seu proprietário a terceiro, realiza-se na matrícula do bem a respectiva averbação do fato jurídico realizado, de modo que após a devida formalização mencionada, o bem é transmitido ao novo proprietário, ao qual se responsabiliza pelo cumprimento adequado da função social do imóvel transmitido, daquela data em diante.

Todavia, a usucapião não se constitui como uma forma originária para obter-se a propriedade de um bem, de modo que a mesma trata-se de um instituto a ser pleiteado na seara judicial com o intuito de galgar – a partir do cumprimento dos requisitos formais delineados à espécie pretendida – a titularidade de um bem imóvel. Isto é, a mesma se aloca como uma espécie derivada para adquirir-se a propriedade de um bem.

Para tal procedimento, mostra-se indispensável mencionar que a correta exploração do bem e a execução de medidas contínuas de manutenção e valorização econômica no mesmo colidem de forma direta com o êxito no processo a ser realizado para a busca pela obtenção do direito de propriedade. Assim, pode-se elencar que a usucapião constitui-se como um instituto tão antigo quanto o direito de propriedade, uma vez que se correlaciona diretamente com o mesmo, de forma a ter sua gênese interligada ao conjunto normativo aplicado na Roma antiga.

Nesse contexto, destaca Monteiro (2013, p. 144) em sua obra, a respeito da usucapião, que "de início, só podia ser invocado pelo cidadão romano, mas depois estendeu-se o benefício em favor do peregrino. [...] instituto de dupla face, aquisitiva e extintiva, sendo a primeira modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada".

De acordo com o raciocínio do doutrinador mencionado, a usucapião possuía menor restrição à época de seu advento, de forma que podia ser aplicada tanto no âmbito dos bens imóveis quanto aos bens móveis, de modo a oportunizar o repasse do direito sobre a coisa àquele que detinha sua posse e cuidava de forma direta do bem. Pode-se mencionar ainda que tal instituto adquiriu ao longo do processo de evolução normativa das civilizações a característica de essencial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aplicação, uma vez que os espaços territoriais se mostravam mais curtos com o avanço do crescimento populacional, e o poder das propriedades ficava sob a égide de um pequeno grupo que possuía maior domínio financeiro.

Nesse ínterim, desenvolveram-se intensos conflitos judiciais que visavam o repasse do direito de propriedade aos indivíduos que se apossavam de imóveis em desuso e neles estabeleciam sua moradia e sustento, por determinado lapso temporal, como forma a diminuir a disparidade econômica e social. Em sequência ao raciocínio traçado, uma vez superado o aspecto histórico que leciona sobre o advento e emprego da usucapião no âmbito judicial, pode-se abordar seu conceito, de forma que tal instituto consiste em um meio judicial para garantir a aquisição do domínio de um bem imóvel através da posse do mesmo, sobre determinado lapso temporal, a ser decidido de acordo com a espécie que se pleiteia legalmente.

Em outras palavras, segundo o raciocínio de Diniz (2014, p. 178-179), a usucapião se conceitua da seguinte maneira:

> A usucapião é um modo de aquisição da propriedade e d outros direitos reais [...] pela posse prolongada da coisa com a observância dos requisitos legais. É uma aquisição de domínio pela posse prolongada [...] trata-se de uma aquisição de propriedade de modo originário, uma vez que a relação jurídica formada em favor do usucapiente não deriva de nenhuma relação do antecessor. (DINIZ, 2014, p. 178-179).

A doutrinadora leciona, portanto que somado ao requisito do cumprimento da função social da propriedade, outro fator preponderante para a busca pela consolidação do direito de propriedade ao possuidor é a existência de posse prolongada sob o bem, de forma que os prazos dessa posse variam de acordo com a espécie de usucapião a ser pleiteada.

Nesse aspecto, mostra-se fundamental discorrer acerca das espécies de usucapião vigentes no seio constitucional, além de abordar de forma sucinta suas derivações, uma vez que o instituto da usucapião encontra supedâneo normativo em legislação infraconstitucional, de forma precisa, no Código Civil/2002. Destarte, a primeira espécie de usucapião a ser abordada é a usucapião constitucional habitacional urbana, prevista normativamente no art. 183 da Carta Magna, *in verbis*:

> Art. 183: Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua

> moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 1988).

Como delineado no artigo disposto, pode-se mencionar que os requisitos fundamentais dessa espécie são a posse ininterrupta pelo prazo de 5 (cinco) anos, isto é, o indivíduo deve estar a no mínimo 5 (cinco) anos no imóvel, e este imóvel não deve suplantar um terreno de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), além do fato do possuidor não poder ter em seu nome quaisquer outros terrenos. Aliam-se tais fatores ao cumprimento da função social da propriedade sob o imóvel, de forma a exercer nele a moradia.

Disciplinada no art. 10 do Estatuto da Cidade, elenca a usucapião coletiva, ao passo que essa espécie tem como analise a situação de uma determinada área ser ocupada por populações considerados de baixa renda, podendo então ser usucapida no prazo de cinco anos, visto que, os possuidores dessas áreas não sejam proprietários de outros imóveis, tanto rural quanto urbano, mesmo ainda que a área referida ultrapasse os duzentos e cinquentas metros quadrados.

Dessa espécie de usucapião derivam-se a usucapião ordinária, prevista normativamente no art. 1.242 do Código Civil/02, que determina que "adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo titulo e boa-fé, o possuir por dez anos." (BRASIL, 2002). A ordinária habitacional reduz o prazo para a contemplação da usucapião em 5 (cinco) anos, tal como preleciona o instituto constitucional.

Para tanto, elenca o mesmo artigo previamente destacado, qual seja o 1.242/Código Civil/02, que "será de cinco anos o prazo previsto nesse artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, [...] desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico." (BRASIL, 2002).

Em ambas as hipóteses delineadas na norma infraconstitucional, enumeram-se como requisitos primordiais a existência de posse mansa e pacífica, isto é, uma posse adquirida de forma pacífica, através de um contrato de compra e venda, por exemplo, além da existência de um justo título que comprove o direito de propriedade que o indivíduo tem sobre o bem a ser usucapido.

Outra espécie derivada da norma constitucional delineada é a usucapião extraordinária, prevista na norma infraconstitucional em seu art. 1.238, *in verbis*: "Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé". (BRASIL, 2002). Mais simples do que as outras modalidades apresentadas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

anteriormente, essa espécie, embora tenha um prazo maior para ser convalidada, não exige os requisitos do justo-título e da boa-fé do possuidor, bastando, para tanto, que o mesmo resida de maneira ininterrupta sobre o bem a ser usucapido, pelo prazo de 15 (quinze) anos.

A usucapião por abandono de lar, tal espécie encontrada no art. 1.240-A/Código Civil/2002, prevê, aquele que exercer por dois anos ininterruptos e sem oposição, fazendo-se de posse direta, com exclusividade sobre o imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados da qual a propriedade foi dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que o abandonou do lar, utilizando-se de sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o poder integral, desde que não seja proprietário de outro bem imóvel urbano ou rural.

Por fim, aborda-se a outra espécie constitucional de usucapião anteriormente delineada, denominada como usucapião constitucional *pro labore*, isto é, usucapião pelo trabalho. Tal espécie encontra supedâneo legal no art. 191 da Constituição Federal de 1988, ao passo que determina que "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, [...] adquirir-lhe-á a propriedade". (BRASIL, 1988).

Na modalidade descrita, pode-se ponderar que os requisitos fundamentais para a convalidação da usucapião residem em o imóvel a ser discutido ter natureza rural, de forma a não possuir mais de 50 (cinquenta) *hectares.* Somado a isso, destaca-se que o período de posse ininterrupta a ser cumprido é de, no mínimo, 5 (cinco) anos. Nessa espécie inexistem os requisitos da boa-fé e do justo título, destacados nas demais espécies.

Em síntese, essas são as espécies de usucapião mais utilizadas na seara jurisdicional para discutir-se o repasse do direito de propriedade de um imóvel ao possuidor deste, que no mesmo executa os pressupostos da função social do bem e faz jus aos demais requisitos abordados, em detrimento ao proprietário originário, que efetua o abandono do imóvel, uma vez que não preza por sua manutenção.

6 DA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

Em consonância às demais modalidades de usucapião demonstradas na respectiva construção textual, pode-se dispor, em última ratio, a acerca da desapropriação para fins de reforma agrária. Nessa espécie de destituição do direito de propriedade do bem, ocorre a desapropriação da mesma em face do Estado, devido à situações de necessidade, por utilidade do ente estatal ou para priorizar o interesse público face ao privado, mediante razoável e prévia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

indenização ao dono do imóvel. Como forma a embasar tal raciocínio, postula-se que a desapropriação, a necessidade e o interesse público encontram-se acautelados pelo art. 5º, inciso XXIV, e art. 184, ambos da Carta Magna de 1988.

Nesse diapasão, como dispõe a norma elencada, a desapropriação em decorrência do interesse público tenciona a ideia que o Poder Público tem como objetivo assegurar interesses de classes e grupos sociais menos favorecidos. Somado a isso, o mesmo busca ainda reprimir abusos econômicos voltados a prejudicar o interesse deste.

Dentro do respectivo contexto encontra-se a possibilidade da União desapropriar um imóvel em decorrência de um interesse social, para fins da reforma agrária. Tal modalidade ocorre, portanto, em imóveis rurais que não estejam cumprindo sua determinada função social. De tal maneira, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, resguarda-se a preservação do valor real em virtude da desapropriação, de forma que o mesmo pode ser resgatado no prazo determinado na norma, de até vinte anos, a contar partir do segundo ano de sua emissão, e cuja sua utilização será definida em lei. (BRASIL, 1988).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do arcabouço textual delineado, pode-se dispor que o direito de propriedade se aloca, na atual conjuntura, como um dos institutos jurídicos de maior relevância e debate doutrinário da seara jurisdicional brasileira. Isso ocorre devido o aumento significativo dos procedimentos judiciais envolvendo discussões acerca desse instituto, ocasionados em decorrência do aumento populacional significativo ocorrido nas últimas décadas, em contraste à significativa diminuição de territórios no espaço geográfico brasileiro.

Pode-se consolidar essa afirmação ao visualizar a busca incessante por espaços territoriais nas grandes metrópoles, que, somados à dificuldade financeira que assola a maior parte da população nacional, culminam por ocasionar o surgimento de aglomerados habitacionais, popularmente conhecidos como favelas. Nesse contexto, o direito real de propriedade demonstra possuir singular relevância, de forma a se classificar como um direito fundamental do indivíduo, presente, destarte, no rol constitucional de direitos fundamentais, classificando-se como um dos pressupostos básicos a serem contemplados na busca pelo cumprimento do mínimo existencial necessário para a sobrevivência do indivíduo no seio nacional.

Com base nisso, mostra-se essencial dispor que o direito de propriedade acastelado na Constituição Federal não possui o quesito da absolutez, uma vez que se constatou incoerente a perpetuação do domínio em face do proprietário, tendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

em vista que o mesmo pode desistir do bem, vindo este a tornar-se infrutífero, de modo a prejudicar sua ascensão econômica e, em consequência de sua desvalorização, prejudicar imóveis circunvizinhos, de forma a afetar todo o bojo social.

Ao pensar nesse aspecto, o legislador oportunizou o advento de medidas e diretrizes a serem seguidas pelo proprietário para garantir ao mesmo a manutenção de seu direito de propriedade, de modo a impor a este, sanções variadas em decorrência do descumprimento dessa norma cogente. Tais medidas abordadas materializaram-se no ordenamento jurídico sob a figura do instituto da função social da propriedade, elemento de essencial emprego para garantir-se a efetivação do direito de propriedade em face de quem possui o domínio do bem.

Partindo desse pressuposto, tal instituto se colaciona como um conjunto de mecanismos a serem empregados no bem de forma contínua e obrigatória, de maneira a oportunizar sua valorização econômica e garantir a preservação dos recursos naturais – em determinados imóveis – com o propósito de galgar o bem estar econômico da localidade do bem, isto é, do bojo imobiliário onde o mesmo se encontrar.

Cumpre salientar, todavia, que corriqueiramente os proprietários não cumprem os requisitos adstritos à função social da propriedade. Tal afirmação se realiza devido à observação da quantia acentuada de procedimentos judiciais de convalidação do direito de posse em propriedade, observadas na atual conjuntura. Os fatores que podem calcificar a inobservância do instituto da função social por parte do proprietário podem se resumir em desconhecimento da norma que obriga o mesmo a realizar o cumprimento do requisito da função social, ou o desinteresse deste em realizar o efetivo cumprimento, por motivos diversos.

Nesse diapasão, resta-se plausível constatar respondida a problemática delineada nos dados introdutórios dessa construção textual, que buscou definir quais métodos legais podem ser empregados para garantir a manutenção do direito de propriedade e evitar sua perda em face de terceiros, uma vez que se consolida como método de maior efetividade para garantir a manutenção do direito de propriedade o cumprimento dos requisitos das funções sociais previamente delineados de modo a garantir que o bem ao qual se detém o domínio mantenha-se em valorização contínua e propicie o avanço econômico e social da região em que se insere.

Ressalta-se que o bojo textual elenca de forma sucinta as consequências advindas do não cumprimento do instituto da função social, dentre as quais se encontra a perda do bem em face de terceiro que reproduza no mesmo os quesitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

da função social e atenda aos requisitos para solicitar uma espécie de usucapião sobre o bem.

Como meio a garantir o cumprimento do método abordado, tenciona-se importante a disseminação de conhecimentos normativos sobre a esfera abordada no seio populacional, como forma a instruir os proprietários de imóveis acerca de suas obrigações legais sobre os bens de sua titularidade.

Para conduzir tal feito, mostra-se como uma estratégia adequada a realização de palestras pelo Poder Público em todas as suas esferas de atuação, com peculiar destaque à esfera municipal, responsável pela cobrança dos emolumentos derivados dos bens imóveis. Em síntese, mostra-se imprescindível destacar que a pesquisa desempenhada na órbita dos direitos civis reais proporciona o auxílio direto na disseminação do tema na sociedade, uma vez que demonstra conceitos e nuances acerca dos institutos trabalhados, além de elucidar os efeitos da inaplicabilidade da função social, de forma a demonstrar que o Poder Público, por intermédio de seus mecanismos específicos, pode contribuir de forma direta na disseminação do conhecimento na comunidade, fator que pode resultar de modo direto na diminuição do índice de demandas judiciais que venham a discutir a perda da propriedade pelo proprietário que não observa os requisitos essenciais ao qual seu bem se sujeita.

8 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: Direito das coisas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

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

_____. ***Código Civil, Lei 10*.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____.***Código de Processo Civil,* Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil - Direito das coisas, direito autoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Direito das coisas.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Estatuto da Cidade *Lei 10.257*, de 10.07.2001**. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: direitos reais.** São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das coisas – Direito Civil brasileiro.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito das coisas - Coleção de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: Direito das coisas.** 3. ed. São Paulo: Forense, 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil 3: Direito das coisas.** 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas.** 8. ed. São Paulo: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das Coisas.** – 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO ADUANEIRO E A CRIMINALIZAÇÃO DE ILÍCITOS PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O DESCAMINHO E CONTRABANDO

JHENYFFER ASSIS DE OLIVEIRA:
Graduanda no curso de Direito do Centro Universitário Alfredo Nasser

ALEXANDRE FRANCISCO AZEVEDO

(orientador)[54]

RESUMO O Código Penal prevê nos artigos 334 e 334-A os crimes de descaminho que são mercadorias tramitadas entre um país e outro sem a devida contribuição de tributos ao Estado, e o contrabando que consiste em importação e exportação de mercadoria impedida de entrar em território nacional, tais infrações podem trazer problemas sociais e econômicos ao Estado. Este trabalho, portanto, tem o objetivo de analisar a aplicabilidade do direito aduaneiro nos crimes de descaminho e contrabando. Para alcançar o objetivo proposto foi realizado um recorte bibliográfico, tendo em vista as informações estudadas em meios eletrônicos, doutrinas, artigos, julgados e legislações no que tange as particularidades dos fatos, fundamentos e impactos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Aduaneiro. Descaminho. Contrabando.

ABSTRACT: *The Penal Code provides in articles 334 and 334-A, the crimes embezzlement that is which are goods processed between one country and another without the due contribution of tribute to the State and smuggling consisting of the import and export of goods prevented from entering the national territory such infractions can bring social and economic problems to the State. This work analyzes the applicability of customs law in crimes of embezzlement and smuggling. To achieve the proposed objective, a bibliographic clipping was carried out, in view of the information study in electronic means doctrines, articles, judgments, and legislation regarding the particularities of facts, foundations, and impacts.*

KEYWORDS: *Customs Law. Embezzlement. Smuggling.*

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo está ligado ao Direito Aduaneiro que concerne à relação dos crimes praticados por particular contra a administração pública o descaminho e o

54 Orientador. Professor do Centro Universitário Alfredo Nasser. Mestre em Direito.

contrabando. O hodierno tema tem por objetivo o Direito Aduaneiro que delimita as atividades de importação e exportação, utilizando dos preceitos fundamentais regulamentados pela Constituição Federal, aplicando nas ações ilícitas as penalidades estipuladas pelo Código Penal e o Código Tributário.

O método utilizado foi o dedutivo, o qual realiza a explicação quanto ao conteúdo que abrange o tema proposto. A pesquisa dar-se-á por um recorte bibliográfico, tendo em vista as informações estudadas em meios eletrônicos, doutrinas, artigos, julgados e legislações. A pesquisa é abordada de forma primaria, isto é, por conceitos e informações que se originariam dos doutrinadores relacionados ao tema proposto, explicando as particularidades dos fatos, fundamentos e impactos do direito aduaneiro na criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública: o descaminho e contrabando (GIL, 2010).

Em defesa do tema proposto, é importante destacar que as infrações de contrabando e descaminho podem trazer problemas sociais e econômicos ao Estado, uma vez que se trata de crimes lesivos que afeta diretamente e indiretamente aos contribuintes legais, com tais ações o Estado deixa de arrecadar e consequentemente deixa de investir em saúde e educação, ou seja, melhorar a infraestrutura do país.

No primeiro tópico serão realizadas algumas considerações históricas referentes ao descaminho e o contrabando. O conteúdo exposto traz à relação de consumismo de bens e produtos, ou seja, cargas de alimentos; medicamentos e produtos biológicos que são fundamentais a vida humana ou meramente por vontade.

O segundo tópico está designado à exposição das formas de supervisão e contenção das negociações comerciais internacionais, apresentando a relação do direito aduaneiro com os demais ramos do direito, como o direito penal; internacional e o tributário. Há a conceituação de tributo e suas espécies de impostos, indicando a importância dos impostos de importação e exportação para a economia e desenvolvimento do país.

O texto, evidência os procedimentos especiais de controle aduaneiro, competindo a União à responsabilidade de legislar sobre a relação comercial e ao Ministério da Fazenda a supervisão e o controle aduaneiro, o qual determina a forma de como irá proceder à fiscalização dos bens destinados à importação ou exportação.

No terceiro tópico trata das penalidades aduaneiras nas transações de importação e exportação, conceituando infração aduaneira e demonstrando a responsabilidade dos agentes que importa e exporta mercadorias e bens de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

consumo, bem como indicando às espécies de penalidades cabíveis as transações comerciais irregulares.

Já no quarto tópico irá trazer a conceituação das infrações de descaminho e contrabando, indicando que os crimes de contrabando e descaminho não possuem mesma especificidade, há diferenças entre os tipos que deixaram de ser emparelhados e passaram a ser autônomos. Inicialmente ambos os crimes constituíam um único tipo penal previsto pelo artigo 334 do Código Penal, mas ao constatar a natureza divergente foi-se feita uma modificação pela lei n° 13.008 de 2014 para a separação das condutas sem modificar o caráter de delito praticado contra a administração pública.

O contrabando constitui-se em importação e exportação de mercadorias impedida de entrar em superfície nacional, já o descaminho são mercadorias tramitadas entre um país e outro sem a devida contribuição de tributos ao Estado.

Neste capítulo irá transparecer a representação fiscal para fins penais quando o agente fiscalizador entender que foi configurado delito tributário, como os crimes de contrabando, descaminho ou ainda infrações contra a administração pública federal pertinente ao comércio internacional.

O quinto tópico destina-se a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho e contrabando, iniciando com a análise deste princípio no ordenamento jurídico nacional e por fim determinando a interpretação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal.

2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DESCAMINHO E O CONTRABANDO

O tema proposto traz a prática exercida pela humanidade desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade e consequentemente a se relacionar comercialmente entre si. A relação de consumismo de bens e produtos, ou seja, cargas de alimentos sendo elas industrializadas ou in natura; medicamentos e biológicos possuem o atributo de ser fundamental a vida humana ou meramente por satisfação.

O descaminho e o contrabando eram exercidos de forma primitiva. A saída e a entrada destas mercadorias tinham a única finalidade de alimentar as necessidades das pessoas, porém, passou a existir condutas com aspectos fraudulentos que visavam vantagens econômicas, para isto, o Estado passou a repreender de forma remota, visando proteger e estimular a comercialização das mercadorias e bens de consumo (PRADO, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Código Criminal do Império Brasil, foi instituído para a contenção das condutas fraudulentas que buscavam a comercialização de mercadorias sem tributação, portanto, tipificaram as condutas do descaminho e contrabando no artigo 177, que detinha na redação a importação e exportação de mercadorias que fossem proibidas ou que não tivessem sido saldadas as parcelas dos valores correspondentes à tramitação delas com pena pecuniária para quem incorresse em uma destas condutas.

Após a proclamação da república, entra em vigor o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, no artigo 265, que detinha na redação a entrada ou saída de mercadorias proibidas ou não pagamento dos direitos e impostos estabelecidos, inovou ao trazer uma pena privativa de liberdade cumulada com uma pena fiscal.

Com a evolução das relações comerciais para um aspecto moderno, entra em vigor o Código Penal de 1940, com texto atualizado ao combate do descaminho e o contrabando, proporciona igualdade entre os tipos penais, disciplinado em crimes praticados contra a administração pública, com pena de privação de liberdade. Mais atual a tipificação do artigo 334 do Código Penal, foi modificado pela Lei 13.008 de 2014 que separou os tipos penais em artigos separados, mas ainda assim continuaram sendo crimes praticados por particular contra a administração pública (PRADO, 2009).

3.SUPERVISÃO E CONTENÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS

O estudo estampado aponta ao Direito Aduaneiro, que nada mais é, que a regulamentação das relações comerciais entre nações em que cada Estado irá desempenhar no que se compete à fiscalização de entrada e saída de mercadorias. Este papel é extremamente fundamental na econômica interna e externa.

Um aspecto importante no Direito Aduaneiro é o ramo a qual se adere, com seguimento autônomo por se tratar de interesse social que sobressai ao interesse particular envolvido. Desenvolvem-se, sobretudo a uma série de eventos no comércio internacional ao que tange a padronização e a verificação estatal elaborada, acaba por se influenciado pelo direito administrativo, tributário, penal, internacional público, aéreo e entre outros (DIALLO, 2001).

A importação e exportação estão intimamente ligadas ao interesse social, pois, se trata de tramitação de mercadorias e bens de consumo, que visam ao crescimento econômico, ao desenvolvimento social e a satisfação dos adquirentes. Para que ocorra este processo de entrada e saída de produtos, é necessário que haja a fiscalização, verificação desses itens e o pagamento dos tributos que são instituídos pelo Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O tributo é um integral pagamento monetário ao Estado, por meio de moeda corrente, ou seja, o valor atribuído a ela que possa ser aproveitado economicamente como, por exemplo, o cheque, o qual não possui natureza contratual, mas sim compulsória, de caráter obrigacional por amparo legal. Já o imposto é uma espécie de tributo a modo que o incidente de conexão gera uma obrigação de prestar contas com Estado, independentemente da atuação estatal própria com o pagante (artigos 16 e 3º do Código Tributário).

Conforme Sabbag (2017) aponta, as relações obrigacionais do contribuinte com o Estado geram uma vinculação, tendo a existência de um polo ativo e um polo passivo, constituindo justificativa na prestação ao fisco. Por conseguinte, destas relações obrigacionais, os impostos federais, por se tratar de uma forma de controle nas operações internacionais, incidirá na importação e exportação.

A tributação aduaneira tem por objetivo visível a arrecadação para o pagamento da prestação de gastos e serviços relativos à administração interna, tendo também utilidades na administração direita do Estado, a que irá transformar em benefícios à população, ou seja, serviços públicos essenciais, porém, estas não são as únicas razões de instituir impostos aduaneiros (DIALLO, 2001).

As receitas são uma fonte monetária para o governo, ou ainda é uma cobertura de fabricação de produtos nacionais para que não haja um aumento em produtos importados, além de ser um meio de balancear a quitação internacional com parâmetros de ordem cambial, é uma visão de equilíbrio de importação e exportação, mas se estes impostos forem elevados, surgem comportamentos desviantes como o crime de contrabando (DIALLO, 2001).

Cabe ao Estado, portanto, descrever o que seria a conduta criminosa, sendo disposto na norma, considerando-se aquela em que a lei irá atribuir uma pena de reclusão ou detenção podendo ser separada, ou aplicada juntamente a uma multa (artigo 1° do Decreto-Lei n° 3.914 de 1941).

Sendo necessário entender que a ilicitude é a divergência entre a conduta e a lei vigente, esta conduta pode ser por ação ou omissão, observando se há um fato típico, mas não sendo substancial o ilícito, ou seja, o comportamento do agente pode trazer causas de excludentes de ilicitudes às quais são: estado de necessidade; legitimidade defesa; estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. A ilicitude assim sendo é o ato incompatível com a norma (CAPEZ, 2008).

Observa-se que por mais que tenha uma conduta criminosa, é assegurado o devido processo legal para que o acusado tenha a oportunidade de goza-se dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Posteriormente se assim for julgado como o autor da ação conflitante com os preceitos estabelecidos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pelo Estado, tenha a necessidade de se fazer-se a atribuição de uma sanção punitiva, forma pelo qual se equilibra a sociedade com o sistema legal (CUNHA, 2018).

3.1 Procedimentos especiais de controle aduaneiro

A União fica encarregada de legislar acerca da relação comercial exterior, estando a cargo o Presidente de a República estipular as normas regulamentadoras de importação e exportação, mas também cabe ao Ministério da Fazenda ser responsável pela fiscalização e o controle aduaneiro (artigos 22, VIII, e 237, *caput* da Carta Magna).

A administração aduaneira é incumbida ao Ministério da Fazenda Nacional, que possui jurisdição em todo território nacional brasileiro para exercer suas obrigações aduaneiras de supervisão e contenção das negociações sob a tributação do comércio internacional. Cabe aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil executar tais verificações (artigos 2° e 15° parágrafo único, do Decreto n° 6.759 de 2009).

Segundo Caparroz (2018), quando se concretiza a relação comercial de importação ou exportação, irá nascer à obrigação do Estado exercer sua soberania na aplicação, fiscalização, e da contenção de fraudes e possíveis crimes que possam danificar a estrutura estatal, e para isso se usa três meios de contenção: o tributário, administrativo e o cambial. O tributário ficará responsável por órgãos públicos em que possua competência para garantir que se obedeça às normas internas de caráter não tarifário, já o cambial é encarregado de verificar as ações financeiras que são praticadas pelo Banco Central do Brasil como dispõe o artigo 21, VIII, da Carta Maior de 1988.

É determinado que em se tratando de disposição da operação e a fiscalização, os turnos serão fixos pelos agentes fiscalizadores, mas obedecendo à norma aduaneira, podendo ser em turnos determinados ou ainda incertos em localidade estipulada em lei (artigo 16 §1° do Decreto n° 6.759 de 2009).

A elaboração da estratégia de verificação será estruturada pela Subsecretária de Fiscalização (SUFIS), e pela Subsecretária de Aduana e Relações Internacionais (SUARI), de acordo com área pré-determinada, observando a relação comercial que possa a vir prejudicar ao fisco e consequentemente ao interesse público envolvido, serão aplicadas tais atividades para resguardar e erradicar ações criminosas (artigo 1°, § 2º da Portaria RFB n° 6478, de 2017).

É estipulado que a circulação de mercadorias para importação ou exportação está sujeita a um parâmetro de fiscalização, o qual qualquer bem que apresentar origem duvidosa, ou alguma irregularidade, poderá ser aplicada uma pena imediata

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de perdimento, não sendo necessário o envio aduaneiro ou que tenha sido concluído o procedimento de saída. Este bem ficará retido, para que, sejam apurados os atos praticados pelos agentes responsáveis pela importação ou exportação (artigos 1° e 5° da Instrução Normativa RFB n° 1169, de 2011).

4.PENALIDADES ADUANEIRAS NAS TRANSAÇÕES DE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO

A infração aduaneira é aquela que estiver em desconformidade com lei tributária e penal nacional, sendo por uma omissão ou ação, voluntária ou não, de uma pessoa física ou jurídica que tenha interesse em se aproveitar da prática delitiva (artigo 94 do Decreto-Lei nº 37 de 1966).

A Constituição Federal no artigo 5°, XXXIX, estabelece o princípio da legalidade penal, o qual expõe que não haverá crime se não houver uma norma existente que atribua àquela atividade desempenhada por uma pessoa, seja tida como criminosa, tampouco a aplicação de uma pena não determinada. Desse modo o Estado não pode interferir na liberdade individual para que não afete aos direitos e garantias fundamentais.

As garantias fundamentais são prerrogativas que visa conter a interferência do Estado na vida do indivíduo, efetivando a aplicação dos direitos fundamentais, como o direito à vida, a liberdade e igualdade. O princípio da liberdade, amparado na Constituição Federal limita o poder do Estado para que não haja excessos em suas ações (NOVELINO, 2016).

4.1 Responsabilidade

A responsabilidade pela prática de infrações aduaneiras será subjetiva, uma vez que o autor do fato o praticou com dolo, ou seja, com a intenção de obter um resultado, ou ainda com culpa quando o praticante do ato age por imprudência, negligência ou imperícia.

Esta classificação é determinada pelo próprio Código Penal que explica que quando o indivíduo realiza uma ação e através deste comportamento desejou o resultado ou a ele incumbir-se da ameaça de executar, fica-se caracterizado o crime doloso. Ao crime culposo se qualifica como atividade humana que atribuiu a um resultado por agir sem o devido cuidado, ou ainda por falta de capacidade de exercer a ação que gerou o dano (artigo 18, do Código Penal).

4.2 Espécies de penalidades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para cada tipo de crime aduaneiro são aplicadas penalidades que lhes couberem, sendo cumulativas ou não. A Secretaria da Fazenda Nacional através de seus auditores-fiscais fica a cargo desta aplicação que pode variar em perdimento de veículo; perdimento de mercadoria; perdimento de moeda, multa e sanção administrativa (artigos 675 e 676 do Decreto n° 6.759 de 2009).

O perdimento de mercadoria será aplicado quando possuírem característica de falsificação, apresentar o despacho sem licença ou qualquer outro procedimento formal essencial de tramitação que cause prejuízo ao fisco. Esses bens serão aprendidos de forma legal e posteriormente será aberto um processo fiscal o qual irá realizar a devida apuração da origem (artigo 105 e incisos do Decreto- Lei n° 37 de 1966).

Podem ser aplicadas multas como meio de punição por irregularidade na importação ou exportação de mercadorias e bens de consumo, estas serão proporcionais e valoradas de acordo com o rol em lei. A multa não será aplicada de ofício se for constatado que a exigibilidade de crédito estiver suspensa por liminar ou tutela antecipada (artigo 151 do Código Tributário).

As mercadorias aprendidas após ter sido realizada todo o processo na esfera administrativa poderá ser destinada à incorporação do patrimônio público ou entidades sem fins lucrativos; ter sua destruição decidida depois de constada que a mercadoria não estava em conformidade com as normas sanitárias, ou ainda, alienadas (artigo 2° da Portaria RFB n° 3010, de 2011).

As sanções administrativas são extremamente essenciais à prevenção e ao combate de ações prejudiciais ao Estado, já que estas podem vetar a comercialização internacional dos agentes importadores e exportadores que praticaram algum ato antijurídico e que estão sujeitos ao processo fiscal (artigo 735 do Decreto n° 6.759 de 2009).

5.INFRAÇÕES DE DESCAMINHO E CONTRABANDO

As infrações aduaneiras são uma forma em que os comerciantes internacionais avistaram de trapacear as normas do Estado, por possuírem valores de impostos elevados, ou por se tratar de mercadorias que não são permitidas em território nacional.

O crime de descaminho e de contrabando era tipificado em um único artigo pelo Código Penal. Atualmente os tipos penais foram separados e trazem características divergentes, mas são próximos, uma vez que se trata de infrações comerciais de cunho internacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Prado (2009) conceitua o descaminho como a forma em que o agente encontra para obter vantagens ilícitas, sendo a fraude total ou parcial sobre o pagamento dos impostos de importação, ou exportação das mercadorias e bens de consumo.

Damásio (2020) conceitua descaminho como "a importação ou exportação de mercadorias sem o pagamento do tributo devido", ou seja, a fraude no pagamento de impostos de importação e exportação de mercadorias que entram e saem do território nacional.

O Código Penal de 1940 descreve nos artigos 334 e 334-A o crime de contrabando e descaminho, o qual o contrabando e a entrada, e saída de mercadorias e bens de consumo que naquele território seja terminantemente ou ainda relativamente proibida. O descaminho e definido pela fraude, por enganar no todo ou em parte a contribuição tributária pertinente à importação, ou exportação.

É fundamental destacar que o contrabando se origina das palavras em latim *contra e bandum,* representada pelas ações que são contrarias as normas instituídas pelo Estado (Prado, 2009).

As mercadorias proibidas intituladas no contrabando são aquelas que não estiverem em conformidade com os parâmetros que o Estado impõe, por não possuir características adequadas e salubres para o ser humano. Em virtude disto, a lei não possui um rol taxativo de quais mercadorias são ou não nocivas, se tratando de uma norma em branco, dependendo de outra norma para completá-la. Cumprindo assim a norma extrapenal que determina a vedação de mercadorias ilegais, não importando se é estrangeira ou nacional para exportação (CAPEZ, 2014).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) fica responsável de determinar quais são os alimentos; medicamentos; cosméticos; produtos para a saúde e tabacos, que são permitidos em território nacional. É necessário esclarecer que estes são produtos de controle sanitário tanto para importados, quanto para nacionais, que devem atender as normas sanitárias instituídas pelo o Ministério da Saúde (artigo 1º da Lei nº 9.782 de 1999).

Para os crimes de descaminho e contrabando o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, uma vez que não é necessária característica própria para praticar o crime, ou seja, não tendo destreza especifica. O sujeito passivo da ação e o Estado (CAPEZ, 2014).

E preciso destacar que se a infração for realizada por funcionário público que tenha a obrigação inerente ao seu ofício de reprimir e fiscalizar as práticas delituosas, este responderá por crime de facilitação de contrabando e/ou descaminho. Constará

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

como autor da ação presente no artigo 318 do Código Penal, mas se ainda a execução não estiver relacionada ao seu dever operacional será o caracterizado como o partícipe da ação criminosa (CAPEZ, 2014).

A conduta é dolosa tanto para o crime de contrabando quanto para o descaminho, não existindo a modalidade culposa para ambos os tipos penais. Contudo, no crime de contrabando quando se trata de erro do agente, poderá esta conduta ser considerada culposa, já que descarta o dolo e incide sobre o elemento do tipo, presente no artigo 20 do Código Penal (CAPEZ, 2014).

Segundo Greco (2014), o sujeito passivo dos crimes de contrabando e descaminho é o Estado, por isso foi criada norma incriminadora de tais condutas, para que o erário público seja protegido juridicamente.

Há a consumação do crime de contrabando, quando se tramitam as mercadorias ou bens de consumo, proibida na importação, ou exportação, observando a passagem da zona fiscal, ou ainda, quando se utilizando meios clandestinos por rotas, ou não, ocorre à efetiva entrada, ou saída do território nacional. Consuma-se o descaminho quando o agente importador ou exportador deixa de efetuar devido pagamento de imposto correspondente, seja ela total, ou parcial (CAPEZ, 2014).

A simples entrada de mercadoria e bens de consumo sem a passagem pelos procedimentos da alfândega caracteriza o crime de descaminho, não sendo necessário que haja a vontade do não pagamento do imposto devido ao Estado. (BITENCOURT, 2012).

Nucci (2016) diferencia a introdução clandestina e a importação fraudulenta de mercadorias e bens de consumo, o qual na primeira situação a mercadoria adentra o território nacional sem passar pelo controle aduaneiro, entrando de forma oculta. Na segunda situação o negociador passa a mercadoria pela alfândega, mas não efetua o pagamento devido aos impostos inerentes a entrada do produto.

A tentativa do contrabando irá se tipificar quando por acontecimentos que são inteiramente discrepantes com a vontade do agente que por aquela ação delituosa foi-se cessada, ou seja, não ocorrerá a passagem e a retirada das mercadorias plenamente ilegais. Já no descaminho dá-se pela descoberta da tentativa de lesar ao fisco pelo não pagamento de imposto (CAPEZ, 2014).

Os crimes de contrabando e descaminho são diferentes em vários aspectos conforme mostrado, porém, há uma ligação entre os dois tipos penais, visto que ambos causam prejuízo ao fisco e consequentemente a sociedade, já que o objetivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

central do Estado e progredir para uma sociedade justa, igualitária e integralmente livre de condutas infratoras.

5.1 Representação fiscal

Haverá a representação fiscal para fins penais quando o agente fiscalizador entender que foi configurado delito tributário, como os crimes de contrabando, descaminho ou ainda infrações contra a administração pública federal pertinente ao comércio internacional de importação e exportação de mercadorias e bem de consumo.

Após a finalização de todos os procedimentos do processo fiscal e se constatado que houve a prática de ilícitos tributários, o auditor-fiscal no uso de suas atribuições irá encaminhar relatório ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia. E em se tratando de autorização de crédito tributário esta representação só será possível depois de ter sido feito o afastamento da pessoa física ou jurídica do parcelamento (artigos 740 e 741 parágrafo único do Decreto n° 6.759 de 2009).

Existiu um grande conflito sobre tal representação, já que alguns doutrinadores entendiam que o Ministério Público fica condicionado ao processo administrativo para o oferecimento da denúncia, e que só após a finalização na esfera administrativa que poderia ser feito os primeiros atos processuais pertinentes à promotoria pública.

Caparroz (2018) entende que os crimes contra a ordem tributária só serão encaminhados ao Ministério Público Federal após ter ocorrido o processo administrativo e este concluído. Isto porque, se o processado for absorvido por falta de autoria ou materialidade na esfera administrativa, afastaria o crime, não tendo o que falar em representação fiscal.

Para Luz (2015), tanto nos crimes contra a ordem tributária, quanto para a previdência social só poderia ocorrer à representação fiscal depois que já tivesse uma decisão administrativa. Esta condição se justifica pela denúncia ter sido realizada antes que a administração finalizasse o processo, e isto poderia gerar danos ao indivíduo, já que posteriormente durante o processo administrativo poderia ser constatado que o denunciado era, na verdade, inocente.

Já CAPEZ (2011) entende que o Ministério Público não fica condicionado, podendo ter acesso a todos os documentos relacionados ao processo administrativo para o oferecimento da denúncia, porém, deve haver indícios mínimos de autoria. A não conclusão do processo administrativo, não vincula o Ministério Público, nem ao Magistrado em sua decisão judicial, podendo decidir livremente independentemente da decisão da autoridade fiscal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tendo em vista está discussão, foi protocolada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI n° 1.571). A Corte Maior compreendeu que não versa de condição para o oferecimento, e que sendo assim, o Ministério Público possui liberdade de instituir a denúncia sem ficar condicionado ao processo administrativo. O Ministério Público, portanto, pode oferecer a denúncia independentemente da comunicação, se por outros meios tiverem conhecimento do lançamento definitivo.

Se houvesse a concessão de parcelamento no crédito tributário, o Ministério Público ficaria condicionado, visto que teria que esperar a administração fazer o afastamento da pessoa física ou jurídica. Devendo observar se estará suspensa a punição de tais delitos que estiverem como associados os praticantes, resguardando somente aqueles que tiverem requerido o parcelamento antes da referida denúncia (artigo 83, § 1°e § 2°da Lei n° 9.430 de 1996).

6.APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE DESCAMINHO E CONTRABANDO

No direito brasileiro tem sido aplicado pelos tribunais o princípio da insignificância, este princípio não possui uma regulamentação especifica, mas a sua utilização tem sido por julgados que observam o caso concreto ao qual o poder judiciário irá aplicar com objetivo de determinar as condutas insignificantes para o Estado.

O princípio da insignificância é aquele que se aplica em crimes que não irá afetar em grau maior a sociedade, baseando-se também no princípio da proporcionalidade, uma vez que a pena imposta para as infrações de menor potencial de lesão terá sanções igualitárias, já as mais graves terão penalidades mais rigorosas.

De acordo com Capez (2014), o direito nacional não aceita bagatelas ou condutas que lesem ao bem jurídico protegido pelo Estado, mas há situações que dependendo da ação do praticante, pode não ser relevante para o regime jurídico, apesar disso, há a conduta que pode não possuir o requisito de inferioridade, não aplicando este princípio.

Foi às várias conclusões tiradas na aplicação do princípio da insignificância nos crimes de contrabando e descaminho, que era determinado pelo valor monetário objetivo e subjetivo a reincidência da ação.

Conforme aponta Caparroz (2018), depois de dessemelhanças nos entendimentos, os tribunais decidiram que, à aplicação do princípio irá ocorrer

quando o crime de descaminho tiver como valor lesado inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

A redação disponibilizada pelo Ministério da Fazenda dispõe que ocorrerá o arquivamento de processos quando o débito fiscal da Fazenda Nacional no ajuizamento de execuções fiscais de débitos tiver por base o valor não superior a R$ 20.000,00 reais (Artigo 20 da Lei 10.522 de 2002, Portaria nº 75 de 2012, artigo 1º, II, e Portaria nº 130 de 2012, artigo 2º).

O Superior Tribunal Federal entende que se não houver a reiteração delitiva para obstar a insignificância do delito, e ainda não ultrapassar o valor base, instituída pela portaria do Ministério da Fazenda no valor de 20.000,00 reais, poderá fazer a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho:

> EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS 75/2012 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I - O paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de descaminho (art. 334, caput, do Código Penal), por introduzir no território nacional mercadorias de origem estrangeira sem a devida documentação fiscal, deixando de recolher tributos que totalizaram a quantia de R$ 2.526,35 (dois mil, quinhentos e vinte e seis reais e trinta e cinco centavos), não constando dos autos, ações penais contra o paciente, situação que demonstra não se tratar de criminoso habitual. II - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, atualizada pelas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. II – Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau que rejeitou a denúncia, “diante da atipicidade da conduta, com base no artigo 395, inciso III (ausência de justa causa para o exercício da ação penal), do Código de Processo Penal” (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido das discutições da aplicação do princípio da insignificância foi-se entendido pelo Supremo Tribunal Federal que nos crimes de contrabando não seria aplicado tal princípio, uma vez que se trata de um delito mais complexo que se refere a produtos que podem inclusive ser prejudicial à saúde, como é o caso do contrabando de cigarros, sendo assim, não importa se há a vedação de mercadorias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e bens de consumo sendo elas absoluta ou relativamente proibidas no território. É o que o Supremo Tribunal Federal reafirmou que "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a aplicação do princípio da insignificância ao delito de contrabando" (BRASIL, 2014).

Atualmente é pacifico o entendimento quanto à impossibilidade de aplicação deste princípio no crime de contrabando uma vez que não se trata somente da sonegação financeira nacional, mas sim da saúde pública.

7.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa se propôs como objetivo à aplicação do direito aduaneiro na criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública: o descaminho e contrabando. Ao abordar tal tema, entende-se a necessidade de estar em vigor uma norma que regularize os procedimentos de entrada e saída de mercadorias e bens de consumo.

O primeiro passo do trabalho foi identificar como as infrações de contrabando e descaminho podem trazer problemas sociais e econômicos ao Estado, uma vez que se trata de crimes lesivos que afetam diretamente e indiretamente aos contribuintes legais. Constatou que por tais ações, o Estado deixa de arrecadar e consequentemente deixa de investir em saúde e educação, ou seja, melhorar a infraestrutura do país, tendo efeitos negativos ao erário e a sociedade, mostrando que quem mais sofre são os contribuintes regulares e os receptores que o Estado gere, ou seja, os cidadãos.

Foi apurado que o contrabando e o descaminho estimulam a execução de outros crimes como de organização criminosa, associação criminosa, corrupção ativa e/ou passiva, sonegação fiscal, tráfico de influência nas transações comerciais internacionais, lavagem de dinheiro e entre outros.

Portando para combater estas condutas o Estado desenvolveu formas de controle interno e externo, o direito aduaneiro, a legislação de criminalização dos ilícitos praticados pelo particular contra a administração pública, e entes de fiscalização que visam regularizar e zelar pela relação comercial de mercadorias e bens de consumo com o Estado brasileiro e demais nações.

Em suma, a partir da exposição de alguns autores, compreende que as sanções administrativas são extremamente essenciais à prevenção e ao combate de ações prejudiciais à sociedade.

Identificamos as possibilidades de aplicação do princípio da insignificância, mesmo sendo objeto de muitas discutições nos tribunais no que diz respeito aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

delitos de contrabando e descaminho. O Supremo Tribunal Federal admite a aplicação do princípio da insignificância desde que haja a mínima ofensa na conduta do agente; que seja absolutamente inexistente a periculosidade social; que possua precariedade em grau de reprovação social e que tenha inexpressividade da lesão jurídica provocada. Requisitos voltados ao descaminho, sendo o montante de impostos sonegados não seja superior ao entendido pelo Tribunal Supremo, excluindo o contrabando, uma vez que não cumpre com os requisitos entendidos pela Corte Suprema.

Dessa forma, em síntese, para a verificação quanto à possibilidade da aplicação da legislação aduaneira, e a forma pela qual o Estado combater e regularizar as transações internacionais de mercadorias e bens de consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Lei n° 13.008, de 26 de julho de 2014.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm > Acesso em: 25 ago. 2020.

———. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL,** de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 25 ago. 2020.

———. **Decreto – Lei n° 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm >. Acesso em: 24 ago. 2020.

———. **Decreto – Lei n° 37, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1966.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0037.htm >. Acesso em: 31 ago. 2020.

———. **Decreto n° 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. CÓDIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm >. Acesso em: 31 ago. 2020.

——. **Decreto – Lei n° 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: 31 ago. 2020.

———. **Decreto n° 6.759, DE 5 DE FEVEREIRO DE 2009.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6759.htm >. Acesso em: 24 ago. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

———. **Habeas Corpus nº 120550. Primeira turma. Supremo Tribunal Federal**. Relator: Roberto Barroso, julgado em 17 de dezembro de 2013. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur254707/false >. Acesso em: 09 set. 2020.

———. **Habeas Corpus nº 136958. Segunda turma. Supremo Tribunal Federal**. Relator: Ricardo Lewandowski, julgado em 04 de abril de 2017. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366663/false >. Acesso em: 09 set. 2020.

———. **Instrução Normativa RFB n° 1169, de 29 de junho de 2011**. Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16141 >. Acesso em: 25 ago. 2020.

——— **Instrução Normativa RFB Portaria RFB n° 6478, de 29 de dezembro de 2017.** Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=89205 >. Acesso em: 25 ago. 2020.

———. **Lei de 16 de dezembro de 1830, CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO BRASIL.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm >. Acesso em: 01 set. 2020.

———. **Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm >. Acesso em: 31 ago. 2020.

———. **Lei n° 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm >. Acesso em: 01 set. 2020.

———. **Lei n° 5.172, de outubro de 1966. Código Nacional Tributário.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm >. Acesso em: 24 ago. 2020.

———. **Lei n° 10.522, de 19 julho de 2002.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm >. Acesso em: 09 set. 2020.

——— **Portaria RFB nº 75, de 22 de março de 2012.** Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37631 >. Acesso em: 09 set. 2020.

——. **Portaria RFB nº 130, de 19 de abril de 2012.** Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37784 >. Acesso em: 09 set. 2020.

———. **Portaria RFB nº 3010, de 29 de junho de 2011.** Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=30643&visao=original >. Acesso em: 28 out.. 2020.

———. Supremo Tribunal Federal. Ação Indireta de Inconstitucionalidade n° 1571/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 10 de dezembro 2003. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385547 >. Acesso em: 09 set. 2020.

BITENCOURT, Cesar Roberto**. Tratado de direito penal: parte especial. v. 5.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPARROZ, Roberto. **Comércio Internacional e Legislação Aduaneira Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** Volume 3, Parte Especial: Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual a dos Crimes Contra a Administração Pública (arts. 213 a 359-H). 12. ed. de acordo com Lei n. 12.850, de 2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** Parte Especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual do Direito Penal: Parte Geral (arts. 1° ao 120).** 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DIALLO, Alfa Oumar. **Tributação do Comércio Internacional**. São Paulo: Método Editora, 2001.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado**. 8. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra fé pública a crimes contra a administração pública – arts. 289 a 359-H do CP – Atualização André Estefam.** 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

LUZ, Rodrigo. **Comércio Internacional e Legislação Aduaneira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O INSTITUTO JURÍDICO DO CONTRATO ESTIMATÓRIO INAUGURADO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

LAUANY JESUS FARÃES DOS SANTOS:
Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaí - FACTU.
Estagiária da 2ª Vara Cível do TJMG na

RESUMO: O Contrato Estimatório é uma das mais novas espécies de contrato que são reguladas pelo Código Civil, já que teve surgimento junto a vigência de tal diploma legal. Para o presente artigo, foi delimitado na condição de objetivo geral fazer uma análise detalhada do instituto do Contrato Estimatório, especificando os elementos principais que sejam necessários para uma melhor absorção. Dentre todas as modalidades de contratos em espécie do ordenamento jurídico atual, o Contrato Estimatório foi escolhido como tema norteador da presente pesquisa pela justificativa de que se torna muito importante explorar o assunto, desmitificando suas vertentes e as controvérsias que ainda o rodeiam, fazendo com que tenha uma maior evidência. Mesmo após 18 anos de sua regulamentação, este contrato ainda não possui a devida compreensão. Para tanto, utilizou-se de uma metodologia com pesquisa bibliográfica e descritiva, fontes secundárias e técnica de pesquisa de abordagem conceitual e normativa.

Palavras-chave: Contrato estimatório. Estreia de regulamentação. Contratos em espécie.

ABSTRACT: The Estimatory Contract is one of the newest kinds of contracts that are regulated by the Civil Code, since it was arising with the validity of such legal diploma. For this article, it was delimited in the condition of general objective to make a detailed analysis of the institute of the Estimatory Contract, specifying the main elements that are necessary for better absorption. Among all the modalities of contracts in kind of the current legal system, the Estimatory Contract was chosen as the guide of this research for the justification that it becomes very important to explore the subject, demystifying its aspects and the controversies that still surround it, making it more evidence. Even after 18 years of its regulation, this contract does not yet have proper understanding. For this purpose, we used a methodology with bibliographic and descriptive research, secondary sources and research technique of conceptual and normative approach.

Keywords: Estimatory contract. Regulatory debut. Contracts in kind.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Referencial Teórico: 2.1 Contexto Histórico. 2.2 Definição e Aspectos. 2.3 Natureza Jurídica. 2.4 Objeto, Alcance e Efeitos. 2.5 Obrigações e

Direitos das Partes: Consignante e Consignatário. 2.6 Prazos e Restituição – 3 Metodologia – 4 Considerações Finais – 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Contrato Estimatório, mais comum e erroneamente – como será visto adiante – tido pela denominação de venda em consignação, trata-se de uma estreia de regulamentação legal para tal instituto jurídico, que aconteceu junto a vigência do Código Civil de 2002, pois o Código Civil de 1916 não regularizava o mesmo. Teve muita influência do Código Civil Italiano, notadamente dos seus arts. 1.556 a 1.558 (LÔBO, 2018).

Existem muitas modalidades de contratos em espécie no ordenamento jurídico contemporâneo, cada uma com suas devidas especificidades. O tema norteador deste trabalho é integrante dessas modalidades e encontra-se localizado dentro da parte especial do atual Código Civil, Livro I – Do Direito das Obrigações, Título VI – Das Várias Espécies de Contrato, Capítulo III – Do Contrato Estimatório, arts. 534 a 537.

O foco principal deste trabalho é esclarecer as caracterizações, utilidades, peculiaridades, dentre outras coisas de tal negócio contratual. Enquanto que a sua justificativa se dá pela existência de várias ocorrências de confusão, comparação e até mesmo desconhecimento desse contrato.

O Contrato Estimatório não deve ser confundido, tampouco equiparado, com as cláusulas gerais ou especiais de compra e venda ou qualquer outro contrato, apesar de alguns pontos parecidos, uma vez que já é entendido como instituto autônomo e atualmente possui normatização jurídica nesse sentido, logo, percebe-se que a designação "venda em consignação" não é adequada. Dessarte, para um entendimento mais acertado, foram separados tópicos dentro do referencial teórico.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Não se sabe ao certo em que momento o homem teve conhecimento dessa personificação de contrato, mas, apesar de todas as controvérsias que a Doutrina remonta, existem registros do Contrato Estimatório de forma expressa no Direito Romano, como se observa os textos de Ulpiano, principalmente, que relatava uma "actio de aestimato" (GARBI, 2018). Sendo assim, majoritariamente, considera-se que o Contrato Estimatório possui origens no Direito Romano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Como já comentado anteriormente, esse contrato em espécie que o trabalho trata só teve disciplinamento legal no Brasil a partir do Novo Código Civil, porém sua prática no país acontecia a muito tempo e em diversas situações. É possível encontrar vestígios de referências a tal negócio contratual, como por exemplo os arts. 170 a 173 do Código Comercial que norteavam a consignação com uma natureza desigual da que se conhece hoje e, mais à frente, nos arts. 4º e 5º da Lei nº 5.474 de 1968 (Lei das duplicatas) que orientavam sobre emissão de faturas nas vendas por consignação (GARBI, 2018).

Uma tentativa de regulamentação própria também pode ser observada na história da sistemática jurídica do país. Tentativa essa refere-se aos arts. 2.105 a 2.108 do Código Civil de 1916, destinados a uma espécie de cláusula especial de compra e venda visando a cláusula estimatória, que foram idealizados por Teixeira de Freitas (LÔBO, 2005).

Nota-se que foi uma caminhada longa, confusa e com muitos empecilhos até que decorreu a idealização da necessidade de se obter a caracterização de autonomia desse instituto como está atualmente.

2.2 DEFINIÇÃO E ASPECTOS

Primeiramente, vale ressaltar que o Contrato Estimatório carrega essa característica derivada da palavra "estima" exatamente pelo fato de conferir para a coisa consignada um valor e para a pessoa que fará o negócio uma presunção de boa-fé, ou seja, confiança.

Da redação do art. 534 do Código Civil, extrai-se a definição de que o Contrato Estimatório é o contrato no qual uma pessoa, denominada consignante, transmite para outra (consignatário) bens móveis, autorizando que este venda tais bens pagando-o o preço estimado, ou que então devolva a ele os mesmos dentro do prazo estabelecido (BRASIL, 2002).

Já o doutrinador Lôbo (2018) tem por conceituação do Contrato Estimatório um contrato em que o possuinte, intitulado como consignante, executa a outra pessoa, esta que por sua vez é intitulada de consignatário, a entrega de um bem, onde esse último fica dotado do poder de disposição conforme o prazo acordado entre ambos e obrigado a pagar ao consignante o valor estimado ou fazer a restituição do bem. Neste tipo de contrato existe o interesse da alienação da coisa por uma das partes, e o livre desimpedimento fruto da outra parte, além disso, o consignatário detém da propriedade da coisa, que foi desprendida do consignante.

Vê-se que é um conceito simples e de fácil interpretação, que pode ser retirado até mesmo da norma jurídica estritamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por conseguinte, é interessante trazer um dos destaques sobre o tema feito por Venosa (2017, p. 234): "o negócio é daqueles que dinamizam a circulação de bens móveis, ativando a economia. Contudo, tecnicamente, o negócio abstrai a destinação final das coisas móveis entregues que podem destinar-se a terceiro adquirente que compra do consignatário ou não". Sendo que em sentido bem parecido dispõe Garbi (2018, p. 572) "É um recurso eficiente na circulação de riquezas e no fomento da atividade econômica".

Esse contrato é de uso comum nas relações cotidianas e de grande importância para o comércio já que é uma forma simplificada, eficiente e segura para movimentação econômica de ambas as partes envolvidas no negócio.

A lei não prevê nenhuma formalidade ou magnificência para se lidar com o Contrato Estimatório, logo, ele é informal e não solene, dispensando inclusive a obrigatoriedade da forma escrita. Pode ter efeito instantâneo apenas ou ser continuado (TARTUCE, 2017).

Do mesmo modo, também não há condição expressa em lei para como deve ser conduzida a conclusão do contrato, pois ele se cumpre com a tradição da coisa, suportando qualquer utilização não defesa em lei. Já com relação a prova do contrato, pode ser feita conforme o que é regulado para os contratos não formais: documentos, testemunhas, correspondências comerciais e etc. (LÔBO, 2018).

Mais uma vez percebe-se a simplicidade do Contrato Estimatório, que vai desde a concepção até a conclusão. Mesmo tendo disposições dentro do Código Civil, as mesmas não são exigentes quanto à forma, condições de desenvolvimento, prova, dentre outras coisas que são condições necessárias e comuns para outros tipos de contratos em espécie.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

Existem muitas controvérsias acerca da natureza jurídica do Contrato de Consignação, principalmente no que concerne às similaridades com mandato; promessa de venda; cláusula especial de compra e venda; venda com condição suspensiva ou resolutiva entre outros, porém, todos esses não integram nem se confundem com o Contrato Estimatório, trazendo á tona novamente sua autonomia e individualização, que conseguem extinguir com tais questionamentos frutos da posição minoritária.

Dispensando todas as suspeições em relação a temática abordada no presente trabalho, consta-se que a corrente doutrinária majoritária entende que o Contrato Estimatório é típico, bilateral, oneroso, real e comutativo, como se verificará adiante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É típico pois tem previsão legal, como já comentado anteriormente, dentro do Código Civil Brasileiro. É bilateral ou sinalagmático, porque as duas partes assumem deveres e também têm direitos, onde se está presente então o sinalagma obrigacional (DINIZ, 2007). É oneroso, dado o pagamento do valor de estima e o envolvimento de um arranjamento patrimonial da prestação e contraprestação. É real, em razão de ter seu aperfeiçoamento com a transmissão do bem consignado. E por fim, é comutativo devido as partes já serem cientes de quais serão as suas obrigações correspondentes (TARTUCE, 2017).

Também, devido ao fato de que o consignatário pode fazer o pagamento ou restituir a coisa ao consignante, há de se falar da classificação da obrigação quanto aos elementos do contrato, que por sua vez, apesar de muitas contradições no âmbito doutrinário, de acordo com o entendimento da doutrina majoritária e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, é classificada como obrigação alternativa.

2.4 OBJETO, ALCANCE E EFEITOS

Quando se fala em objeto, nesta temática, é com relação ao objeto da prestação, e se faz de suma relevância compreender com quais objetos a obrigação do Contrato Estimatório pode se relacionar e quais não são passíveis do negócio.

Exclusivamente as coisas móveis suportam ser objeto de contrato estimatório, coisas móveis que se encontrem no comércio, em outras palavras, que possam ser alienadas. Os bens imóveis estão desconsiderados pelo motivo de não admitirem a entrega real. Não unicamente as coisas imóveis, mas sim quaisquer dos bens móveis que, por convenção das partes ou por força de lei tenham vínculo a registro. Os bens imateriais também não podem ser objeto de contrato estimatório, visto que eles são impassíveis de transferência física, porque, obviamente, não possuem corpos físicos, como claro exemplo disso tem-se os direitos de autor (LÔBO, 2018).

Observa-se que o objeto do contrato está plenamente ligado a capacidade da tradição da posse e existe o requisito de ser passível de alienação dentro do comércio, lembrando também que não há restrição sobre bem fungível.

O alcance do Contrato Estimatório está ligado frontalmente com sua função econômica trazendo os campos a que pertence e atinge. Esse instituto oportuniza no ordenamento jurídico do Brasil que mesmo a parte consignatória não sendo dotada da titularidade de direito real do bem, possa fazer a transferência da posse.

Venosa (2017) explana que é vasta a circulação patrimonial desse contrato, notadamente, no ambiente consumidor e, como não é sempre que o consignatário é o consumidor derradeiro, será o caso em concreto que estabelecerá a utilização do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Código de Defesa do Consumidor – CDC. Também alude que em derredor de tal negócio, muitas vezes, pode acontecer de serem atraídos outros contratos para realização em conjunto, como por exemplo os contratos de divulgação, publicidade, comissão e vários outros mais.

Ainda por Venosa (2017) tem-se o entendimento que o referido contrato se realça útil do mesmo modo para circunstâncias diversas e mais peculiares, como o momento em que o fabricante ou atacadista põe seu produto de saída dificultosa no comércio, não acarretando em paralisação do capital dos varejistas, resultando em uma melhor distribuição.

Cabe ressaltar inclusive que o consignante nem todas as vezes é pessoa jurídica, detendo de um negócio determinado e de grande saída de produtos. Apesar que da primeira forma é mais comum, as relações particulares são viáveis e se dão da mesma maneira, já que o Código Civil não tem restrição sobre a temática.

No que tange os efeitos gerais do Contrato Estimatório, um dos pontos mais importantes a ser discorrido é que o consignatário fica comprometido a fazer a venda da coisa, porém não fica comprometido a ao resultado necessariamente.

Nas palavras de Garbi (2018) "não há nenhuma consequência para a devolução do bem ao consignante quando não realizada a venda, como não há responsabilidade prevista para o consignatário se ele não encontrar comprador ou não se empenhar em fazê-lo". Apesar disso, tanto na conclusão como na execução do contrato, ambos os contratantes têm a obrigação de conservar os princípios de integridade e boa-fé contratual, logo, isso significa que não poderão ser criados impedimentos para que a venda seja realizada ou embaraços para com a mesma (GARBI, 2018).

Salienta-se que para o Contrato Estimatório gozar de plena validade dos seus efeitos são requisitos obrigatórios aqueles que já são exigidos para qualquer tipo de contrato, como por exemplo, a, legitimidade e o consentimento.

Os efeitos mais específicos referentes a cada uma das partes deste negócio contratual serão explanados de modo aprofundado em seguida.

2.5 OBRIGAÇÕES E DIREITOS DAS PARTES: CONSIGNANTE E CONSIGNATÁRIO

Visto anteriormente que o Contrato Estimatório é bilateral e comutativo, ambas as partes assumem obrigações correspondentes e possuem direitos. Esse tópico é destinado a tratar dos principais direitos e encargos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É elementar que o consignante passe a coisa móvel para o consignatário, assim como sua disponibilidade, entretanto, é conservada a propriedade. Terminado o prazo do contrato ou mesmo da notificação, ele tem direito ao valor ou à restituição do bem. Igualmente, durante o intervalo do negócio, não pode perturbar a posse direta do consignatário ou requerer restituição (VENOSA, 2017).

O art. 536 do Código Civil normatiza que a coisa não pode ser penhorada por credores do consignatário, nem recolhida em insolvência, enquanto não for pago o valor de forma integral (BRASIL, 2002). Enquanto o art. 537 do mesmo diploma legal enuncia: "O consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição" (BRASIL, 2002).

Tanto o entendimento doutrinário, como o que traz a legislação, estão intimamente ligados ao fato de a propriedade continuar pertencente ao consignante, apesar da disponibilidade para o consignatário.

Ao consignatário é aferido o direito de dispor do bem no decorrer de certo período e a venda do mesmo a terceiro é a decorrência natural e almejado do negócio. A restituição do bem é a singular faculdade provocada no negócio (VENOSA, 2017).

O art. 535 do Código Civil aduz que o consignatário se responsabiliza pela perda ou deterioração da coisa e permanece obrigado pelo valor estimado como prestação principal, ainda que por força maior (BRASIL, 2002).

Em vista disso, vê-se que o consignante não está submetido a receber a coisa danificada ou suportar a coisa perdida, a menos que seja indenizado pelos devidos danos, podendo reivindicar o preço estimado.

2.6 PRAZOS E RESTITUIÇÃO

Sobre os prazos, o entendimento é de que o Contrato Estimatório é efetivamente a termo, com sua duração estipulada. O consignatário desempenha as faculdades de disposição ou de posse do bem até um aprazado período, para que compita sua obrigação. O prazo para que o consignatário controle a disposição da coisa – podendo ser a venda a terceiro ou a compra para si próprio – precisa ser colocado pelas partes e, incomumente, caso as partes não fixarem prazo, serão observados os usos do tráfico e o desígnio do contrato. Outro fato é que não pode ser acolhido prazo que não dê oportunidade ao consignatário de vender os bens que lhe foram entregues pelo consignante (LÔBO, 2018).

O que se abstrai, principalmente, é que o consignatário só detém da posse da coisa no decorrer do tempo pactuado, sendo a regra o seguinte: acabado o prazo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

com a não venda e sem restituição, o consignatário vira inadimplente; dentro do prazo, se há a recusa da venda, não está em inadimplência nem pode ser obrigado.

3 METODOLOGIA

No presente artigo, foi justaposta uma metodologia que consistiu em viabilizar a busca, análise, interpretação e disposição das informações obtidas para satisfazer o objetivo geral simples que foi criado. Desse modo, a metodologia realizada foi uma pesquisa bibliográfica e descritiva de cunho qualitativo, com fonte secundária (referencial teórico), contando também com a utilização da técnica de pesquisa da abordagem conceitual e normativa (investigação teórica).

Como já descrito acima, sobre o tipo de pesquisa foi utilizada a qualitativa, onde tem-se como objetivo principal discutir apenas os pontos teóricos, desprezando quantidade. (COLLINS; HUSSEY, 2005). Com relação as fontes de pesquisa, foram empregadas fontes secundárias, que provêm de estudo das fontes primárias originalmente. E por fim, em relação às técnicas de investigação teórica tem-se: a técnica normativa que representa um tipo de investigação que põe em foco o estudo normativo-jurídico de apurado fenômeno, junto de comentários doutrinários; e a técnica conceitual, representando uma outra forma de investigação, que gera coerência para com o tema estudado e é alicerçada em técnicas bibliográficas (BITTAR, 2014).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a análise e exposição do abordado tema, é possível concluir que o Contrato Estimatório teve sua normatização legal no Brasil, pelo Código Civil – arts. 534 a 537 – depois de muito tempo com utilização de forma atípica, desse modo, essa regulamentação ocupou uma das lacunas do ordenamento jurídico.

Via de regra, o negócio consiste na transmissão de um bem móvel do consignante para o consignatário, onde este último realizará venda, tendo a disposição do bem por um certo período acordado, ou o restituirá findado o prazo.

A plena posse da coisa continua sendo do consignante, porém esse instituto jurídico permite que o consignatário goze da disposição do mesmo, ou seja, a posse direta fica sendo do consignatário durante o prazo estabelecido, enquanto que o consignante fica detendo da posse indireta do bem. E é justamente esse ponto em sua natureza jurídica que o diferencia bastante de outras espécies de contrato, pois, geralmente, a tradição da coisa também transfere a propriedade, e como visto aqui, com o Contrato Estimatório isso não acontece.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Contrato Estimatório desempenha um papel muito importante dentro do setor comercial, estimulando a economia. Percebe-se que ele proporciona benefícios para ambas as partes integrantes do contrato, uma vez que o consignante estende sua capacidade de venda dos seus produtos, e o consignatário possui um decrescimento dos ricos negociais, pois se não conseguir fazer a venda, tem a possibilidade de restituir a coisa ao consignante.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 304 p. ISBN: 9788502219472.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2020.

COLLINS, Jill; HUSSEY, Roger. **Pesquisa em administração:** um guia prático para alunos de graduação e pós-graduação. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005. 349p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARBI, Carlos Alberto. Contrato estimatório (venda em consignação). In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil.** v. 2. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. p. 567-586. ISBN 978-85-906790-2-8.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** volume 3 – contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-47-22913-9.

_____. Do contrato estimatório e suas vicissitudes. **Revista Jus Navigandi.** Teresina, PI, n. 725, ano 10, 30 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6930>. Acesso em: 01 set. 2020. ISSN 1518-4862.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978¬85¬309¬7406¬0.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-97-00976-7.

www.conteudojuridico.com.br

A LEI 4.717/65 – LEI DA AÇÃO POPULAR

MARCELA MITIURA VITALE: Discente do quinto ano do curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Parecerista na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

RESUMO: A Ação popular é via constitucional capaz de defender os interesses da coletividade, permitindo a condenação pessoal dos administradores envolvidos em ato ilegal e lesivo que tenha prejudicado o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente ou o patrimônio histórico e cultural. O estudo em apreço faz uma análise da Lei 4.717 de 1965 – a Lei da Ação Popular. Embora seja uma lei antiga e com contornos históricos complicados, já que surgiu dois anos antes da Constituição de 1967 e um ano após o golpe militar, encontra-se em plena vigência e determinando o rumo da ação constitucional. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a ação ganhou amplitude, abrangendo um rol maior de direitos tutelados. Hoje, a Ação Popular é forma de exercício direto na democracia Estatal, propiciando a participação do cidadão na estrutura administrativa do país.

Sumário:1. Introdução – 2. Questões processuais da Lei 4.717/65; 2.1 A distribuição da Ação Popular; 2.2 A Sentença na Ação Popular; 2.3 Lei da Ação Popular x Lei da Ação Civil Pública – 3. Conclusão

1 Introdução

A Ação popular constitucional está presente no contexto nacional desde a Constituição Imperial de 1824, onde possuía caráter penal e era restrita à atos ilícitos de juízes e oficiais de justiça no exercício do cargo público.

Ao longo da história das Constituições brasileiras, o instituto da ação popular por vez estava presente, vez estava ausente do cenário.

A estabilidade do instituto no ordenamento jurídico deu-se com a vigência da Lei 4.717 no ano de 1965, a Lei da Ação Popular.

Com este marco, a ação constitucional esteve presente em todas as Cartas seguintes, inclusive na Constituição de 1967 e mantida pela Emenda de 1969, que preceituava que "qualquer cidadão será parte legítima para propor Ação Popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Posteriormente, com a vigência da Carta Cidadã, o instituto veio à tona com maior força de eficácia, já que a Constituição de 1988 trouxe a possibilidade da ação tutelar outros direitos além do patrimônio público – já previsto na Lei 4.717/65, incluindo a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural.

A Constituição de 1988 alterou o panorama social do Brasil, que acabara de enfrentar uma era ditatorial com supressão de direitos fundamentais e ameaça ao Estado Democrático de Direito. Outrossim, o instituto da ação popular atendeu ao princípio da cidadania estampado no início da Carta, atendendo, enfim, um povo antes esquecido e sem voz.

Nesse interim, com a vigência da Constituição de 1988, a lei 4.717/65 ganhou maior aplicabilidade e nova perspectiva, pois a Ação Popular passou a ser vista como um concreto instrumento de fiscalização do poder público, possibilitando a qualquer cidadão, no gozo de seus direitos políticos, ir à juízo em um embate direto com as pessoas públicas e privadas que deram causa a ato lesivo/ilegal e buscando suas responsabilidades pessoais.

Esse estudo apresentará um verdadeiro passeio pelos institutos previstos na Lei da Ação Popular, pontuando sempre que esta deve ser interpretada à luz da CF88.

2 Questões processuais da Lei 4.717/65

A lei da Ação Popular é composta por vinte e dois artigos de simples redação, os quais definem o procedimento a ser aplicado nas ações populares. Nesta exordial estudaremos as questões práticas que envolvem a Ação Popular.

A peça que inaugura o procedimento da ação popular no poder judiciário deve conter os requisitos do artigo 319 do Código de Processo Civil, prova da cidadania do autor a partir da juntada de cópia do título eleitoral ou documento equivalente, além de ser requisito para figurar-se como Autor Popular, a regularidade perante a justiça eleitoral.

Embora o instituto objetive a autonomia do cidadão, este não possui capacidade postulatória para ajuizar a demanda, devendo conceder mandato para advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

A LAP (Lei da Ação Popular) prevê (art. 11) que os pedidos contidos na petição inicial poderão ser pela: (i) decretação de invalidade do ato ou da omissão administrativa; (ii) à desconstituição do ato; (iii) à condenação à reparação dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prejuízos causados ao Erário Público; (iv) à condenação na restituição de bens e valores indevidamente apropriados.

A pessoa jurídica estatal que figurar no polo passivo da demanda, poderá regressar contra os funcionários causadores do dano, quando comprovado que incorreram em culpa.

De acordo com o procedimento previsto na LAP, há especial atenção para a juntada das certidões e informações necessárias para comprovação da inicial.

O cidadão pode requerer as certidões e informações que entender necessária à Administração Pública, e em caso de negativa do órgão, o Autor poderá ajuizar a demanda sem estes documentos, a serem posteriormente requeridos ao Juízo que determinará o ofício às instituições, ocorrendo, enfim, a regularização dos documentos da inicial.

Ainda na petição inicial, é oportunizado ao Autor manifestar-se pela citação via edital dos requeridos, opção que deve ser expressamente mencionada e fundamentada em tópico da peça inaugural.

A petição inicial deverá incluir o valor da causa, que deverá ser o "benefício a ser obtido com a ação popular puder ser precisamente configurado".55

Quanto as regras de competência para o endereçamento e protocolo da inicial, observa-se que é pacifica a competência dos juízos que decidem causas referentes à Fazenda Pública, seja federal, estadual ou municipal, como preceitua o artigo 5º da LAP.

Em primeiro plano, no que tange à competência em relação à matéria, a origem do ato definirá se a competência é da justiça federal ou, subsidiariamente, da justiça estadual. Sendo o ato ilegal/lesivo praticado por autoridade federal, a competência será da Justiça Federal, enquanto que, sendo a autoridade impugnada estadual ou municipal, a competência será da Justiça Estadual.

No segundo viés, ainda quanto à competência, para se identificar a competência territorial, observaremos a autoridade pela qual emanou o ato impugnado.

Sendo a autoridade da administração federal direta, aplicar-se-á o disposto no artigo 109, CF56. Caso seja autoridade estadual ou municipal ou do

55 DIDIER Jr. Fredie, '' Ações constitucionais''. Editora Juspodivm. 4º Ed. 2009.
56 Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: § 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

distrito federal, as organizações judiciárias decidirão o foro competente no respectivo território.

A regra do artigo 109 da Constituição Federal é extremamente interessante e auxilia a natureza da ação popular, já que é facultado ao autor escolher entre as hipóteses de foros trazidas no texto legal para ajuizar a demanda.

A lei prevê no artigo 5, §1º uma competência por equiparação:

> Art. 5º - § 1º - Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

Na esfera municipal e estadual, essa equiparação se dá somente para pessoas jurídicas de direito privado, já que as autarquias e fundações públicas inserem-se no conceito da Fazenda Pública, por terem personalidade jurídica pública.

Há ainda a regra do parágrafo 2º:

> Art. 5º - § 2º - Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoas ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.

Segundo a doutrina, trata-se, portanto de competência privilegiada:

> por interesse simultâneo, ou seja, havendo interesse simultâneo da União e de qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver interesse simultâneo do estado e do município, será competente o juiz da causa daquele. O interesse que justifica a alteração de competência é naturalmente o interesse jurídico que ocorre quando há possibilidade de se afetar e esfera jurídica de alguém.57

A ação popular não é, em nenhuma hipótese, de competência originária dos Tribunais, devendo ser endereçada sempre ao juízo de primeiro grau. Assim, não

ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

57 PRADE, Pericles. Ação Popular. São Paulo: Saraiva. 1986.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

há foro privilegiado para o presidente da república, governador ou prefeito, ou nenhuma autoridade. É o que decidiu o Tribunal do Rio de Janeiro/RJ:

> A competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive aquelas que o mandado de segurança estão sob jurisdição do STF, é do juízo de primeiro grau de jurisdição, pois a enumeração do artigo 102, I, "a", "d", "e", "q", da Constituição não prevê ação popular. (j. 27.05.91, DJU 18.07.91. Agravo de Instrumento 90226023-7 – RJ) 58

O artigo 5º ainda traz uma regra sobre conexão, isto é, aquelas ações intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos:

> Art. 5º - § 3º - A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

O juízo que possuir a competência territorial e primeiro despachar acerca da inicial, será o juízo prevento ou se tratando de competência territorial múltipla, será prevento o juízo que primeiro promover a citação valida, em consonância com o artigo 240 do Código de Processo Civil.

Por fim, a peça inaugural poderá conter pedido de tutela antecipada ou, a depender do caso concreto, a concessão da suspensão liminar do ato.

Ao protocolar a inicial, o processo será distribuído ao Juízo competente, conforme as regras do Código de Processo Civil e dos Regimentos internos dos tribunais.

2.1 A distribuição da Ação Popular em juízo

Devidamente distribuída ao juízo competente, o artigo 7º, inciso I, impõe a atuação do magistrado, que determinará: (i) a citação dos réus; (ii) a intimação do Ministério Público; (iii) a requisição de informações necessárias à elucidação dos fatos, se indicadas e requeridas na petição inicial.

Em caso de indeferimento da inicial, o juízo deverá comunicar ao cidadão-Autor e ao Ministério Público, para que avaliem a fundamentação, sendo a decisão passível de apelação.

A outro giro, o recebimento da inicial não gera a possibilidade de recurso.

Quanto ao recolhimento de preparo, a CF/88 isentou de custas judiciais e ônus de sucumbência o autor da AP, o que abrange a taxa judiciária, as despesas

58 j. 27.05.91, DJU 18.07.91. Agravo de Instrumento 90226023-7 – RJ.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

indispensáveis com publicação, os emolumentos devidos, possível indenização devidas às testemunhas e honorários advocatícios.

Assim, se um dos réus contratar advogado para defesa de seus interesses, mesmo que sejam acolhidos, não haverá recebimento de honorários de sucumbência.

Este regime de custas se dá pois o cidadão-Autor não visa a tutela de direito particular e individual seu, mas sim de direito comum à toda a sociedade, prevalecendo portanto, os interesses coletivos em detrimento do interesse privado de sucumbência.

No entanto, merece tratamento distinto o autor que age com má fé no ajuizamento da demanda, isto é, aquele que manejar a ação por "vindita", luta política, vantagem pessoal indevida ou qualquer outro objetivo escuso deve ser responsável pelo pagamento das custas e verbas honorárias.59

No que tange à possibilidade de concessão de liminar capaz de suspender o ato lesivo imediatamente, desde a vigência da LAP em 1965, houve muitas críticas, já que o texto não trazia esta hipótese.

Somente em 1977 com os acréscimos trazidos pela Lei 6.513, é que a situação foi pacificada (artigo 5º, §4º): "Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado".

A interpretação deste dispositivo deve ser ampla, pois não cabe tutela preventiva apenas quando a tutela versar sobre o patrimônio público, mas sobre todo e qualquer bem que estiver sob lesão ou na iminência de lesão.

A tutela preventiva pode ser determinada de oficio pelo magistrado, ou a requerimento do Ministério Público ou do cidadão-autor. No entanto, deverão ser comprovados os requisitos do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*, como preceitua o Código de Processo Civil.

59 "Ação popular. Processo extinto, por falta de interesse de agir (art. 267, IV, CPC). Má fé do autor. Sucumbência: art. 5, LXXIII, da CF/88. Age de má fé quem ajuíza ação popular para impedir exercícios militares sabidamente já concluídos, à data da distribuição da inicial. Nestas circunstancias, deve o processo ser extinto, por falta de interesse de agir (Art. 267, VI, CPC), suportando o litigante de má fé as custas judiciais e o ônus de sucumbência (Art. 5º, LXXIII, da CF/88). Remessa oficial desprovida''- TRF- 1º Região, REO 90.01.06198-2/DF – Remessa ox officio, 2ª T., DJU: 03.09.1990, p. 19750, Rel. Juiz Hércules Quasimodo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em relação a atuação do Ministério Público na demanda popular, a sua atuação tem natureza de fiscal da lei, defendendo a tutela dos direitos difusos em questão.

A atuação do MP está prevista no art. 6º, §4º da LAP, o que sempre causou estranheza na doutrina, pois o texto legal retrata a impossibilidade do Ministério Público defender o ato impugnado ou seus autores, o que não condiz com as funções da instituição e seus limites de atuação.

Diante do artigo 6º da LAP, a doutrina interpretou a atuação do Ministério Público na demanda popular essencialmente como fiscal da lei, isto é, não atuando em defesa dos autores, mas também não se portando contra o autor da ação popular, podendo, evidentemente, manifestar-se pela improcedência da inicial, quando faltarem provas.

O Ministério Público assume posição interessante na ação popular no caso de desistência da ação ou abandono da causa pelo cidadão, oportunidade em que o órgão deve assumir o polo ativo da ação e promover a execução em caso de sentença favorável ao autor, caso nenhum cidadão o faça.

2.2 A Sentença na Ação Popular

A sentença proferida nos autos da ação popular poderá ser de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória.

Ainda em relação à sentença, menciona-se o artigo 13 da LAP, alvo de muitas polêmicas após a vigência da CF/88. Isto porque, determina que: "A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas".

Após a CF/88, o autor de boa-fé não recolhe custas, sendo apenas cobrada em caso de atuação de má-fé. No entanto, o artigo 13 prevê a condenação do décuplo das custas, trazendo, assim, uma sanção para aqueles que litigarem de forma temerária.60

No entanto, a maioria da doutrina entende que a sanção é constitucional e que não há incompatibilidade com a norma constitucional.61

60 Temerária significa: arriscada, perigosa, precipitada.

61 Nesse sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernadina; MARTINS, Guilherme Magalhaes. Algumas considerações sobre a lei da ação popular. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 6, jul/dez. 1997.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A coisa julgada seguirá os ditames do Código de Processo Civil, salvo o que preceitua o artigo 18 da LAP, que excetua a formação da coisa julgada à deficiência de provas, oportunidade em que "qualquer cidadão poderá intentar com outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

Necessário pontuar que não há limite subjetivo da coisa julgada na ação popular, já que produz efeito erga omnes. A produção deste efeito é razoável, já que a lide se concentra em direito transindividual, que pertence a toda a coletividade, devendo o seu resultado também ser imposto de maneira indefinida.

Transitada em julgada a sentença, sua liquidação será feita nos próprios autos da ação popular, como preceitua o CPC, pelo cidadão-autor, por outro cidadão ou, em último caso, pelo Ministério Público, conforme preceitua o art. 16 da LAP.

O art. 19 prevê a possibilidade de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias, bem como de apelação contra sentença que julga a Ação Popular. Embora a LAP traga apenas menção a esses dois recursos, é passível a ideia de que aplica-se todo o regramento do Código de Processo Civil ao diploma de recursos na ação popular, tendo em vista que a própria lei traz a aplicação do procedimento ordinário subsidiariamente.

A possibilidade de aplicação subsidiária do CPC está no art. 22 da LAP. Outrossim, define a LAP que aplicar-se-á subsidiariamente à lei, o Código de Processo Civil, salvo os dispositivos que contrariem a lei ou sua "natureza específica".

Neste contexto, necessário entender a intenção do legislador ao nomear a "natureza específica da ação popular":

> 'Talvez tenha o legislador feito referência à '' natureza específica'' pelo fato de que, à época da edição da Lei 4717/65, era assente na doutrina que só se poderia mover uma demanda desde que houvesse interesse direto no litigio. Os casos excepcionais em que alguém agisse em nome próprio, defendendo direito alheio, dependeriam de previsão expressa da lei (substituição processual). Ora, como a ação popular se caracteriza pela faculdade, atribuída ao cidadão, de zelar pela coisa pública, em nome de toda a coletividade, estaria promovendo um "fenômeno rebelde a várias exigências do direito de agir ''62, e daí sua especificidade.63

62 SILVA, José Afonso. Ação Popular constitucional, p. 73

63 FERRARESI, Eurico. '' Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo – 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Como se sabe, a legitimidade ativa e passiva da ação popular estão previstas logo no início da Lei. Nesse ponto do estudo, torna-se relevante a análise da peculiar situação da pessoa jurídica pública prevista no artigo 6º:

> Art. 6º - A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. §3º A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Esse dispositivo prevê a possibilidade da pessoa jurídica Ré atuar ao lado do autor quando houver interesse público. Assim, a Ré assume posição ativa na ação popular, oportunidade em que deixa de contestar a ação e muda de polo, atuando lado a lado com o Autor em busca dos interesses do Estado.

Alguns autores entendem não ser possível esta previsão para as ações populares ambientais, já que o direito ao meio ambiente não é de titularidade do Estado, mas de toda coletividade. No entanto, prevalece entendimento no sentido do domínio e controle estatal sobre todas as coisas:

> Todavia, compreendemos que o Estado tem domínio eminentemente sobre todas as coisas que estão e seu território e tem o dever e o interesse em proteger o patrimônio natural e cultural, inclusive, estando legitimado para a propositura da ação civil pública, nos termos do artigo 5º da lei 7.347/85, por isso se justifica a previsão da faculdade do ente aderir às razões dos cidadão também na ação popular ambiental.64

Esta excepcionalidade do §3º não exclui a possibilidade de responsabilização de qualquer legitimado da ação judicial, pois mesmo que a pessoa jurídica seja beneficiada na ação popular, isto é, tenha interesse na ação, ela pode vir a ser condenada à adoção de medidas que não tomaria caso não fosse coagida por uma decisão judicial.

Esta hipótese do §3º é a possibilidade da pessoa jurídica não resistir às razões do Autor, mas ao contrário, aderir à elas.

64 DIDIER, Fredie Jr. Ações constitucionais. 4º Ed., p. 283.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.3 Lei da Ação Popular x Lei da Ação Civil Pública

As ações populares e civis públicas podem, eventualmente, possuir uma identidade plena, no caso do Ministério Público assumir a legitimidade ativa na ação popular (quando o cidadão desiste da demanda).

É possível, portanto, coexistir uma Ação civil pública e uma ação popular sobre fatos análogos, mas com pedidos diversos, em que haverá conexão, devendo as ações serem reunidas de acordo com as regras de prevenção do juízo.

Surge na doutrina dúvida quanto a hipótese da ação civil pública e a ação popular não possuírem estrita coincidência das partes, principalmente no polo ativo.

Neste caso, defendem os doutrinadores que haveria identidade no polo ativo, mesmo que não representados pela mesma parte (pois são legitimados para propositura da ACP os órgãos do art. 5º da Lei 7347/85 e no caso da ação popular, qualquer cidadão) pois tanto o cidadão como os legitimados da ação civil pública são substitutos processuais da coletividade.

Caso divergentes os polos passivos, somente a parcial coincidência de partes passivas permite inferir a litispendência, sendo a causa de pedir e o pedido idênticos.65

No entanto, há também entendimento no sentido de que existindo uma ação civil pública e uma ação popular sobre o mesmo tema, deve-se aplicar a regra da reunião das ações para evitar julgamentos contraditórios, havendo litispendência quando a tríplice identidade ocorrer em relação a todos os elementos da ação e houver identidade de procedimentos.66

Superada enfim a possibilidade de coexistência das ações, a Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) traz a possibilidade do ensejo do chamado dano material e dano moral coletivo.

Alguns autores entendem, que mesmo que a LAP não tenha previsto essa possibilidade, o fato de os bens tutelados serem também relevantes e a Lei da Ação Civil Pública ser mais recente, torna-se analógica a aplicação do dispositivo que permite os danos coletivos, embora a jurisprudência seja tímida neste sentido:

65 Da Ação Popular em Procedimentos Especiais. São Paulo: Saraiva, 2009 e Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. ADV. Advocacia dinâmica, julho 1995, p 3-4.

66 Procedimentos especiais cíveis. Legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 385.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. HIPÓTESES DE CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. – A Ação Popular, como regulada pela Lei nº 7.417 de 29.06.1965, visa à declaração de nulidade ou à anulação de atos administrativos quando lesivos ao patrimônio público, como dispõem seus 1º, 2º e 4º. – A condenação que pretende '' obrigação de não-fazer'' e '' pagamento de indenização pelo dano moral coletivo'', revela-se pedido juridicamente impossível, na espécie. (TRF – 4ª Região, AC 2001710000335481 UF: RS, 3ª T., DJU 16/05/2017). 67

Outrossim, embora ainda inadmitido nas maioria das jurisprudências, o dano moral coletivo em sede de ação popular será tema futuro de discussão, já que garantidor de reparação moral justa à coletividade.

Diante da análise dos artigos da Lei da Ação Popular e da comparação com a Ação Civil Pública, é possível destrinchar o procedimento da ação popular e findar todas as dúvidas acerca do tema, possibilitando que o cerne da discussão não paire sobre o procedimento da demanda popular, mas sobre a possibilidade de ampliação de sua eficácia.

3 Conclusão

A Lei da Ação Popular é eficaz e à frente do seu tempo, trazendo institutos próprios e o intuito bem definido de possibilitar que o cidadão, exercendo suas prerrogativas constitucionais, fiscalize o Poder Pública através de ação judicial.

Deveras, com razão, a Carta Magna ser também nomeada de Carta Cidadã, oportunidade em que deu voz aos brasileiros após uma era ditatorial. No exemplo da Ação Popular, o cidadão, portando seu título de eleitor, ocupa o polo ativo da Ação, e, em paridade processual, enfrenta o poder público visando a tutela de bem coletivo.

Cumpre ainda mencionar que o acesso à justiça é garantido pelo fato de inexistir custas processuais para a movimentação da ação no Judiciário (ressalvado o caso de evidente má fé processual do litigante), podendo o cidadão demandar livremente buscando a tutela de bem coletivo e a responsabilização pessoal dos administradores.

Este é ponto crucial dessa demanda, a possibilidade de responsabilização pessoal dos administradores envolvidos no ato ilegal/lesivo (Artigo 6º da Lei), o que, de fato, traz grande efetividade para a ação popular, pois quando houver benefício

67 TRF – 4ª Região, AC 2001710000335481 UF: RS, 3ª T., DJU 16/05/2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

direto do ato lesivo, as pessoas públicas e privadas estarão no polo passivo respondendo com seu patrimônio pessoal.

Outro instituto que declara a finalidade protetiva da ação popular é o do artigo 6º, §3º, que possibilita que a (s) Ré (s), pessoas jurídicas estatais, diante do interesse público, juntem-se ao (s) autor (es) em busca da condenação pessoal e desconstituição do ato administrativo maculado.

Assim, a Lei 4.717/65 veio instrumentalizar no Estado Brasileiro uma ação constitucional capaz de atingir atos do executivo maculados pela lesividade e ilegalidade.

É instrumento processual que foi ampliado pela Constituição de 1988 e em conjunto com os meios de proteção do Código de Defesa do Consumidor constitui sistema de tutela de direitos coletivos.

Isto posto, ponderou-se que o Brasil está em avançado patamar legislativo no que tange à proteção de direitos extrapatrimoniais. No entanto, diante das condições sociais ainda existentes na realidade do país, entende-se que a ação popular, se mais abrangente, seria capaz de tornar-se instrumento de eficácia protetiva de grande valia para o povo.

Referências Bibliográficas

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marilene. **Ação Popular: exercício da cidadania e a defesa do interesse e dos bens pertencentes a todos**. Revista dos Tribunais Online. Publicação original na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 91, 2015.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1975, v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEM, Lourenço Maciel de. **Requiem para a ação popular**. Florianópolis: OAB/SC, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei nº 4.717,** de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. **Lei nº 6.513**, de 20 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6513.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. **Lei nº 7.347,** de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; GUIDONI FILHO, Antonio Carlos. **Noções gerais sobre a ação popular no direito brasileiro**. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coords.). Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS, 2006.

CALHEIROS, Maria Clara. **A ação popular revisitada. Notas à luz da atualidade jurídica e social portuguesa**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANHEU, Gustavo Casagrande. **Ação popular no direito português: similaridades e disparidades com o direito brasileiro**. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coords.). Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Susana Henriques da. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DELGADO, José Augusto. **Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e Jurisprudência do STF**. Revista dos Tribunais Online. Publicação original na *Revista de Processo*, 98, 2000.

DIDIER Jr. Fredie. **Ações constitucionais**. Salvador: Editora Juspodivm. 4º Ed. 2009.

DIDIER Jr., Freddie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 Ed – Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **A Ação popular como instrumento de defesa da saúde ambiental em proveito da dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais Online. Publicação original na *Revista de Processo*, 279, 2018. p. 313-338.

FILHO, Ronaldo Fenelon Santos Filho; JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. **Ação popular: Aspectos relevantes e controvertidos.** São Paulo: RCS Editora, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos Difusos e Coletivos II: ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandato de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A ação popular portuguesa: uma análise comparativa.** São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 83, 1996 São Paulo.

JÚNIOR, José Cortella. **Os ''Writs'' na Constituição de 1988: mandado de segurança. ,amdadp de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus**. Rio de Janeiro:Editora Forense Universitária, 1996.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. **Análise comparativa da ação popular nos direitos português e brasileiro.** In: MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos (coords.). Ação popular. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio publica, da moralidade administrativa e do meio ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZEI, Rodrigo; DA'L COL, João Roberto de Sá. **Ação Popular no Brasil e em Portugal – alguns pontos de contato e distanciamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais: Revista de Processo vol. 240/2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros:1990.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; e SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança: ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 143.

SOTTO MAIOR, Mariana. **O direito de acção popular na constituição da república portuguesa. Documentação e direito comparado**. vol. 75/76. Lisboa: Fall, 1998.

TESHEINER, José Maria. **Ações coletivas relativas a interesses ou direitos coletivos stricto sensu.** Revista dos Tribunais Online. Publicação original na Revista de Processo, 228, 2014. p.241-256.

VITORELLI, Edilson. **Consolidação das Leis do Processo Coletivo**. Revista dos Tribunais Online. Publicação original na Revista de Processo, 290, 2019. p. 305-337.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA COMOÇÃO SOCIAL A PRESUNÇÃO DE CULPA. OS IMPACTOS DA MIDIA NA LEGISLAÇÃO PENAL CONTEMPORÂNEA.

ANTONIO WILTON DA SILVA: Graduado em história Especialista em história contemporânea, bacharelando em Direito, com especializações em andamento em Direito Digital, Direito empresarial e Direito do consumidor e também professor.

RESUMO: O presente trabalho busca lançar luz a uma discussão presente mas pouco recorrente, a relação tenue entre questões como o clamor social e a representação midiatica dos fatos criminosos, com a produção e a interpretação legistiva, no que tange a aplicação da legislação penal e processual penal, objetivou-se através de uma pesquisa bibliografica partindo de um rol de fontes diversificado apresentar questionamentos sobre a efetivação e efetividade da legislação punitiva e o acesso a justiça no Brasil.

PALAVRAS CHAVE: Clamor Social, Representação midiatica, legislação penal, acesso a justiça.

ABSTRACT: The present work seeks to shed light on a present but little recurring discussion, the tenuous relationship between issues such as the social outcry and the media representation of criminal facts, with the production and legal interpretation, with respect to the application of penal and penal procedural legislation. , aimed through a bibliographic search starting from a diversified list of sources to present questions about the effectiveness and effectiveness of punitive legislation and access to justice in Brazil.

KEY WORDS: Social Outcry, Media Representation, Penal Law, Access to Justice.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. a aplicação da justiça na contramão das garantias individuais; 3. o ativismo judicial entre uma resposta a sociedade e os abusos de direito; 4. repercussão social como presunção de culpa; 5. Reflexões sobre o acesso à justiça no Brasil; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca sem exaurir o tema, desenvolver uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método hipotético dedutivo, sobre o papel da mídia como mecanismo de influência, não apenas na aplicação mas também até no desenvolvimento de legislação e pratica dentro do processo penal, objetiva esse,

outrossim identificar problemas e eventuais reflexos da ação midiática, no que tange os casos de abuso de direito e a efetivação da aplicação da justiça.

No terceiro capitulo serão abordadas as questões jurídicas sobre os reflexos da exploração do crime pela mídia na criação e aplicação de mudanças drásticas na legislação punitiva. Faz-se necessário uma análise do ativismo judicial e os limites que são extrapolados, no que tange aos abusos de direito, ressalta-se aqui, os perigos da repercussão social do fato criminoso e a potencial presunção de culpa, cada vez mais presente e vinculada no curso das ações penais publicitadas.

O trabalho é importante porque permite uma análise de uma temática séria e abrangente presente em todos os âmbitos do judiciário, tal analise perpassa a mínima observação da interpretação da letra de lei e sua aplicabilidade, mas busca vislumbrar a aplicação no caso concreto, as demandas que estão realmente sendo efetivadas, e os efeitos cada vez mais abrangentes que a autocontenção ou o ativismo judicial vem a trazer na real efetivação da dignidade da pessoa humana, que em síntese deve ser sempre o cerne de toda a discussão jurídica.

Tambem fora pautada, uma análise do próprio judiciário e a observação da complexa relação deste, com o meio midiático, as posições e omissões, que oportunamente são tomadas ao compasso de como a opinião pública reage, ou como ela direciona a forma como as leis são postas ou aplicadas, até onde vai a influência do discurso construído para que se tomem ou deixem de tomar, posturas que são necessárias para a manutenção das garantias individuais e para a proteção e o efetivo acesso à justiça, por parte daqueles que realmente necessitam.

2.A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA NA CONTRAMÃO DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS.

A justiça na perspectiva dos gregos antigos, muito presente no direito romano é équites, que quer dizer, dar a cada um aquilo que é seu ou aquilo que merece, porem a justiça draconiana, pautada na punição rígida, que em muitos aspectos se assemelha a lei de talião, presente nos códigos antigos, "do olho por olho, dente por dente", essa, felizmente, já não cabe, no conceito e contexto moderno da aplicação da justiça, pelo menos em linhas gerais esse conceito não deve nem por um relance ser ponderado, porem nos últimos anos vem crescendo em diversos países a exemplo na américa em países como Chile e argentina e especialmente no Brasil, mudanças drásticas no que tange o garantismo penal e proteções constitucionais relativas à aplicação da justiça.(CASARA. 2017)

Infelizmente a ânsia de se aplicar uma justiça a qualquer custo, ou mesmo de garantir uma resposta à altura aos anseios social, tão vislumbrado e repetidamente apresentado no meio televisivo, culminou com uma serie de novas abordagens, o grande mal que assola todos os recintos e rincões do pais, a corrupção, tornou-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tema corriqueira e repetidamente falado no meio jornalístico, logo mecanismos de resposta surgiram para entender esse anseio coletivo, como a operação iniciada em 2014 que teve como foco principal juízes e procuradores de Curitiba, mas se estendeu por todo o Brasil, a chamada operação lava-jato.

Essa foi de longe a maior operação de combate a corrupção da história do Brasil, diversos empresários e políticos, alguns dos homens mais ricos do pais dentre eles, foram acusados, presos e processados, segundo dados do MPF, foram 119 denúncias e 165 condenações entre 1º e 2º instancia, a mídia se regozijou com a exibição das 70 operações, que foram além das fronteiras nacionais porem logo mecanismos muito controversos passaram a ser utilizados, para se chegar a fundo na punição dos envolvidos, tornaram-se comuns as conduções coercitivas, largamente divulgadas na mídia, e outro fenômeno que se popularizou foi o mecanismo das delações premiadas, chegando a ser empregados 49 desses acordos no curso da operação.(MPF. 2020) pode-se afirmar que o fortalecimento e a generalização da barganha como mecanismo de imposição antecipada de uma sanção penal, demonstra a primazia da atuação dos atores do campo jurídico-penal no incentivo à justiça negociada. percebe- se que o mecanismo consensual adere integralmente aos interesses de juízes e promotores, ou seja, aqueles que detêm o poder na persecução penal, e, portanto, se solidifica na prática jurídica ainda que acarretando incontornáveis violações a premissas do processo penal de um estado democrático de direito. (MOELLER.2016)

Esse outro lado desta situação, importado, com as devidas considerações do processo penal exterior, se vislumbra no fato de que esse mecanismo "colaboração premiada" positivado pela Lei 12.850/13 apresenta diversas irregularidades no que tange a garantias constitucionais, como o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, ou mesmo a própria moralidade pública, essa nova tecnologia de produção de provas, extrapola as limitações constitucionalmente possíveis reitera um sistema inquisitivo, ao mesmo tempo que coincidentemente a opinião pública direciona suas narrativas, entorno do pretenso delator ou colaborador. (COUTINHO 2013).

O MPF propôs, um pacote de medidas draconianas, de seríssimo impacto não só nos crimes ligados a lava jato, mas que eventualmente afetaria uma gama muito de cenários, tal pacote de medidas foi batizado em "10 medidas contra a corrupção" Seguindo o impacto midiático da operação lava-jato, a imprensa relacionou diretamente o sucesso da operação de combate a corrupção com a aprovação de tais medidas, algumas dessas que aos olhos de operadores do direito, entidades de direitos humanos e no vislumbre dom próprio STF, acabavam por trazer insegurança jurídica, e abusos no que tange as garantias individuais, vale ressaltar que o discurso midiático criado, apontava os críticos a tais medidas, como críticos a operação lava-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

jato ou mesmo como defensores da corrupção.(CALABRICH 2016)

Quais limites podem ser tolerados e socialmente aceitos para se chegar a aplicação da justiça, reiterando é claro que, justiça deve ser inequivocamente sempre observada como paz social, o vislumbre de um cenário caótico em que essa justiça é inalcançável pelos meios vigentes e que qualquer meio pode e deve ser tolerado para que essa venha a efetivar-se, não só se opõe a perspectiva de reconhecimento de direitos tão duramente conquistados, principalmente pelos menos favorecidos, como tambem, a precarização dos direitos em face da draconização das leis penais, não só atrasa como regride décadas de discussões jurídicas no que tange a garantias individuais, a auto restrição do judiciário em face de tal abuso a constituição se dá em grande parte devido ao impacto político e repercussão social de tais medidas. (SARMENTO. 2015)

Exemplo claro dos rumos perigosos em que a discussão jurídica midiatizada vem tomando, é a celebrização das mudanças legislativas na legislação punitiva, propostas pelo, na época, Ministro da Justiça Sérgio Moro, pacote de alterações, em 14 legislações, dentre eles, o código penal, processual penal e legislação estravagante, batizado de pacote anticrime, tal projeto foi apresentado pela opinião pública, como a resposta definitiva do estado contra a criminalidade, solução para a impunidade e estado de violência, a tanto tempo apresentada pelo meio televisivo, reitera-se que tal discurso ignorou a grande parcela das análises contrarias a tão gritantes alterações na legislação posta, configura-se assim uma busca de uma célere aplicação da justiça que acaba por atropelar assim o próprio processo e as garantias a ele postas.(LOPES JUNIOR.2018,p.92)

O pacote anticrime, traz o endurecimento das punições, alteração na prescrição, flexibilização da presunção de inocência e alterações no que tange ao conceito de organização criminosa, porem uma mudança muito mais arbitraria e totalmente aquém do conceito de dignidade da pessoa humana, está a proposição trazida pelo projeto de lei anticrime, da previsão legal dos chamados autos de resistência, a proposta amplia o conceito de legitima defesa, para policiais e agentes de segurança pública, inclui um o parágrafo único no artigo 25 do código penal, criando uma caracterização especifica para a legitima defesa dos agentes de segurança pública.

Sendo o Brasil um dos países em que as forças de segurança estão entre as que mais matam, e os processos que envolvem óbitos ligados a esse tipo de situação acabando em sua maioria arquivados, tal medida pode literalmente acabar criando uma situação de homicídio legal, sob os auspícios do estado, a grande contradição para tal é a constante alegação de que essas medidas partem da necessidade de se dar a sociedade uma resposta rígida para a criminalidade, essa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

apresentada em níveis alarmantes, e pela forma que a mídia apresenta, incontroláveis.(MENA.2015.)

3. O ATIVISMO JUDICIAL ENTRE UMA RESPOSTA A SOCIEDADE E OS ABUSOS DE DIREITO.

É inequívoco que na atualidade o fenômeno que lançou luz a criação do estado democrático de direito que foi a perspectiva dos três poderes, encontra- se atualmente muito flexibilizado, seja pelas demandas sociais, políticas, econômicas, ou mesmo pelas construções discursivas impostas pela mídia, de tal forma que o que era inicialmente político passou a ser judicia lizado, e o que era escopo jurídico esta inegavelmente politizado, as estruturas exigem não apenas celeridade, mas uma rapidez que a morosa proposição de leis pelo legislativo, não mais atende e nesse sentido uma nova realidade se apresenta. (DALLARI, 1995, p. 186)

Em um período em que a impunidade se tornou tema constante no meio jornalístico, que todos os dias mais e mais notícias bombásticas, sobre escândalos de corrupção, organizações criminosas e crimes dos mais variados tipos, não chegam ou vem a ser erradicados pela legislação punitiva vigente, acabam por surgir ou insurgir na figura de alguns políticos ou magistrados que na premissa de responder o anseio social, ou mesmo midiático, não só propõem novas legislações como tambem aplicam interpretações da lei que eventualmente perpassam o tolerável na busca de uma "justiça efetiva." (BARROSO, 2012, p. 14) como uma tendência cada vez mais popularizada, de aplacar esse distanciamento entre aquilo que é positivado e os anseios da sociedade, caricaturados pela mídia de forma corriqueira, em meados da década de 90, se difundiu a perspectiva do direito alternativo, buscava esse trazer um novo rol interpretativo nas decisões , distanciando-se do positivado, chegando a beber de fontes até como o marxismo, na busca de atender aos anseios dos grupos menos abastados e classes menos favorecidas.(CARVALHO,1992)

Tal perspectiva, surgiu como um mecanismo de resposta, a chamada crise do judiciário, apresentado a sociedade como, corrupto, burocrático, falho, lento, desprestigiado e como instrumento que está a serviço das classes mais abastadas, em detrimento aos menos favorecidos, assim em face ao direito estatal e a burocracia processualística, os adeptos do direito alternativo tomam para si a incumbência de em prol de uma efetivação da justiça como um mecanismo de reestabelecimento do status quo, ignorar e seguir na contramão de direcionamentos já positivados,(Arruda.JR 1992)

O grande perigo dessa perspectiva inicialmente bem quista, quando tange ao garantismo e eventual proteção pratica dos necessitados, é o alto grau de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

subjetividade e a possibilidade de tais interpretações, que acompanham sempre os anseios coletivos acabarem por rumar por direcionamentos obscuros, passando de instrumento protetivo, para um mecanismo opressivo, que ignora garantias e direitos fundamentais já positivados, em prol de atender demandas, muitas vezes tidas como arbitrarias, a exemplo, em um estado policialesco, ignorar garantias como instrumento de aplacar um sentimento de temor social.(GRAU.E.R.1992)

Outro fenômeno acompanhado ou que acompanha a nova representação construída midiaticamente , para e pelo judiciário, é a judicialização, fenômeno esse que tomou proporções e adentrou em esferas como a política e a vida privada, essa judicialização das discussões inerentemente políticas, adentra por vezes, nos espaços pertinentes, a executivo e legislativo e quando acaba por se estender para as relações sociais, por vezes acaba, fazendo oposição aos outros poderes, ao passo em que as demandas judiciais, se ampliam de forma descontrolada.(VIANNA.1999)

Nunca se popularizou tanto as decisões judiciais, os debates do STF e a aplicação do direito estiveram tão populares, principalmente no meio televisivo, acompanhar tais decisões e ponderar seus reflexos virou uma nova modalidade de entretenimento, logo diversas interpretações para o ativismo judicial, principalmente nos tribunais superiores, toma a cena, sejam os apoiadores, que destacam a virtude saneadora de desvios, e a busca por um direito que se aproxime das demandas sociais, aos críticos que alertam o desvio ou ampliação de finalidade, os abusos de poder e a deturpação da prerrogativa dos 3 poderes, pilar do estado democrático de direito.(CASTELO BRANCO.2013)

Temas polêmicos e de grande repercussão midiática, como discussões relativas, ao aborto, homofobia e até mesmo a liberdade de imprensa, no que tange por exemplo a privacidade dos próprios membros do STF, tornaram-se comuns e levantam questionamentos sobre até onde o ativismo se apresenta como uma salvaguarda dos valores constitucionais, e quando perpassa essa perspectiva e acaba por vilipendiar um papel que constitucionalmente foi direcionado a outra esfera, a exemplo, quando o STF em decisão, equiparou a Homofobia ao crime de racismo, não se discutindo a necessidade de tal ação, mas sim o fato de que por decisão da corte, criou-se um novo tipo penal, indo de encontro ao que versa a constituição artigo 22 I, no que concerne a competência de se legislar sobre direito penal, ao passo que a repercussão social para tal foi positiva, tendo em relação a esse tema, a mídia *como um catalizador da opinião pública.*(SOUZA.2010)

Recentemente um embate que se tornou corriqueiro foi o entrechoque entre a liberdade de imprensa e os detentores do poder judiciário, ao ponto que situações impensáveis como matérias jornalísticas sendo tiradas de circulação, veículos midiáticos sendo silenciados ou censurados, pelo fato de vincularem notícias sobre

ministros do STF, tais situações denotam o quão complexa é essa relação entre a mídia e os efeitos daquilo que é vinculado em face do estado e dos elementos que o compõem, a chamada CPI das fakenews e as diversas tentativas de se legislar em prol de limitar a atividade jornalística, ou regular o que a mídia pode ou não divulgar sobre políticos e ministros se tornou um fenômeno tão corriqueiro, quanto perigoso no Brasil, e a conivência e conveniência daqueles que deveriam ser os guardiões das garantias constitucionais, é algo potencialmente perigoso.(SARMENTO.2007)

Um outro extremo que denota o poder de influência do STF, no meio midiático é a capacidade deste, de introduzir no seio da sociedade, discussões excluídas da pauta política e acabar por protagonizar a criação ou reinterpretação do direito posto, as vistas de todos os setores da sociedade, inclusive aqueles que originalmente, tem condão para tal, em diversos casos como por exemplo; ADI 3510 que versa sobre a lei da biossegurança, a ADPF 54, o aborto de encéfalos e as ADI 4277 e ADPF 132, relativas a união homoafetiva, um especifico posicionamento da suprema corte de extremo impacto popular foi o julgamento do habeas corpus HC 126292, em 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal passou a admitir a chamada "execução provisória da sentença" tal decisão veio de encontro a constituição federal de 1988 e o art. 283 do código de processo penal ferindo indiscutivelmente a perspectiva da presunção de inocência.(GOMES.2016)

4.REPERCUSSÃO SOCIAL COMO PRESUNÇÃO DE CULPA.

O maniqueísmo é um conceito interpretativo em que existem apenas dois elementos a serem ponderados, o bem e o mau, nessa perspectiva, existe o lado ou indivíduo correto e bom, e o lado ou indivíduo inclinado para a maldade ou a vilania, simplesmente isso, não se pondera inclinações como motivação, atenuantes ou agravantes, existe apenas a vítima indefesa e o agressor, representado por vezes de forma animalesca, esse é o quadro pautado pelo meio midiático, na grande maioria da narrativas sobre fatos criminosos, por muitas vezes mesmo sem provas concretas, na anciã de apresentar para os consumidores de tais notícias, uma verdadeira teledramaturgia da vida real.(FAUSTO NETO. 1995)

A dignidade da pessoa humana, é inequivocamente o fundamento da republica do Brasil, apresentado desde o cap 1º,III, versa sobre a proteção física, moral, psíquica, inerente a todos os indivíduos, pelo mero fato de existirem, porem quando se cria uma narrativa, corriqueiramente o aspecto humano equalquer garantia que se direcione a pessoa daquele o qual se imputa o crime, é logo paulatinamente tratado como uma apologia ao crime "ou uma defesa de bandido", esse discurso perigoso que tomou o centro do meio midiático, retira a possibilidade de se enxergar elementos, que no julgamento midiático parecem irrelevantes mas no que tange as garantias constitucionais não pode ser ignorados(MORAIS 2008)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Caçadas humanas, conduções coercitivas, perseguições, ações em comunidades, a mídia coloca em cena um verdadeiro faroeste da vida real, construindo o discurso de herói e vilão, que algumas vezes é a favor outras representa negativamente até mesmo os agentes de segurança pública, descritos como corruptos e violentos, racistas e homicidas, e é nesse drama cotidiano que reside e sobrevive a imensa maioria da população, tal cotidiano violento abre espaço para a omissão ou conivência do estado com abusos e tentativas de "mostrar serviço" a população tentativas essas que ignoram completamente o indivíduo em detrimento ao fato crime.(SHECAIRA.2001)

Um outro aspecto da repercussão social como um fator negativo, se dá na exposição da imagem do indivíduo, que inocente ou culpado, tem sua imagem vinculada ao fato de forma irreparável, tendo em vista que o impacto midiático é irreversível, sendo que a penalização imposta pela publicização, é uma punição que não prescreve ou decai no decurso do tempo, levando a se considerar a figura jurídica do direito ao esquecimento, tendo em vista que a absolvição ou mesmo a condenação em faze ao posterior cumprimento da pena, não podem imputar ao indivíduo a alcunha ou imagem de criminoso, construída publicamente, tendo em vista que a função da aplicação de penas, como esta constitucionalmente proposto, não é a perpetuação da pena, mas a figura da ressocialização do apenado.

O direito ao esquecimento, já foi elencado em diversos embates jurídicos no Brasil, esse vincula-se ao direito a honra, dignidade e vida privada, sendo que está ligado tambem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

> "Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária" (MENDES,2007, P374)

Em um pais altamente preconceituoso como o Brasil, em que ainda se vê o regime prisional, como um instrumento em que se deve punir não como um instrumento de ressocializar, mas como um deposito humano para indivíduos que a sociedade já não mais os tem como aptos a conviver novamente, a alcunha de ex-presidiario, ex criminoso, é uma condenação amais, recentemente a 4º turma do STJ, julgou procedente a demanda contra a rede globo de um ex- policial que fora julgado e absolvido no caso da chacina da Candelária ocorrido em 1993, o programa linha direta apontara o homem como um dos assassinos, vinculando até mesmo sua fotografia a matéria(STJ.REsp 1.334.097)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ressalta-se é claro que o direito ao esquecimento não se contrapõe ao direito a memória, tendo em vista que esse, não apenas parte de uma garanti constitucional, art. 4º, II, da CF/88, no que tange a prerrogativa constitucional da dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos humanos, tal prerrogativa tornou-se política de estado com a criação da chamada comissão da verdade, que visava trazer a público, e elucidar os crimes ocorridos durante a ditadura militar no Brasil, assim foi regulamentada a Lei n.º 12.528/2011.

5. REFLEXÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL.

Tanto a declaração universal dos direitos humanos de 1948, a convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 assim como a constituição de 1988 desde seu preambulo, todas corroboram com a ideia de que a justiça deve ser acessível e igualitária, que os mecanismos de segurança e proteção devem ser efetivos e igualitários, infelizmente o distanciamento entre o texto e aquilo que efetivamente fora colocado em pratica, muitas vezes acaba por trazer um vislumbre dessa disposição, apenas como norma programática ainda distante de ser efetivamente posta em pratica, a justiça no seu vislumbre mais efetivo deve ser encarado como instrumento de ética social (KOLM 2000).

Um sistema jurídico efetivamente justo, precisa aplacar tanto os anseios coletivos quanto os individuais, a de se supor que limitações, entraves e obstáculos são inevitáveis, porem reivindicar direitos, obter a resolução efetiva de conflitos, sob os auspícios do estado, precisam ser mecanismos garantidos a todos, essa acessibilidade, é o que define uma sociedade igualitária ou socialmente justa, tendo em vista que a impossibilidade de se pleitear juridicamente a proteção de direitos é uma das mais abrasivas desigualdades(CAPPELLETTI,GARTH.1988 P.8)

É contundente a percepção de que nenhum outro esforço por parte do estado em prometer a igualdade apresentada no texto constitucional, de 1988 *"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;* poderia ser realmente efetivo sem que a Priore se disponibilize mecanismos de proteção e de arguição de direitos, por parte principalmente dos grupos mais vulneráveis.

Para a materialização de todos os direitos, sejam eles individuais ou supraindividuais, o acesso à justiça é requisito fundamental. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, qualquer óbice ao direito de acesso à justiça tem condições de provocar limitações ou mesmo de impossibilitar a efetivação dos demais direitos e, portanto, a concretização da cidadania, a realização da igualdade. (BOTELHO, SCHWARCZ, 2011. P. 331)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diversos são os obstáculos para o acesso a justiça, e dentre esses um dos mais visíveis, é o chamado obstáculo cultural, sendo impossível se reconhecer direitos ou mesmo a possibilidade de pleiteá-los, se informações sobre os mesmos, não atingem a maioria da população, nesse sentido se observa mais uma condição controversa do meio midiático no Brasil, tendo em vista que ao mesmo tempo em que muito se populariza discussões acerca da criminalidade ou fatos criminosos, pouco se discute ou se informa a cerca de garantias ou direitos de absoluto interesse coletivo(MAYHEW, 1975. P, 401)

Embora tendo sido apresentado pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Cf de 1934, o mecanismo da defensoria pública, veio a ser vislumbrado com maior ênfase, apenas após a constituição de 1988, como versa posteriormente a LC.80/1994, a qual versa sobre o entendimento que a defensoria pública, sendo essa serviço jurídico assistencial exclusivo por parte do estado, existindo diversas arguições jurisprudenciais que trazem esse entendimento como inclusive havendo manifestação do Supremo a esse respeito, conforme julgamento da ADI nº 4.163/SP, a qual trata do dever constitucional do estado de ter a defensoria pública como prioridade na assistência jurídica gratuita, sendo intoleráveis meios que a prejudique. (STF – Pleno – ADI nº 4.163/SP – Relator Min. Cezar Peluso, decisão: 29-02-2012)

Entre aquilo que é positivado pela legislação e interpretado pela jurisprudência, e a realidade que se apresenta de maneira cotidiana, existe uma falácia, que só aumenta, principalmente quando se analisa, a dinâmica do aparato punitivo do estado e os grupos mais vulneráveis, que vem a depender constantemente da defensoria pública, assim o serviço é precarizado, tendo em vista o trabalho em excesso e o grande número de demandas, que os defensores, em número muito reduzido, em detrimento a uma população pobre em sua imensa maioria, o resultado é um serviço de péssima qualidade prestado a essa população.(SILVA. 2014)

O grande risco da criação de um estado policialesco, que insistentemente a mídia cobra, através principalmente do meio televisivo, é quando se vislumbra a pequena gama de garantias, do acesso à justiça e principalmente de instrumentos que garantam a preservação de direitos, no que tange a uma defesa técnica ou uma assistência que possa ser realmente efetiva a trazer luz e elucidar fatos que comprovem a real situação de quem se imputa determinado fato criminoso, ressalta-se que segundo dados do CNJ em 2019 cerca de 41% dos presos, mais que um terço dos indivíduos em regime prisional no Brasil, sem condenação o brasil assim se aproxima em números e em proposições punitivas pouco garantistas com os EUA, que possui a segunda maior massa carcerária do mundo . (COUTINHO.2018 p.28)

6.CONCLUSÃO

Embora a temática da relação da mídia com a pratica legislativa, em especial a aplicação e elaboração das leis penais e da pratica punitiva estatal, estejam reiteradamente sendo discutidas, é absolutamente necessária a continuidade e ampliação dessa discussão, sendo com esse objetivo de alavancar ainda mais enfoques para essa discussão, que buscou-se através do presente trabalho, sobre uma pesquisa diversificada, analisar a relação entre a espetacularização dos fatos criminosos e seus efeitos no curso das ações e no andamento do processo penal.

Ante o espoxto, foi analisado, partindo de dados, produção legislativa e bibliográfica, o cenário social brasileiro no que tange a perspectiva do acesso e da aplicação da justiça, e como essa está a ser representada no meio midiático, os reflexos dessa representação na produção legislativa e as omissões inclusive por parte da própria mídia diante de diversos retrocessos corriqueira e repetidamente cometidos, no que tange a quebra de garantias, abusos de direito, como por exemplo o uso exacerbado e desmotivado da condução coercitiva, ou mesmo o fenômeno da colaboração premiada, dentre outras ferramentas utilizadas, segundo seus defensores , para dar a sociedade a resposta definitiva no que tange a criminalidade, a justificativa do sentimento social de justiça, foi largamente utilizada para esse endurecimento, das leis penais.

Também fora discutido, utilizando-se de uma análise de decisões e posicionamentos dos tribunais, tendo um enfoque maior nas decisões do STF, o chamado ativismo judicial, a aplicação do direito alternativo e as omissões e interpretações polemicas do direito posto, em face da repercussão ou do clamor da opinião pública em relação a tais temáticas, fora observado, as discussões que chegaram ao seio da sociedade partindo de proposições da própria corte constitucional, algumas dessas que segundo a própria constituição, deveriam hodiernamente partir do legislativo, tendo esse entrechoque de poderes sido visto por muitos operadores do direito como uma quebra do limite constitucionalmente imposto para os três poderes.

Novamente discutiu-se o papel da mídia, não só de divulgar, mas de explorar o fato crime, e partindo dessa exploração expor indivíduos e situações, por vezes de forma arbitraria descuidada e irreversivelmente prejudicial, ao ponto de que chega a ser uma segunda penalização, essa perpetua, tendo em vista que os efeitos da exposição midiática, são impossíveis de ser reparados por completo, foi observado que tais temáticas, tornaram-se uma verdadeiro espetáculo cotidiano, e mesmo processos em que o acusado vem a ser absolvido após todos os tramites processuais, toda a construção no entorno do fato, já o ligam irreversivelmente a pratica delitiva apresentada pelo meio midiático.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não obstante foi observado também um outro fator complexo no que tange a tênue relação entre a opinião pública construída relativa aos rumos que a legislação punitiva toma e a realidade apresentada no Brasil, ao passo que o meio midiático em especial o telejornalístico, cobra por um estado policialesco, e que mecanismos de encarceramento e enrijecimento das leis penais sejam postos em pratica sem que se discuta os seus impactos, como o chamado LAC, lei anticrime, a grande massa da população não possui um real acesso à justiça, e os mecanismos de defesa e proteção assim como garantias inerentes a representação e devido processo, estão totalmente debilitadas, para os menos favorecidos, aqueles que, serão sempre os mais afetados por tais mudanças.

Diante do exposto, conclui-se que inequivocamente é necessário uma maior atenção ao impacto que a mídia tem nas vidas de todos os envolvidos, na dinâmica dos fatos punitivos assim como também na construção e na aplicação do direito, na capacidade protetiva e garantista do estado assim como, na perigosa harmonização e simplificação dos abusos, que ocorrem as vistas, mas que por vezes são apresentados como mecanismos de solução para atender determinadas demandas, exacerbadamente exploradas no meio midiático muitas vezes tais mecanismos são celebrizados, a ponto de serem taxados como a única alternativa.

7.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANTONIL, André João. **Cultura e opulência do Brasil.** 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia/Edusp, 1982. (Coleção Reconquista do Brasil)

ARRUDA JR., E. L. **Direito alternativo**: notas sobre as condições de possibilidade. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 71. (Lições de Direito Alternativo, 1).

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial.** In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e democracia.* Salvador: Juspodivm, 2013.

BENEVIDES, M. V. **Violência, povo e polícia: violência urbana no noticiário de imprensa.** São Paulo: Brasiliense, 1983.

BERTOLINO, Marta. **Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*,** Milão, n. 3, p. 1070- 1119, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 2000.

BOTELHO, André e SCHWARCZ, Lili Moritz (orgs.) **Justiça e direitos: a construção da igualdade. In: Agenda Brasileira. temas de uma sociedade em mudança**, e. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.331,

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

BRASIL. Lei no 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 fev. 1967.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130 / DF. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 6 nov. 2009.

CALABRICH, Bruno. **Teste de integridade: aplicação, críticas e constitucionalidade**. Disponível em:http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/teste-de-integridadebruno-calabrich.pdf/view. Acesso em: 25/05/2020.

CAPEZ, Fernando e BONFIM, Edilson Mougenot. **Direito Penal, Parte geral.**

São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. São Paulo. 11. Ed. Editora Saraiva, 2006. p. 43.

CARVALHO, A. B. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 89.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CASARA, Rubens**. Estado pós-democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COUTINHO, Nelson J. M. **Prefácio à obra: Direito Penal e Autoritarismo de Ricardo Jacobsen Gloeckner**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 28.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. ***Delação premiada: posição contrária.*** In Jornal Carta Forense. Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-

contraria/13613>. Acesso em: 24/05/2020.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19. ed. 1995. Saraiva, São Paulo.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves**. Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 111.

FAUSTO NETO, Antonio, CASTRO, Paulo César, LUCAS, Ricardo Jorge de Lucena. **A construção discursiva da violência:** o caso do Rio de Janeiro. Revista Comunicação & Política, v. 1, n. 2, 1995, p. 109-140.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 116.

GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius; MOELLER, Uriel. **Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa.** Bol. Mex. Der. Comp., México , v. 49, n. 147, p. 13-33, dic. 2016 . Disponivel em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso . acessado em 29/05. 2020

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** Disponível

em: http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execução-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-i.....Acessado em 30 de maio de 2020.

GOMES, Luis Flávio. **Revista Jurídica,** n. 189, Porto Alegre: Síntese, jul. 1994

HESPANHA, António Manuel (org.). **Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, p. 187.

JORGE, Wiliam Wanderley. **Curso de Direito Penal, Parte geral.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça.** Tradução Jefferson Luiz Camargo, Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAGE, N. L. **O Ensino do Jornalismo no Século XXI.** In: Fórum dos Professores de Jornalismo. Campo Grande: abril de 2001. Disponível em: http://www.fnpj.org.br/antigo/noticias/palestra_lage.htm . Acesso em: 16/03. 2020.

MAYHEW, **"Institutions for Representation: Civil Justice and the Public". (Instituições da Representação Judicial: A justice Comum e o Público).** In: Law & Society Review, 1975, p. 401,

MENA, Fernanda. **Um modelo violento e ineficaz de polícia.** In: KUCINSKI, Bernardo. [et. al] Bala perdida. **A violência policial no Brasil e os desafios para a sua superação.** São Paulo: Boitempo, 2015.

REUTERS, RICARDO AMARAL DA. **Proibição da venda de armas é rejeitada por dois terços.** Uol últimas notícias. 23 mai.2010. Disponível em: http://noticias.uol.com.br/ultnot/referendo/ultimas/2005/10/23/ult3258u118.jhtm . Acesso em: 22 mai. 2020,17h00.

SARMENTO, Daniel Souza (Org**.). *A constitucionalização do direito:* fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e criminalidade. In:_____. **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva.** São Paulo: Método, 2001. p. 353-67.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

STF-32 Supremo Tribunal Federal, **ADI 4.163,** Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=264375. Acesso em: 26 /05/2020.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal, Parte geral.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.v. 1.

VAZ, Paulo e LISSOVSKY, Mauricio: **Notícias de crime e formação da opinião pública: O caso do referendo sobre o comércio de armas no Brasil.** LOGOS 27: Mídia e democracia. Ano 14, 2º semestre 2007.Disponivel em: http://www.logos.uerj.br/PDFS/27/07_PAULOVAZ_MAURICIO.pdf... Acesso em: 20/04/2020

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

HERANÇA DIGITAL NO BRASIL: APLICABILIDADE DO DIREITO SUCESSÓRIO QUANTO AOS BENS DIGITAIS

MARCELO DE SOUSA MACHADO: bacharelando em direito pelo centro universitário UNINOVAFAPI

RAIMUNDO RIBEIRO DE CARVALHO NETO

(coautor)[68]

MARILIA MARTINS SOARES ANDRADE

(Orientadora)

RESUMO: O Direito Brasileiro precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela herança digital, pois, além de ser um tema recente e pouco discutido, está presente em grande parte dos lares. A cada dia, o patrimônio digital adquire valor econômico e gera discussões sobre seu destino após o falecimento do indivíduo, quando este não tenha deixado expressa sua última vontade acerca de seus bens digitais. Assim, o presente estudo teve por objetivo, além do estudo da herança digital e suas consequências jurídicas, uma análise desta, no Brasil, e sua regulamentação legislativa através de investigações da legislação em vigor sobre o tema, pesquisa de projetos de lei e suas implicações, investigação de casos práticos e averiguação de sua anexação ao Direito Sucessório. Quanto ao método de abordagem, utilizou-se a pesquisa exploratória com estudos bibliográficos. Os resultados obtidos levaram à constatação que o atual ordenamento jurídico necessita de uma normalização jurídica, para não haver incertezas com relação ao destino desses artigos digitais. Dessa forma, concluiu-se que há urgência na elaboração de uma legislação específica, para resguardar o direito fundamental à herança, e, mesmo na ausência da lei, deve-se usar a interpretação extensiva, e, sobretudo, a sucessão testamentária como soluções aos casos concretos.

Palavras-chave: Herança Digital. Direito Digital. Bens Digitais. Direito Sucessório.

ABSTRACT: Brazilian law needs to adjust to the new realities generated by the digital heritage, because, in addition to being a recent and little discussed topic, it is present in most households. Every day, digital heritage acquires economic value and generates discussions about its destiny after the individual's death, when he has not expressed his last will about his digital assets. Thus, the present study aimed, in addition to the study of digital inheritance and its legal consequences, an analysis of this, in Brazil, and its legislative regulation through investigations of the legislation in force on the subject, research of bills and its implications, investigation of practical

68 bacharelando em direito pelo centro universitário UNINOVAFAPI

cases and investigation of its annexation to Succession Law. As for the approach method, exploratory research with bibliographic studies was used. The results obtained led to the observation that the current legal system needs a legal standardization, so that there is no uncertainty regarding the destination of these digital articles. Thus, it was concluded that there is urgency in the elaboration of specific legislation, to safeguard the fundamental right to inheritance, and, even in the absence of the law, extensive interpretation should be used, and, above all, testamentary succession as solutions to concrete cases.

Keywords: Digital Heritage. Digital Law. Digital Goods. Succession Law.

Sumário: Introdução. 1. Direito das sucessões. 1.1 Noções gerais do direito das sucessões. 1.2 Da abertura e modalidades de sucessão. 2. Herança digital. 2.1 Conceito de herança digital e de testamento digital. 2.2 Direito Digital e a digitalização da sociedade e os tipos de bens. 3. Legislação alienígena x Legislação brasileira. 3.1 Legislação alienígena e Legislação Brasileira. 3.2 Projetos de Lei no Brasil. 4. Casos concretos. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O crescente avanço do uso dos meios digitais, atualmente, vem fazendo com que muitas pessoas, especialmente as que trabalham neste ramo, obtenham um patrimônio financeiro razoável e, em muitos casos, esse retorno não se encerra após o seu falecimento. Nos últimos anos se observa o surgimento de casos no meio jurídico, especialmente no ramo civil, quanto à temática da herança digital. Conceitualmente podemos definir este termo, segundo Furtado (2019, p. 1), "como sendo o conjunto de interesses patrimoniais e existenciais afeitos a uma pessoa existentes em suas contas virtuais, em redes sociais e sites eletrônicos em geral".

O Código Civil pátrio, legislação que versa acerca da herança no tocante ao direito sucessório, dispõe que a herança é o conjunto de direitos e obrigações (patrimônio) transmitidos com a morte do indivíduo (BELTRAME, 2019).

Ocorre que, no cenário atual, não podemos mais restringir a transmissão da herança somente à transferência de patrimônio corpóreo, haja vista o crescente aumento de patrimônio digital deixado nos meios digitais, e, tendo em vista que o direito das sucessões estabelece que o patrimônio seja transmitido ao herdeiro (necessário ou testamentário), surgem alguns questionamentos a respeito da incorporação na herança de bens formados digitalmente.

Nesse viés, o presente estudo tem por tema a herança digital e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro, e, dessa forma, o objeto a ser explorado consiste no estudo da herança digital e suas consequências jurídicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O interesse por esse assunto surgiu quando, ao se buscar um objeto de pesquisa, percebeu-se que atualmente têm sido levados aos tribunais processos em que a família do falecido deseja obter acesso aos arquivos pessoais armazenados na rede, dentre eles os que possuem valor econômico. Ocorre que, na atual legislação brasileira, não há nenhuma norma que permita o acesso, ou que faça menção ao tema da herança digital, e, em tais circunstâncias, as decisões dos tribunais tendem a serem diferentes umas das outras.

É de conhecimento de todos que várias informações são transferidas via Internet, sejam por redes sociais, blogs, livros digitais, sites, músicas, filmes, fotos, textos, aplicativos, dentre outros, aos quais somente o usuário tem acesso, fazendo, assim, uso do seu direito constitucional à intimidade e à vida privada. Com a crescente relação digital entre as pessoas e ainda o retorno financeiro proveniente de contas eletrônicas vinculadas principalmente às redes sociais, o Judiciário começou a se deparar com ações judiciais voltadas a essa temática.

A hipótese levantada para o estudo respaldou-se no fato de que, por vivermos em uma sociedade conectada e cibernética, cuja realidade ainda não está devidamente regulamentada, o Direito não consegue acompanhar as inovações que ocorrem com a mesma rapidez. Dessa forma, para responder ao problema deste estudo, far-se-á necessário elaborar uma abordagem a respeito da herança tradicional e dos novos "patrimônios" apresentados pela era da internet.

Cabe ressaltar que são recentes as discussões no ordenamento jurídico brasileiro sobre o direito digital, e, com isso, muitas situações não possuem normas regulamentadoras. Isso se dá pelo fato de que, somente nos últimos anos, a internet veio a se tornar mais acessível a toda população brasileira. A partir dessa popularização, surgiram os bens digitais, destacando-se dentre eles os de valor econômico, posto que, por possuírem esse valor, deveriam compor a herança. Em resumo, se possui valor patrimonial, portanto, cabe sucessão.

Diante desse atual cenário, o presente estudo tem por objetivo geral analisar e discorrer sobre a herança digital no Brasil e sua regulamentação no ordenamento jurídico. Para se alcançar o objetivo proposto, pretende-se efetuar investigações da legislação em vigor sobre o tema, investigação de casos práticos, pesquisas sobre projetos legislativos e suas implicações, além do exame de sua anexação ao Direito das Sucessões quanto de sua transmissão post mortem.

Fazendo alusão ao mundo tecnológico, a cada momento surgem situações inusitadas ligadas ao ambiente digital, e, à vista disso, é notória a importância da realização do presente estudo, visto que tal tema caracteriza-se como um novo marco no Direito das Sucessões e engloba vários outros ramos do ordenamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

jurídico brasileiro, dentre os quais se destacam o Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Digital e as normas processualísticas pertinentes, podendo-se concluir que o assunto "herança digital" é bem relevante e importante para a comunidade jurídica.

Também vale ressaltar que, por ser um tema pouco pesquisado na academia, torna-se gradativamente necessário que as novas tecnologias de informação sejam estudadas e discutidas com o intuito de que os regramentos do direito acompanhem da melhor maneira possível a evolução do avanço tecnológico.

Para o desenvolvimento dessa análise, a vertente metodológica adotada será a da pesquisa exploratória, pois o Direito possui laços com a sociedade, modificando-se conforme a sociedade também se modifica, e, consequentemente, como o tema abordado lida com uma novidade no Direito, é indispensável a utilização dessa vertente, com o intuito de que se adeque o método ao objeto estudado. Além disso, deve-se questionar a ausência de norma em relação aos bens digitais suscetíveis de herança, propondo-se, por decorrência, uma modificação legislativa concreta para uma adequação à nova realidade em que está inserida.

Quanto ao procedimento, com o propósito de melhor explicar o acima disposto, a pesquisa se pautará na revisão bibliográfica do tipo narrativa, pois algumas das principais fontes do Direito são a doutrina e as normas legais, sendo natural optar por estes procedimentos numa pesquisa nessa área. Dessa forma, proceder-se-á o levantamento bibliográfico em livros de doutrina, jurisprudências, legislações, artigos em revistas científicas e publicados na Internet, projetos de lei e suas implicações, legislações de outros países sobre o tema, além de casos concretos, bem como efetuar apreciações dos pressupostos que perpassem a matéria.

Com esse propósito, o presente estudo será dividido em quatro capítulos, sendo que o primeiro capítulo estudará normas e doutrinas, alicerces do Direito Sucessório brasileiro. Em um segundo momento, tratar-se-á da questão específica da herança digital no Brasil. No terceiro tópico será apresentado um comparativo com outros países, da atual legislação, além da exposição dos atuais projetos legislativos que buscam normatizar a respeito da sucessão de bens digitais e, por fim, no quarto capítulo, serão vistos casos concretos de temas ocorridos no Brasil e no mundo, com destaque para os problemas advindos dessas ocorrências.

1 DIREITO DAS SUCESSÕES

O tema central desta pesquisa pauta-se na aplicabilidade dos bens digitais em face do direito sucessório. Nessa perspectiva, de forma inicial para o estudo a ser construído, faz-se necessário uma breve delimitação de conceitos e normas gerais pertinentes ao direito das sucessões que se farão objeto do presente capítulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1.1 Noções gerais do direito das sucessões

A existência jurídica da pessoa natural termina com a morte, conforme disposto no artigo 6° do Código Civil Brasileiro, podendo a morte ser real ou presumida. Ao se constatar o falecimento, é determinada a extinção da personalidade jurídica do ser humano pelo sistema legal pátrio e o falecido deixa de ser destinatário de normas jurídicas, não podendo mais ser considerado sujeito de direito e obrigações. Porém as situações jurídicas ativas e passivas consideradas transmissíveis não são extintas com o falecimento do titular (BRASIL, 2002).

Podemos entender, então, que o patrimônio está devidamente ligado ao direto sucessório, haja vista que o herdeiro irá receber a título de espólio todo patrimônio acumulado e deixado pelo "*de cujus*" antes de seu falecimento a título de herança.

É possível compreender que a função social do direito sucessório está ligada à legitimação do exercício da propriedade que, no entender de Farias e Rosenvald (2015, p.20), "permitirá a conservação das unidades econômicas, em prol da proteção de seu núcleo familiar como fenômeno da diretriz da sociabilidade", sendo este um dos princípios basilares do Código Civil.

Dispõe o artigo 1.784 do código civil brasileiro que: aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Dessa forma, compreende-se que a abertura e transmissão da herança ocorrem basicamente no mesmo momento, sendo essa transmissão automática com base em norma legal. Entretanto se faz necessária a aceitação da herança pelos herdeiros, sendo que essa aceitação pode se dar de forma expressa, por meio de declaração escrita, tácita, onde são praticados atos privativos de herdeiros e presumida, mediante pedido judicial de interessado (BRASIL, 2002).

A constituição federal, em seu artigo 5°, XXX assegura o direito de herança:

> 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:
>
> [...] XXX - é garantido o direito de herança (BRASIL, 1988).

O direito de herança, além de estar garantido na constituição, está regulamentado também no código civil. Também chamada de espólio ou monte, a herança é classificada como o conjunto de direitos e obrigações que são transmitidos em razão da morte de um indivíduo (COSTA FILHO, 2016).

Diniz (2012, p.77) define como sendo "o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cujus*".

Segundo Costa Filho (2016), pelo princípio da Saisine, os bens deixados pelo *de cujus* são transmitidos imediatamente aos seus herdeiros, independentemente de aceite, posto que o próprio falecido transmitiu ao sucessor sua posse e domínio.

Além disso, o código civil determina que a lei que regula a legitimação para suceder é aquela vigente ao tempo da abertura da sucessão, conforme o previsto no art. 1.787. ao proferir: "regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela'' (BRASIL, 2002).

1.2 Da abertura e modalidades de sucessão

Segundo o Código Civil, em seu Art. 1.784, "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (BRASIL, 2002). Dessa forma, é possível perceber a grande relevância da definição precisa do tempo da morte, para que haja uma correta destinação aos herdeiros do *de cujus*.

Como já mencionado, pelo princípio de Saisine, logo após a morte do *de cujus,* ocorre a transmissão de seus bens aos herdeiros legítimos e testamentários, com o intuito de impedir que o patrimônio fique sem um titular, enquanto ocorre a transferência definitiva dos bens (GONÇALVES, 2016).

A sucessão se inicia a partir da morte, sendo ela real ou presumida. A sucessão real se dá quando há corpo ou restos dele, e a presumida quando não há um corpo, para ser comprovada materialmente a morte do *de cujus*, podendo ocorrer de duas maneiras. A primeira com decretação de ausência que ocorre quando o indivíduo desaparece sem que houvesse presunção que o mesmo faleceu, ou seja, desaparecendo sem deixar vestígios e sem declaração de ausência, que ocorre quando for extremamente provável a morte do indivíduo que se encontrava em perigo de vida, e a segunda se estiver desaparecido ou feito prisioneiro e não tiver sido encontrado em até 2 anos após o final da guerra (GONÇALVES, 2016).

Há duas modalidades de sucessão: a legítima e a testamentária. A primeira é decorrente da lei e a segunda, deve ser expressa pelo falecido como disposição de última vontade em testamento. Conforme expresso no Código Civil:

> Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, 2002).

A sucessão legítima decorre da ausência de testamento e, nesse caso, a herança do falecido é direcionada aos herdeiros necessários e facultativos, que são chamados a suceder na forma da lei (GONÇALVES, 2016). É o que retrata o art. 1.788: "Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo" (BRASIL, 2002).

Segundo o código, tem-se a seguinte ordem de vocação hereditária:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> II - Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> III - Ao cônjuge sobrevivente;
>
> IV - Aos colaterais.
>
> Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, 2002).

A Sucessão Testamentária é aquela em que o falecido exprime sua última vontade, feita por meio de testamento, que é um ato no qual um indivíduo dispõe de seus bens em partes ou em sua totalidade, podendo ser alterado a qualquer tempo. Para ter validade, é necessária a presença de alguns elementos intrínsecos que são: a capacidade do testador, espontaneidade da declaração, objeto, limites e, por fim, os elementos extrínsecos: as espécies e os requisitos (GONÇALVES, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sua aplicação também ocorre quando há ausência de herdeiros necessários. Nesse caso, o testador poderá dispor de todos os seus bens, ou em casos de deserdação ou exclusão da sucessão por indignidade. Desse modo, dispõe o Código Civil no art. 1.857, "Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte", e no art. 1.858, "O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo" (BRASIL, 2002).

2 HERANÇA DIGITAL

Com o avanço da tecnologia, a sociedade acaba por gerar um grande acervo de ativos e valores digitais. Com isso, surgiu a denominada herança digital com base no direito digital. Com a digitalização da sociedade, escutar música a partir de um CD, por exemplo, é coisa do século passado, visto que, hoje, muitos dos arquivos estão armazenados no mundo virtual, os quais estão divididos em duas classes: a de bens com e sem valor econômico.

2.1 Conceito de herança digital e de testamento digital

Como exposto no capítulo anterior, a herança é o conjunto de direitos e obrigações transmitidos em razão da morte de uma pessoa. Em decorrência do princípio da Saisine, estes bens deixados pelo "de cujus" são transmitidos de forma imediata aos seus sucessores, constatando-se, então, que estes bens não passam um instante sequer sem proprietário.

Para Diniz (2012, p. 382):

> Os bens do espólio ou herança formam um todo ideal, uma universalidade, mesmo que não constem de objetos materiais, contendo apenas direitos e obrigações (coisas incorpóreas). Assim sendo, a herança, objeto da sucessão causa mortis, é o patrimônio do falecido, ou seja, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários.

Segundo Gonçalves (2016, p. 287), patrimônio é definido como "os bens corpóreos e os incorpóreos que integram o patrimônio da pessoa. Em sentido amplo, o conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes a um titular, constitui o seu patrimônio".

Percebe-se notoriamente que não há nada que impeça a inclusão de alguns arquivos digitais ao patrimônio, caso possuam valor econômico. Além das senhas, tudo que possa ser guardado em um espaço virtual e processado em dispositivos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

eletrônicos, como fotos, músicas, games, filmes, moedas virtuais, livros, contas, etc. podem fazer parte desse patrimônio.

Na prática, os bens digitais, no direito de propriedade, são bens deixados pelo *de cujus* e serão transmitidos de forma imediata aos seus sucessores, demonstrando, assim, que os mesmos não passariam um instante sequer sem proprietário, levando, dessa forma, que o inventário ou busca por esses bens necessite de um conhecimento técnico na área de informática. Necessita, ainda, de uma legislação específica que se adeque ao cenário atual e ao futuro, que regulamente a atuação das empresas que dispõem destes bens digitais, de forma que estas não impeçam o acesso dos seus sucessores ao patrimônio virtual deixado pelo *de cujus* (GONÇALVES, 2016).

No testamento digital estão aglomerados todos os bens que o *de cujus* adquiriu em vida no meio virtual, como páginas em redes sociais, arquivos pessoais como fotos, vídeos, gravações armazenadas em nuvem, dentre outros arquivos digitais, adquiridos no âmbito virtual. O termo 'testamento digital' ainda não é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto já é uma realidade que está cada vez mais presente no mundo atual. Algumas empresas dispõem de uma espécie de testamento quanto aos arquivos digitais deixados (ALMEIDA, 2019).

O *Instagram* e o *Facebook* apresentam duas possibilidades no caso de falecimento do titular da conta: remoção do perfil ou transformá-lo em um memorial. Já o *Twitter* disponibiliza apenas a opção de desativação da conta. A *Microsoft* permite que o representante legal ou parente do usuário, mediante a apresentação de documentos, tenha acesso ao conteúdo armazenado nas contas de e-mail (*Hotmail, Outlook* e *Live*) de usuários falecidos ou incapacitados. O *Google* permite previamente ao usuário decidir o que fazer com fotos, e-mails e os outros arquivos armazenados, e se acontecer de o acesso ser interrompido, tal mecanismo é denominado Testamento Virtual. Contudo, há algumas empresas que se recusam a fornecer acesso aos dados digitais de usuários falecidos, como a *Amazon* e a *Apple* (ALMEIDA, 2019).

2.2 Direito Digital e a digitalização da sociedade e os tipos de bens

A Internet, atualmente, vem apresentando um desenvolvimento bastante acelerado dos meios virtuais e as novas tecnologias estão invadindo todas as áreas do conhecimento humano. Desde então, ocorreram mudanças significativas nas formas como os indivíduos interagem com o meio digital e uma dessas modificações se deu no modo como as pessoas passaram a armazenar suas informações, músicas, vídeos, documentos e etc. (COSTA FILHO, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, o armazenamento de dados no meio digital se tornou uma prática cotidiana na vida dos usuários e os acessos a essas informações, sejam estas mensagens, livros, redes sociais, músicas, fotos, vídeos, blogs e outros, em regra, são realizados por meio de login e senhas exclusivas dos seus usuários. Desse modo, milhões de usuários utilizam as mais variadas formas de armazenamento de dados nos meios digitais, construindo, desta forma, um verdadeiro patrimônio digital (PINHEIRO, 2016).

Considerando a enorme dimensão de bens armazenados no meio digital por uma sociedade completamente conectada, surgem incertezas dentro do campo do Direito, especialmente com relação à destinação dos bens armazenados virtualmente em caso de morte do proprietário, como por exemplo: qual o destino desses bens; se esses bens incorporariam o objeto da herança do falecido; se os herdeiros do proprietário possuem direito de sucessão sobre esses bens.

Diante deste cenário, os doutrinadores e juristas brasileiros divergem acerca do destino destes bens digitais. Alguns concordam que a melhor forma de se resolver essa situação seria por meio de um registro do próprio proprietário, ou seja, a melhor solução seria a manifestação de última vontade por meio de testamento. Já no caso de não se existir um testamento, alguns juristas defendem a inclusão deste patrimônio digital no rol do patrimônio determinado no artigo. 1.788 do Código Civil (PEREIRA, 2018).

Com a digitalização das relações humanas, houve uma migração das pessoas do meio físico para o meio digital. Podem-se notar vários exemplos dessa mudança: antes as pessoas utilizavam CD, agora o *Spotify*, antes a locadora e agora a *Netflix*, do táxi para o *Uber*, das enciclopédias para o Google; das mensagens e ligações para o *WhatsApp*, do mapa ao GPS ou *Waze*, da TV para o *YouTube*, e das agências bancárias para o app. A partir dessas mudanças, passamos a produzir um conteúdo digital e, dessa forma, todas essas ações acabam sendo armazenadas em nuvem, tornando-se um enorme acervo virtual (RIBEIRO, 2019).

Sob esse aspecto, a pandemia do novo Coronavírus, surgida na Província de Wuhan na China, e que desde então se propagou por todo o planeta, ao propugnar por um distanciamento social como uma medida de evitar o contágio, trouxe consigo, em ampla escala, uma mudança no exercício de alguns serviços. As reuniões passaram a ser feitas por videoconferência, as aulas, via remota, e um aumento exponencial do teletrabalho e da telemedicina. Apesar dos inúmeros malefícios da covid-19, ela acabou contribuindo para acelerar um processo que levaria anos, mas que já estava em curso: a digitalização da sociedade, passando a interagir quase que totalmente pelo mundo virtual. Tal processo foi adiantado em cerca dez anos (ROSATI, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A digitalização da sociedade traz muitos benefícios, além de ser facilitadora da vida da população, visto que, hoje em dia, o pagamento das contas pode ser realizado através de aplicativos, o que acaba poupando muito tempo. A recente novidade de 2020 foi o Pix, um sistema que permite transferências e pagamento de forma imediata em tempo integral (MARTELLO, 2020).

Não se esquecendo de mencionar o *e-comerce*, que representa grande parte dessa digitalização, pois com ele os comerciantes passaram a ter um alcance maior, tendo em vista que na internet praticamente não há barreiras geográficas para os negócios, além do custo que é reduzido para se operar nesse ambiente, e isso acaba refletindo na diminuição das despesas. Outra vantagem é que as empresas podem comercializar seus produtos e serviços em tempo integral, sem enfrentar as questões de limitação de horário. Além do que possibilita a diminuição da cadeia distributiva dos bens, pois os fabricantes e prestadores de serviços conseguem vender diretamente aos consumidores os seus produtos ou serviços. Infere-se, então, que o e-comerce contribui e muito para a digitalização da sociedade (TEIXEIRA, 2015).

Quando a sociedade muda, o direito deve acompanhar essa evolução. Ainda que o ordenamento jurídico não consiga andar junto com as mudanças sociais, ele deve, ao menos, tentar evoluir e não se tornar tão obsoleto. Na atual realidade, qualquer acontecimento tem, ainda que minimamente, relação com a internet, nem que seja a sua posterior divulgação pelos meios eletrônicos. As relações atuais e a manifestação de vontade que as legitima já se tornaram eletrônicas e estão armazenadas na rede mundial de computadores. As pessoas estão sempre conectadas e, consequentemente, utilizam o computador para resolver seus problemas do dia a dia.

Quanto aos bens de valoração econômica, o acervo digital deixado pelo *de cujus* deverá fazer parte da lista dos bens que serão repartidos, devendo ser extraído o valor econômico destes, pois, atualmente, muitos dos bens digitais possuem um valor econômico (COSTA FILHO, 2016).

Um bom exemplo disso está expresso na seguinte situação: o falecimento de um importante empresário que realizava, há anos, viagens semanalmente pelo mundo afora, acumulando milhares de milhas aéreas, as quais provavelmente não foram usadas até o fim da sua vida. Esse ativo possui valor econômico, que pode ser comercializado, utilizado para emissão de passagens ou até mesmo compra de bens, e seria um completo absurdo não permitir sua transmissibilidade aos herdeiros (ZAMPIER, 2017).

Segundo Costa Filho (2016, p. 32):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O potencial econômico do acervo digital é inegável. Em pesquisa realizada a pedido da empresa de segurança informática McAfee, a MSI Internacional entrevistou 323 consumidores brasileiros sobre o valor financeiro que atribuem aos seus ativos digitais. Foram avaliados downloads de música, memórias pessoais (como fotografias), comunicações pessoais (e-mails ou anotações), registros pessoais (saúde, finanças e seguros), informações de carreira (currículos, carteiras, cartas de apresentação, contatos de e- mail), passatempos e projetos de criação.

Há dificuldade em identificar se um bem possui ou não valoração econômica, pois o que hoje não tem valor, no futuro pode ter um valor incalculável. São os arquivos que se tornam raros e que passam a possuir muito valor, não necessariamente pelo objeto em si, mas pela história que ele carrega, como uma música, uma foto, livros digitais e até jogos.

Em relação aos bens que não são suscetíveis de valoração econômica por serem personalíssimos, estes, na maioria dos casos, não irão compor a herança. Porém, muitos familiares dos falecidos entram com ações para terem acesso aos bens digitais deixados, ou ainda a exclusão desses bens deixados, por serem lembranças dolorosas de reviver (COSTA FILHO, 2016).

Diante disso, um perfil numa rede social, por exemplo, mantém de certa forma o *de cujus* ainda presente, o que pode ocasionar um desconforto entre os familiares do falecido. Por outro lado, há muitas ações movidas pelos herdeiros dos usuários para que se tenha acesso aos arquivos e informações deixados pelo *de cujus*, por possuírem grande valor sentimental para eles, como por exemplo: e-mails, fotografias, vídeos, dentre outros. Concomitante a isso, existe outro aspecto que se deve levar em consideração: a privacidade do *de cujus*, pois a transmissão dos tais bens esbarra no direito de privacidade e personalidade do falecido (ALMEIDA, 2019).

Um usuário morto de uma rede social como *Instagram, Facebook* ou *Twitter,* por exemplo, não necessariamente iria desejar que suas postagens ou mensagens fossem expostas para sua família, pois poderia querer manter sua privacidade, já que algumas dessas redes são pessoais e suas informações devem ser acessadas apenas pelo usuário.

Para Diniz (2012, p.150):

> A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. Por isso a tratamos de modo diverso, apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da

> existência humana — como recolhimento na própria residência sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica etc. — e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor etc.

Os bens digitais podem ou não possuir valoração econômica. Alguns são personalíssimos, possuidores apenas de valor sentimental, outros vinculados rigorosamente a questões econômicas, e outros ainda com caráter misto, ou seja, incluindo aspectos personalíssimos, porém com conteúdo econômico (ALMEIDA, 2019).

Diante disso, o ideal seria haver um registro da última vontade do usuário em relação aos seus arquivos digitais, como, por exemplo, um testamento, pois através dele estaria expressa a última vontade do falecido, com relação aos seus bens digitais, devendo, assim, ser respeitada, pois nesse caso o que vale é a manifestação da vontade do *de cujus*. Mesmo os que não possuam valor econômico devem ser incluídos no registro da última vontade, pois a privacidade, além de ser algo muito importante, deve ser mantida, fato que tem plena garantia na Constituição.

3 LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA X LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os bens armazenados de forma digital possuem valor emocional e econômico, e, no mundo, a regulamentação destes bens já vem sendo regulada. No Brasil, tendo em vista a ausência de legislação que regula diretamente a sucessão de bens digitais, torna-se importante o planejamento minucioso por parte dos usuários do meio digital sobre o destino destes bens após a sua morte. Atualmente, muitos desses bens estão armazenados no mundo virtual, os quais estão divididos em duas classes: os de bens com e sem valor econômico.

3.1 Legislação alienígena e Legislação Brasileira

No Brasil, como já mencionado, o tema da herança digital não é muito discutido no âmbito jurídico. No entanto, é de suma importância sua regulamentação, pois a cada dia surgem mais inovações, e com elas vários questionamentos acerca desse assunto.

Em todo o mundo, essa temática já está sendo tratada em seus ordenamentos jurídicos. Países com notório destaque no campo tecnológico, como os EUA, Bulgária e Estônia, já possuem legislação ou tratam dessa questão de alguma forma, pois suas populações creem que seus arquivos digitais são como bens valiosos e, a partir disso,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

devem ser tratados como tal. Com isso, dissolvem qualquer divergência acerca da destinação de seus bens digitais (ALMEIDA, 2019).

Nos Estados Unidos, cada estado possui uma legislação própria, e alguns deles conseguiram evoluir na regulamentação desse tipo de sucessão, como o estado de Connecticut, Rhode Island, Indiana, Oklahoma e Delaware por exemplo. Segundo Lara (2016, p. 28-32):

> 2.4.1. Primeira geração
>
> [...] 2.4.1.2. Estado de Connecticut
>
> Connecticut foi um dos primeiros Estados Norte-Americanos a abordar os direitos dos herdeiros aos ativos digitais.
>
> Em 2005, o legislador permitiu que se tivesse acesso ao conteúdo do correio eletrônico ou conta do falecido, mas com a apresentação da certidão de óbito e uma cópia autenticada do certificado de nomeação como procurador ou administrador, ou ainda por ordem judicial.
>
> 2.4.1.3. Estado de Rhode Island
>
> Em 2007, o Estado de Rhode Island aprovou o acesso às contas do correio eletrônico aos descendentes do falecido. Uma lei exigiu que as prestadoras de serviço do correio eletrônico fornecessem ao procurador e administrador o acesso às contas ou cópia de conteúdo da conta do correio eletrônico do falecido, mediante exibição da certidão de óbito e certidão de nomeação de procurador ou administrador, ou por ordem judicial.
>
> 2.4.2. Segunda geração
>
> [...] 2.4.2.1. Estado de Indiana
>
> Em 2007 foi adicionado no código Estadual de Indiana o dispositivo legal que exigia que fossem mantidos os registros armazenados eletronicamente de uma pessoa falecida, residente naquele Estado Norte-Americano.
>
> A empresa detentora dos registros eletrônicos do falecido, após ser notificada da morte do usuário, não poderá destruí-los por dois anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Para liberar tais registros é necessário que o representante do falecido apresente cópia do testamento e certidão de óbito, ou por ordem judicial, porém a empresa não precisa liberar os registros que nem a pessoa falecida teria direito de acessar normalmente.
>
> 2.4.3. Terceira geração
>
> [...] 2.4.3.1. Estado de Oklahoma
>
> Em 2010, o Estado do Oklahoma aprovou uma legislação com um amplo alcance, permitindo a possibilidade de procuradores e administradores encerrarem qualquer conta de uma pessoa falecida em qualquer site de rede social, microblog, site de mensagens curtas de serviço ou de quaisquer sites de serviços de e-mail.
>
> [...] 2.4.3.7. Estado de Delaware
>
> No Estado Norte-americano de Delaware está definido em lei que os bens digitais deixados pelas pessoas que morrem poderão ser passados para seus herdeiros, inclusive o acesso à conta do Facebook. Isso já vem criando polêmica com aquela rede social, pois o Facebook deixa claro em seu termo de uso que a transferência de propriedade não é permitida.

Na Europa, a tutela dos dados pessoais atualmente é gerenciada por dois regramentos principais. O primeiro deles é o regulamento 2016/679, o qual indica que não se aplica proteção aos dados pessoais de pessoas falecidas. O segundo é a diretiva 2016/680, que trata da proteção de dados pessoais pelas autoridades competentes. A Bulgária, por exemplo, em sua lei de proteção de dados pessoais de 2011, garante direitos relativos à proteção dos dados pessoais, inclusive ao acesso a eles. Já a lei da Estônia trata dos dados pessoais de pessoas falecidas como direito autoral e, com isso, a tutela desses dados fica a cargo da família e, após trinta anos da morte, são direcionadas ao domínio público. Poucos países europeus tratam da tutela dos dados pessoais de pessoas mortas, seja de forma preventiva ou resolutiva (ALMEIDA, 2019).

Deve-se destacar a importância e relevância desse assunto, pois toda pessoa merece toda e qualquer proteção ao seu patrimônio. Hoje o mundo está globalizado, e a grande maioria da população tem acesso e faz uso do ambiente virtual, seja de que forma for, e como consequência disso acaba por gerar uma herança digital. Porém, como herança está relacionada à morte, a maioria das pessoas não gosta de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tocar nesse assunto e acabam cometendo um equívoco, pois é urgente discutir o futuro do Direito Sucessório, visto que todos um dia irão morrer.

Como visto anteriormente, a atual legislação brasileira ainda é omissa quanto ao avanço da era digital. O Código Civil nada menciona a respeito dos bens armazenados no meio digital e não prevê, em seus artigos, regulamentos sobre a herança digital, o que poderá trazer diversas demandas ao judiciário, tendo em vista que a maioria das empresas que comandam os grandes sites na internet dispõe de suas próprias regras e muitas vezes não respeitam a soberania dos países. São essas as principais leis que tratam do uso da internet no Brasil:

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) afetou a todos que utilizam a internet, criando um cenário de segurança jurídica, através da padronização das normas e de práticas, promovendo assim uma proteção igualitária a todos que vivem no Brasil e até fora dele. Apesar de ser uma legislação bem recente, a LGPD passou por algumas atualizações importantes a partir da Medida Provisória n. 869, de dezembro de 2018, que foi motivada basicamente com o intuito de criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), garantindo a eficácia e aplicação prática das diretrizes advindas da regulação de proteção de dados no Brasil. Esse instituto pretende alcançar o mesmo nível de adequação do Regulamento GDPR (PINHEIRO, 2020).

A LGPD estabelece, ainda, que o consentimento do cidadão é imprescindível para o tratamento de arquivos pessoais, porém apresenta algumas exceções, como a de cumprir uma obrigação legal. A lei traz ainda várias garantias ao cidadão, como: solicitação para deletar dados, revogar um consentimento, fazer transferência de dados a outro fornecedor de serviços, dentre outras. Sem deixar de mencionar que, quem gerir uma base de dados pessoais, deverá elaborar medidas preventivas de segurança, lavrar normas de governança e, ainda, reproduzir boas práticas e certificações presentes no mercado (PINHEIRO, 2020).

No atual enredo legislativo brasileiro, infelizmente não se conseguiu antever a indispensabilidade de uma inovação legislativa, sobretudo na esfera penal, o que aconteceu somente após um fato marcante para então introduzir pertinentes dispositivos legais como: a Lei dos Crimes Hediondos, decorrente do sequestro de Abílio Diniz; a Lei Maria da Penha, denominação oriunda da vítima que por duas vezes sofreu tentativa de homicídio do marido e acabou paraplégica; entre tantas outras. A mesma coisa ocorreu com a Lei 12.737/2012, intitulada com o nome da atriz Carolina Dieckmann que teve sua intimidade exposta com a divulgação de fotos íntimas em seu computador. Tal fato acabou acelerando o processo legislativo, que clamava por uma legislação a respeito dos cibercrimes (SILVA, 2017). *In verbis*:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:
>
> Pena - detenção, de 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 [...] (BRASIL, 1940).

Apesar de um grande avanço na luta contra o cibercrime, a lei foi extremamente enxuta, com o acréscimo de apenas dois artigos ao Código Penal e alteração de outros dois, não alcançando, com isso, todas as espécies de cibercrimes próprios e impróprios que deveria. A adequação típica de eventual conduta à norma é pouco eficaz, já que os tipos penais se valeram de conceitos imprecisos. Além do que a sanção prevista é extremamente branda, não cumprindo o anseio de reprimir e prevenir espécies delitivas, ainda por cima apresentando grave desproporção com delitos tradicionais (SILVA; BARRETO; KUFA, 2020).

Diante disso, o ideal seria haver um acréscimo ou alteração de mais alguns artigos, pois, a partir daí, não haveria brechas na lei, e com isso ela faria seu papel preventivo e punitivo acerca dos crimes digitais.

E por fim, o Marco Civil da internet que no atual cenário legislativo digital no Brasil ainda é pouco significativo, porém existem algumas leis relacionadas ao direito digital. Uma delas é o Marco Civil da Internet, denominação comumente dada à lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que visa à definição de princípios, de garantias, de direitos e deveres ao uso da internet no Brasil (TEIXEIRA, 2015). Quanto aos dados pessoais digitais, a lei 12.965/2014 dispõe sobre apenas em seu art. 10:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.
>
> § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput**,** de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.
>
> § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º [...] (BRASIL, 2014).

Lima (2016, p. 420) dispõe que:

> Por menos representativa que uma pessoa seja em certa comunidade, o rastro digital deixado se constitui em parte da história de sua família. Quão magnífico não será um bisneto poder acompanhar a opinião de seu bisavô, quando em sua idade, e vivendo momentos históricos completamente diferentes? São palavras que unem gerações.

Vale ressaltar que a lei Marco Civil da Internet não impossibilita a regulação da Herança Digital. Em outras palavras, ela auxilia no tocante à proteção aos dados, pois delimita regras em geral, e a partir delas a Internet deixa de ser uma 'terra sem leis', ocasionando que a sucessão dos bens digitais se torne uma realidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Porém, fez falta algo relacionado diretamente os bens digitais, pois ficou um 'vazio' quanto à temática (TEIXEIRA, 2015).

Um dos principais problemas não resolvidos com a lei n°12.965/2014 diz respeito à herança digital, pois há uma lacuna na legislação sobre a destinação dos bens incorpóreos, por eles estarem presentes exclusivamente no meio digital. Contudo, os herdeiros têm o direito de herdar tais bens mesmo sem uma legislação específica (PEREIRA, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Pode-se perceber que o Marco Civil da Internet praticamente não dispõe em nada quanto à herança digital, porém trata de uma forma mais completa quanto ao direito à privacidade, ou melhor, ao não direito de seus familiares terem acesso ao conteúdo por ele deixado.

Embora a Lei N°12.965/2014 seja uma grande conquista para o regramento dessas novas relações sociais, ainda existe a primordialidade de que o Congresso Nacional aprove os projetos legislativos que já tramitam sobre este assunto ou que, através do Marco Civil da Internet, elabore uma lei capaz de atender as necessidades da sociedade com relação à transmissão de bens digitais.

3.2 Projetos de Lei no Brasil

Diante da falta de regulamentação específica que discipline a transmissão dos bens digitais no Brasil, o Congresso Nacional já se mobiliza para disciplinar e regulamentar em relação à herança digital no Brasil, mostrando que há, atualmente, três projetos de lei tramitando neste sentido na Câmara dos Deputados. Os três entram no mérito de uma questão fundamental: A titularidade do material construído em vida pelo indivíduo na internet (COSTA FILHO, 2016). Faz-se importante destacar as disposições dos três projetos:

O mais recente Projeto de Lei é o de nº 7.742/2017 (o mesmo insere um dispositivo ao Marco Civil da Internet) que defende a exclusão das contas online dos usuários falecidos como a primeira opção em caso de o usuário não ter deixado testamento. A única exceção seria em relação aos familiares que poderiam pleitear judicialmente o acesso a tais contas. A previsão viria expressa na inclusão de um novo artigo no Marco Civil da Internet, o art.10-A que possuiria a seguinte redação:

> PROJETO DE LEI N.º 7.742, DE 2017.
>
> (Do Sr. Deputado Alfredo Nascimento -PR/AM)
>
> Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular
>
> O CONGRESSO NACIONAL decreta:
>
> Art. 1º A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A: Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na da data de sua publicação (BRASIL, 2017).

Percebe-se que o referido projeto de lei almeja acabar com o sofrimento e desconforto dos familiares de usuários de redes sociais mortos, propondo que as contas nos provedores de internet sejam encerradas imediatamente após a comprovação do óbito. Contudo, tais provedores estão obrigados a manter os respectivos dados da conta pelo prazo de um ano, prorrogável por igual período para fins de prova em apurações criminais. Além disso, caso os familiares do falecido resolvam manter um 'memorial', a partir dessa conta poderão, porém isso só será possível se o falecido tiver deixando previamente estabelecido quem poderá gerenciar a sua conta após a sua morte.

Faz parte desse pacote o PL nº 8.562/2017 (esse já insere três dispositivos ao Código Civil), o qual, junto ao projeto anteriormente mencionando, também tramita na Câmara dos Deputados. Esse projeto carrega o texto de um dos primeiros projetos de lei a tramitar na Câmara sobre o assunto, o PL 4.847. A proposta, datada originalmente de 2012, pretende incluir três novos artigos ao Código Civil de forma a inserir o conceito da herança digital, de fato, no ordenamento jurídico.

PROJETO DE LEI N.º 8.562, DE 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(Do Sr. Deputado Elizeu Dionizio)

Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas a respeito da herança digital.

Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação:

Capítulo II-A

Da Herança Digital

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – Senhas;

II – Redes sociais;

III – Contas da Internet;

IV – Qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I - Definir o destino das contas do falecido;

a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 3°- Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação (BRASIL, 2017).

Sendo assim, o art. 1.797-A passaria a prever um rol exemplificativo dos bens que podem compor o acervo digital. Por se tratar de um rol meramente exemplificativo, portanto, ele não excluiria outras opções. Seria o caso, por exemplo, dos contatos, das fotos e dos textos construídos pelo *de cujus*. Em sequência, o art. 1.797-B prevê a possibilidade da chamada herança digital. Por fim, o art. 1.797-C pretende sugerir as opções deixadas ao herdeiro.

O PL nº 4.099, de 2012 (insere um dispositivo ao Código Civil) traria a herança digital no âmbito da sucessão legítima. A ideia é atribuí-la aos herdeiros do falecido, os quais teriam total liberdade quanto à sua gestão e destino. O projeto de lei prevê a inserção de um parágrafo único ao artigo 1.778 do código civil, cuja redação está a seguir:

> PROJETO DE LEI N.º 4.099-A, DE 2012.
>
> (Do Sr. Deputado Jorginho Mello)
>
> Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil".
>
> O Congresso Nacional decreta:
>
> Art. 1.º. Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil", a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.
>
> Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:
>
> "Art. 1.788.
>
> Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança. (NR)
>
> Art. 3.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em sua justificativa ao Projeto de Lei, o Deputado Federal Jorginho de Mello faz uma menção à omissão legislativa com relação ao tema e às divergentes decisões judiciais concernentes ao acesso às contas virtuais de entes falecidos.

Essas propostas já mostram um importante avanço no objetivo de alertar acerca da existência e importância da herança digital. Com isso, as pessoas poderão se planejar quanto ao futuro de seus bens e, caso não haja planejamento, seus herdeiros tomarão conhecimento do acervo de bens digitais disponíveis.

Até a finalização do presente estudo, os projetos apresentados não lograram êxito, perdurando toda a questão acerca da herança digital sem a devida proteção normativa. No presente momento, todos os projetos de lei encontram-se arquivados pela câmara ou senado. Em síntese, pode se observar que, por mais que tenham existido várias tentativas legislativas, nenhuma delas se efetivou e, consequentemente, o Brasil segue sem nenhuma norma que discipline a sucessão dos bens digitais.

4 CASOS CONCRETOS

No caso do ator Bruce Willis, ocorrido em setembro de 2012, foi noticiado pela mídia que o referido ator iria entrar com uma ação contra a *Apple* e o *iTunes*, pelo direito de deixar sua coleção do *iTunes* para seus filhos após sua morte, o que imediatamente foi negado por ele, ocasionando a seguinte dúvida: Willis poderia realmente deixar suas músicas do *iTunes*, compradas legalmente, porém sujeitas a um contrato de licença, para suas filhas? Tradicionalmente as mídias impressas, músicas e livros são protegidos, ou seja, quando o proprietário falece, seus herdeiros podem herdar esse conteúdo, podem vender, doar ou até descartar. Quanto às mídias digitais, elas são regidas por um contrato de licença de usuário final ou EULA (WONG, 2013).

Para Lara (2016, p.82):

> Muito embora exista o entendimento por parte das empresas exploradoras desse mercado de que esses bens não se transferem, pois são mera prestação de serviço, isso não se sustenta porque contraria o curso natural do desenvolvimento tecnológico, pois em breve a grande maioria dos livros, músicas, filmes etc., serão somente digitais e estarão depositados na nuvem, mas continuarão sendo bens com valor econômico e de propriedade daquele que os adquiriu.

Segundo a política da *Apple*, seus provedores fornecem apenas licenças restritas e intransferíveis, e as contas não conferem nenhum tipo de propriedade ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

usuário. Permite-se apenas que o usuário consinta em que outras pessoas acessem sua conta. Não resta dúvida de que a tecnologia mudou o mundo visceralmente na última metade do século e, junto com as mudanças, trouxe muitas incertezas. Para sanar tais dúvidas presentes e futuras, a solução seria uma legislação específica (WONG, 2013).

No caso Kobe Bryant, um dos maiores ídolos do Los Angeles Lakers, de 41 anos, morreu em janeiro de 2020 em um acidente de helicóptero na Califórnia, vitimando mais oito pessoas, dentre elas sua filha Gianna, de 13 anos. Bryant jogou por 20 anos, até se aposentar em 2016 (MAGALHÃES, 2020).

Na NBA, além de ter sido, por várias vezes, campeão, foi medalhista de ouro nos Jogos Olímpicos, dentre tantas outras vitórias em sua carreira. Bryant brilhou, também, no mundo do cinema, onde ganhou, em 2018, o Oscar de melhor curta-metragem de animação. Ele era uma referência dentro de quadra, sendo o criador da *Mamba Mentality*, que significa ter uma mentalidade focada na vitória, em doar todo o seu coração em prol de um objetivo, e, além disso, era sucesso também no mundo virtual, possuindo mais de 19 milhões de seguidores no Instagram, e mais de 15 milhões no Twitter (TAFELLI, 2020).

Com isso, fica a seguinte dúvida: qual será o destino das redes sociais e demais ativos digitais de Kobe Bryant? O estado da Califórnia, onde Kobe vivia, aprovou a UFADAA (Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act). Com isso, caso o ídolo da NBA tenha feito alguma declaração a respeito do destino destes bens (ele poderia escolher em deletar suas contas, transmiti-las à sua família, a um administrador profissional ou mesmo transformá-las num memorial), sua vontade deveria preponderar. Caso não tenha feito esta declaração, aí sim, sua família, em especial sua esposa, teria o poder de decidir qual seria a destinação aos ativos digitais, sendo inclusive possível a sucessão deste acervo incorpóreo (ZAMPIER, 2020).

No caso Gugu Liberato, o número de seguidores do apresentador na rede social Instagram aumentou de 1.908.277 para 2.971.434, um crescimento de 55,7%, desde o dia 21 de novembro de 2019, data do acidente doméstico sofrido por ele na Flórida (EUA), que resultou em seu falecimento. Esse levantamento, realizado na data de 02 de dezembro de 2019, ajuda a dimensionar o poder e o valor das redes sociais. Tal infortúnio que vitimou o apresentador reacendeu as discussões acerca do tema da herança digital, pois há muitas divergências acerca do destino dos ativos digitais deixados, principalmente quanto ao acesso integral ao conteúdo deixado nas redes sociais pelo *de cujus* (OLIVEIRA, 2019).

No momento atual, o Instagram é um dos maiores canais de comunicação do mundo, pois, além de uma rede social, tornou-se um negócio lucrativo, usado para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

vender produtos ou serviços, que não se limita tão só a aumentar a lucratividade, bem como conquistar novos clientes, ganhar mais visibilidade, expandir a sua marca comercial ou pessoal e se tornar uma referência no mercado. Os chamados *publipost*, que são *posts* patrocinados na divulgação de determinado produto ou serviço através das redes sociais, já são uma realidade em todo o mundo. O Instagram se tornou uma vitrine. Todavia não apenas para expor produtos ou serviços, mas para apresentar sua produção de conteúdo, transformações, benefícios e soluções aos produtos ou serviços que dispõem aos seus clientes (MUNHOZ, 2020).

Diante disso, é de suma importância que as redes sociais componham o acervo digital e, consequentemente, integrem a herança do *de cujus*, pois além de proporcionar significante valor econômico a ela, pode gerar lucro aos herdeiros. Pode se concluir que apenas com uma legislação específica que regulamentasse o instituto do direito sucessório daria fim a esse imbróglio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Herança Digital, por ser um tema relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, não possui uma legislação específica. Com a digitalização da sociedade, a cada dia arquivos digitais são armazenados em nuvem, e esses bens, muitos com valor econômico, acabam por serem deixados de lado ou geram litígios quanto aos herdeiros. A incerteza quanto à melhor forma de sucessão desses arquivos já é realidade desde 2012, quando foram criados projetos de lei referentes ao tema, notando-se, com isso, uma preocupação em adequar patrimônio digital à herança.

É salutar que se revele a importância do presente estudo o qual permitiu um conhecimento profundo acerca da temática. É notória a importância desse ramo do direito, visto que tal tema caracteriza-se como um novo marco no Direito das Sucessões e engloba vários outros ramos do ordenamento jurídico brasileiro. Deve-se destacar a importância para a sociedade, pois o direito dos herdeiros não deve ser prejudicado independentemente destes bens possuírem valoração econômica ou não.

O Brasil deve seguir a tendência mundial, fazendo com que, em pouco tempo, os brasileiros possuam grandes somas armazenadas no meio digital e, com isso, encerrar diversos litígios em torno do comércio, propriedade e sucessão dos bens armazenados virtualmente.

Obteve-se como resultado que o ordenamento jurídico necessita de uma uniformização legal, para que haja segurança jurídica e, com isso, evitar incertezas referentes ao destino dos bens, pois sem a objetividade de uma lei, os arquivos podem ser esquecidos e até mesmo inutilizados, sendo que esses bens, de algum

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

modo, poderiam ajudar a sociedade como um todo ou particularmente a família do *de cujus.*

Reporta-se ao final pela importância normativa da herança digital, ressaltando que o Marco Civil da Internet não a dificulta, pelo contrário, ajuda com o quesito da proteção aos dados. Essa normatização promoverá maior segurança jurídica aos direitos dos herdeiros, preservando a honra, intimidade e privacidade do *de cujus.*

Os objetivos traçados foram: um estudo da herança digital e suas consequências jurídicas, uma análise da herança digital no Brasil, e sua regulamentação no ordenamento jurídico, através de investigações da legislação em vigor sobre o tema, pesquisa de projetos de lei e suas implicações, investigação de casos práticos, e averiguação de sua anexação ao Direito das Sucessões. Tais objetivos foram alcançados como mostram os resultados. Essas considerações permitem confirmar a hipótese de que, por vivermos em uma sociedade conectada e cibernética, é essencial que haja sua regulamentação.

Sugere-se que deve haver uma legislação característica para normatizar esse instituto, pois isso iria pôr fim às incertezas e preocupações que englobam o perigo do descumprimento do direito à preservação da intimidade do *de cujus*. O que se propõe não é a criação de uma infinidade de leis, mas leis específicas a essa questão. O presente estudo não espera pôr fim a discussão sobre o tema, mas abrir precedentes para mais pesquisas acerca dele.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de, **Testamento Digital: como se dá a sucessão dos bens digitais**. Edição Própria. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

BRASIL. **Código Civil**. 26°. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. DECRETO-LEI n° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. *In*: VADE mecum 30°. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

_____. **LEI Nº 12.965/2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei PL º 7.742/2017**. Dispõe sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B9865

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

51945456FC8BFF70BF127DE9CA5.proposicoesWebExterno2?codteor=1566694&filename=Avulso+-PL+7742/2017. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei PL º 8.562/2017**. Acrescenta o Capítulo II-A e os Arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1596819&filename=PL+8562/2017. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei PL º 4.099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012. Acesso em: 15 nov. 2020.

BELTRAME, Renan. **Tudo o que os advogados precisam saber sobre Herança Digital**. Disponível em: aurum.com.br/blog/herança-digital/. Acesso em: 05 de mai. 2020.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias, **Patrimônio Digital: Reconhecimento e Herança**: 1°. ed. Pernambuco: Ed. Nossa Livraria, 2016.

DINIZ, Maria Helena**. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume1. Teoria Geral do Direito Civil.** 29ª Edição, São Paulo: Saraiva 2012.

_____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6 – direito das sucessões**, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIA, Daniele. **Herança digital**. Disponível em: migalhas.com. br/depeso/304781/herançadigital. Acesso em: 22 abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Coleção curso de direito civil, volume 7 Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015.

FURTADO, Gabriel Rocha. **O problema da "herança digital"**. Disponível em: somosicev.com/oproblema-da-herança-digital Acesso em: 22 de abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais**. Indaiatuba SP. Editora Foco

Jurídico, 2017.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre, 1ª ed. Porto Alegre RS: Editora Clube de Autores, 2016.

LIMA, Glaydson de Farias. **Manual de direito digital: fundamento legislação e jurisprudência**. Curitiba, PA: Editora Appris, 2016.

MAGALHÃES, Lucas. **Ex-jogador Kobe Bryant morre em acidente aéreo**. Disponível em: https://www.metropoles.com/esportes/basquete/ex-jogador-kobe-bryant-morre-em-acidente-aereo-diz-site. Acesso em: 17 nov. 2020.

MARTELLO, Alexandro. **Após PIX, BC mira 'open banking' para personalizar serviços bancários e ampliar competição**. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/11/22/apos-pix-bc-mira-open-banking-para-personalizar-servicos-bancarios-e-ampliar-competicao.ghtml. Acesso em: 23 nov. 2020.

MUNHOZ, Júlia. **Instagram para Negócios: Aprenda a vender todos os dias transformando**. São Paulo, SP: DVS Editora, 2020.

OLIVEIRA, Marcelo. **Aumento de seguidores de Gugu reacende debate sobre herança digital**. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/12/02/aumento-de-seguidores-de-gugu-reacende-debate-sobre-heranca-digital.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança Digital no Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lúmen Juris, 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários á Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo, SP. 2. ed. Saraiva Educação. 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** 6° edição. São Paulo, Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Francisco Ribeiro. **A fila andou A tecnologia causou uma revolução nos serviços. Agora, é a hora das empresas provarem a que vieram**. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/reportagens-especiais/uber-netflix-spotify-e-mais-a-tecnologia-revolucionou-os-servicos/#cover. Acesso em: 18 nov. 2020.

ROSATI, César. **Explosão digital: coronavírus adianta em 10 anos a digitalização da vida**. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/08/30/explosao-digital-coronavirus-adianta-em-10-anos-a-digitalizacao-da-vida. Acesso em: 13 nov. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SILVA, Greice. **O momento de abertura da sucessão**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62628/o-momento-de-abertura-da-sucessao&gt. Acesso em: 04 de novembro de 2020.

SILVA, Marcelo Mesquita; BARRETO, Alesandro Gonçalves; KUFA, Karina. **Cibercrimes e seus Reflexos no Direito Brasileiro**. São Paulo, SP. 1. ed. Juspodivm. 2020.

TAFELLI, Dimas Siloé. **Kobe Bryant e a herança digital**. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/320170/kobe-bryant-e-a-heranca-digital. Acesso em: 17 nov. 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**, São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1ª ed. 2015.

THEODORO, Eliézer Trevisan. **Direito sucessório: linhas gerais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4616, 20 fev. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/34103. Acesso em: 27 set. 2020.

WONG, Claudine. **Can Bruce Willis Leave His iTunes Collection to His Children?: Inheritability of Digital Media in the Face of EULAs**. Disponível em: https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol29/iss4/5/. Acesso em: 16 nov. 2020.

ZAMPIER, Bruno. **Qual será o destino do Instagram de Kobe Bryant?.** Disponível em: https://blog.supremotv.com.br/qual-sera-o-destino-do-instagram-de-kobe-bryant/. Acesso em: 17 nov. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO DO CONSUMIDOR X INTERESSES ECONÔMICOS: A QUERELA SOBRE A COBERTURA DOS TESTES SOROLÓGICOS PELOS PLANOS DE SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

CLEIDMAR AVELAR SANTOS: Graduada em História Licenciatura pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Pós-Graduada em Direito do Consumidor pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O tema, já bastante relevante no país, considerando-se o alto número de contratos de assistência à saúde, os quais são objetos de conflitos judiciais entre consumidores e empresas de planos de saúde que vem crescendo nos últimos anos, ganha ainda maior relevo no atual contexto de pandemia de Covid-19, vivenciado desde março de 2020. Observou-se que, não obstante a obrigatoriedade da cobertura de exames diagnósticos dessa doença ter sido determinada pela Agência Nacional de Saúde em Resolução Normativa, muitos consumidores têm relatado a recusa ou a colocação de empecilhos por parte dos planos de saúde com os quais contrataram, para a realização desses exames. Assim, urge assegurar-se o cumprimento dos direitos do consumidor, parte vulnerável das relações de consumo. O presente artigo traça pesquisa qualitativa, na qual a análise da questão será feita à luz da Constituição de 1988, do Código Civil de 2002, da Lei nº 8.078/1990 e demais normas infraconstitucionais pertinentes. Têm-se como objetivos avaliar o posicionamento dos Tribunais acerca da matéria e reafirmar a importância de promover a informação do consumidor quanto aos seus direitos, tornando-os aptos a repelir abusos e/ou danos decorrentes do desrespeito contratual por parte do respectivo plano de saúde contratado.

Palavras-chave: Direito à saúde; Planos de saúde; Covid-19; Relações de consumo; Agência Nacional de Saúde.

Abstract: The topic, already quite relevant in the country, considering the high number of health care contracts, which are the subject of legal conflicts between consumers and health insurance companies that has been growing in recent years, gains even more relevance in the current context of the Covid-19 pandemic, experienced since March 2020. It was observed that, although the mandatory coverage of diagnostic tests for this disease was determined by the National Health Agency in Normative Resolution, many consumers have reported the refusal or placing obstacles on the part of the health plans with which they contracted, to carry

out these examinations. Thus, there is an urgent need to ensure compliance with consumer rights, a vulnerable part of consumer relations. This article outlines qualitative research, in which the analysis of the issue will be made in the light of the 1988 Constitution, the 2002 Civil Code, Law No. 8,078 / 1990 and other pertinent infraconstitutional rules. The objectives are to evaluate the position of the Courts on the matter and to reaffirm the importance of promoting consumer information about their rights, making them able to repel abuses and / or damages resulting from contractual disrespect by the respective health plan. hired.

Keywords: Right to health; Health insurance; Covid-19; Consumer relations; National Health Agency.

Sumário: 1**.** Introdução. 2. Do enquadramento dos contratos entre operadoras de planos de saúde e seus beneficiários nas relações de consumo. 3. As denúncias sobre recusa de cobertura dos exames diagnósticos de Covid-19 pelos planos de saúde para beneficiários e os posicionamentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar. 4. As denúncias sobre recusa de cobertura dos exames diagnósticos de Covid-19 pelos planos de saúde para beneficiários e os posicionamentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar. 5. Conclusão. 6. Referências

1.Introdução

A legislação protetiva do consumidor no Brasil encontra-se em um estágio bastante avançado, contando também com uma rede de órgãos administrativos e instrumentos processuais adequados para a garantia dos direitos do consumidor e de relações de consumo equânimes.

Entretanto, devido às constantes mudanças do mercado, e de fenômenos como a globalização e o surgimento de novas tecnologias, faz-se necessário que as medidas de proteção ao consumidor evoluam para acompanhar essas mutações.

Um exemplo disso é a massificação e padronização de alguns contratos, como os de adesão, que se caracterizam pela redação unilateral do instrumento, que retira do consumidor a possibilidade de discutir suas cláusulas.

Dentre esses contratos, temos os de planos de saúde e assistência médica, os quais são apresentados de forma pronta e acabada ao consumidor, ao qual cabe somente a aceitação dos termos.

Tais contratos têm sido objetos de diversas lides judiciais, mormente no que concerne à inclusão de cláusulas abusivas ou práticas abusivas como a recusa por parte das empresas operadoras em custear tratamentos que se encontram dentro do rol de cobertura pactuado, prejudicando assim, a concretização do direito à saúde

do contratante, o qual é um dos pilares da dignidade humana, fundamento do nosso Texto Maior.

O mundo tem enfrentado o chamado "inimigo invisível", o SARS-Cov-2, vírus que pertence a uma cadeia denominada como Coronavírus. Esse causa uma síndrome respiratória aguda grave com alto poder de transmissão e letalidade. (SANARMED, 2020).

Foi identificado pela primeira vez em Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, em dezembro do ano passado. Pelos estudos feitos até o momento, acredita-se que o vírus tenha uma origem animal, por conta dos primeiros casos confirmados terem ligações com o Mercado Atacadista de Frutos do Mar de Huanan. Assim, suspeita-se que alguns animais como cobras, morcegos e pangolins possam funcionar como hospedeiros do vírus.

A doença espalhou-se rapidamente desde a notificação do primeiro caso em 31 de dezembro de 2019 por diversos países, levando a Organização Mundial de Saúde (OMS) a declarar o surto de Covid-19 como pandemia e a, daí por diante, expedir orientações para contenção da virose e seu combate. (GRUBER, 2020).

Os principais sintomas da moléstia são tosse seca, febre, falta de ar, coriza, diarreia em alguns casos e mais recentemente foram relatados falta de apetite e perda do paladar. Entretanto, nem todas as pessoas infectadas apresentam sintomas, o que aumenta a periculosidade de sua transmissão.

O período de incubação do vírus, ou seja, o lapso temporal entre a infecção e a apresentação dos sintomas nos pacientes não assintomáticos varia entre 02 (dois) e 14 (quatorze) dias. Daí a importância das medidas de isolamento social para evitar a contaminação. (NEPOMUCENO, 2020).

Quanto a este ponto, verifica-se que não há uma uniformidade nas políticas públicas referentes ao confronto da pandemia, variando de um país para outro e mesmo dentro de uma mesma nação. Dessa forma, por consequência, temos diferentes resultados com algumas nações tendo sucesso no controle da pandemia e tratamento dos infectados e outras tendo grandes dificuldades para contornar a crise sanitária. (MAIA, 2020).

Outros fatores como problemas socioeconômicos e a existência e manutenção de sistemas de saúde bem como a adesão das populações às medidas implementadas têm se mostrado determinantes para refrear o avanço da pandemia. (JANSEN, 2020). O ideal seria que as medidas sanitárias pudessem ser aplicadas conjuntamente a políticas econômicas e sociais. Aliás, tem sido esse um dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

principais obstáculos ao enfrentamento da Covid-19. (BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2020).

Os problemas de infraestrutura em subúrbios e favelas e a grande parcela de pessoas desempregadas ou em trabalhos informais dificultam a obediência do isolamento social pela parcela mais carente. (ALMEIDA, 2020).

Consequentemente, pela novidade da situação e pelo alto número de infectados, o sistema de saúde público tem encontrado dificuldades como a falta de materiais, de infraestrutura e até casos de desvios de recursos públicos, beirando a saturação completa em alguns Estados da federação.

Assim, nesse momento, é compreensível que as pessoas procurem tratamento junto aos planos de saúde, que se configura como um contrato aleatório, assim definido pelo Código Civil de 2002:

> Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir. (BRASIL, 2002).

Portanto, nos contratos dos planos de prestação de assistência médica há um risco para ambos os contratantes. Por um lado, o consumidor pode pagar regularmente as parcelas, raramente fazendo uso dos serviços contratados e em outros casos, precisar continuamente dos mesmos. Em qualquer dos casos, as empresas contratadas possuem o dever contratual de prestar o atendimento necessário, dentro das condições estabelecidas.

Mas, infelizmente nesse contexto de pandemia, verificou-se o aumento do número de casos de planos de saúde que tem dificultado ou até se recusado a efetuar a cobertura de testes sorológicos para averiguação de contágio pelo coronavírus de seus usuários. Essas denúncias ganharam visibilidade nos meios de comunicação, chamando atenção para o problema.

Com efeito, essas situações deram início a diversos debates sobre o tema, ensejando a tomada de medidas por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) no sentido de regular a matéria, apesar de esta já se encontrar contemplada em dispositivos do Código Civil de 2002 (CC/2002) e do Código de Defesa do Consumidor/1990 (CDC/1990).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Entretanto, as decisões contraditórias do órgão supracitado quanto à obrigatoriedade ou não dessa cobertura pelos planos de assistência médica trouxe uma insegurança jurídica para todos os envolvidos. Apesar disso, os julgados acerca do tema vêm se cristalizando no sentido de privilegiar o bem jurídico saúde, determinando que os planos de saúde e laboratórios credenciados procedam aos exames em comento, desde que o consumidor preencha os requisitos formais exigidos pela ANS.

Pela gravidade dos riscos que a Covid-19 pode assumir, o que resta caracterizado pelo alto índice de mortes contabilizado até o momento – mais de 100.000 mortos, segundo dados do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020d) – as disputas judiciais envolvendo o tema estudado, ganham enorme relevância, posto que a depender das circunstâncias, as decisões tomadas podem determinar a sobrevivência ou a morte dos pacientes, já que os sintomas nos casos mais graves da moléstia evoluem muito rapidamente, no lapso de poucos dias, justificando a sua investigação.

Tenciona-se discutir ao longo do trabalho, os dispositivos constitucionais e legais que amparam o direito do consumidor à saúde, o qual não deve ser suplantado por interesses econômicos por parte de alguns planos de saúde que tem se esquivado de suas obrigações contratuais alegando prejuízos à sua saúde financeira, até porque cabe ao empreendedor o risco da atividade econômica desenvolvida.

Por outro lado, a vulnerabilidade intrínseca ao consumidor, torna-se ainda mais acentuada, com a debilidade física provocada pela enfermidade e pela angústia psicológica resultante da ciência de portar uma doença com consequências graves e ainda imprevisíveis pelo seu ineditismo, exigindo ainda maior atenção da Justiça na repressão aos ataques feitos aos direitos dos usuários dos planos de saúde que tem seu direito lesado por práticas abusivas destas empresas.

2.Do enquadramento dos contratos entre operadoras de planos de saúde e seus beneficiários nas relações de consumo

As relações de consumo são compostas por elementos subjetivos, fornecedor e consumidor e elementos objetivos, os bens e serviços contratados no mercado de consumo. O CDC define o fornecedor em seu artigo nos seguintes termos:

> Art. 3° 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).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O rol de atividades elencado nesse dispositivo possui caráter exemplificativo. Andou bem o legislador ao optar que diversos conceitos da Lei 8.078/1990 fossem abertos, já que facilita a adaptação da letra da lei às mudanças sociais, fazendo com que esta continue em compasso com a realidade.

Por seu turno, o consumidor encontra-se descrito no artigo 2º enquanto "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (BRASIL, 1990).

No parágrafo único desse artigo é igualmente considerado como consumidor "a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". (BRASIL, 1990).

Dessa forma, a lei contempla duas categorias de consumidores, quais sejam, o consumidor *standard* ou padrão e o consumidor *by standard* ou por equiparação. O primeiro trata-se daquele que adquire bem ou contrata serviço diretamente com o fornecedor. O último diz respeito às pessoas que não adquiriram diretamente um produto ou serviço, mas foram expostas a práticas comerciais previstas no CDC, ou ainda, que sofrerem danos à sua vida, ou saúde em virtude de fato do produto, consoante nos esclarece Theodoro Júnior (2017, p. 31):

> Prevê o art. 17 do CDC a figura do "consumidor por equiparação" (*bystander*), por meio da qual a proteção da legislação consumerista é estendida àquelas que, mesmo sem participar diretamente da relação de consumo, venham a ser vítimas de evento danoso decorrentes dessa relação.
>
> Quem, por exemplo, numa festa ingeriu bebida ou comida deteriorada pode agir, em busca de reparação do dano sofrido, contra o fabricante da bebida ou contra o *buffet* que preparou os alimentos. Não importa que nenhuma relação direta tenha sido previamente estabelecida entre a vítima e os fornecedores em questão.

Dessa forma, para ser enquadrado como consumidor não é obrigatório necessariamente ter adquirido um bem de forma direta. Ainda sobre a abrangência do conceito, foram formuladas doutrinariamente teorias explicativas da expressão "destinatário final", inserta no art. 2º do CDC.

Parte da doutrina confere interpretação ampla ao termo, entendendo que qualquer pessoa física ou jurídica que adquira produtos ou serviços no mercado, independentemente da destinação dada aos mesmos deve ser considerada como consumidora. Essa teoria foi denominada Maximalista.

Todavia, outra parte da doutrina percebe a expressão de forma literal, concluindo que só deverá ser tomado como consumidor, aquele que adquirir produto ou serviço para consumo próprio, para uso pessoal, ficando excluídos do conceito aqueles que adquirirem produto ou serviço com finalidades empresariais ou profissionais, entendimento designado como Teoria Finalista.

Esse último entendimento vinha sendo majoritário, até meados de 2007, quando o STJ em julgamento no Resp. n. 716.877 realizado pela Terceira Turma, decidiu no caso concreto que, em situações excepcionais é admissível a aplicação do conceito de consumidor, mesmo quando o adquirente do produto ou serviço utilizá-lo para fins profissionais ou industriais, desde que reste configurada a vulnerabilidade da parte.

Quanto aos bens e serviços são delineados respectivamente como:

> Art. 3º [...]
>
> § 1° [...] é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° [...] 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, grifo nosso).

Observa-se então que a Lei 8.078/1990 excluiu de sua abrangência apenas três tipos de relações: a trabalhista, a tributária e a de previdência pública. O fundamento para a exclusão dessas relações do âmbito de aplicação das normas de consumo é que nelas não se encontra presente a liberdade de escolha, elemento básico das relações de consumo.

Enquanto nas relações trabalhistas há subordinação do trabalhador ao empregador, nas relações tributárias e previdenciárias, há obrigatoriedade no pagamento dos tributos e na contribuição ao Estado.

Assim como as empresas tem garantidas a sua livre iniciativa e a livre concorrência com a possibilidade de ofertar seus produtos no mercado de consumo, também os consumidores devem gozar de liberdade para escolha dos bens e fornecedores que lhe aprouverem.

Além da liberdade de escolha outro aspecto inerente às relações de consumo é a presença da vulnerabilidade do consumidor. Ora, as relações civis de modo geral, pressupõem a igualdade entre partes e arrimam-se no princípio da autonomia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

privada. Já nas relações de consumo, embora haja a autonomia das partes, no mais das vezes são relações que se formam entre desiguais, atraindo, pois, a interferência estatal no sentido de promover uma paridade real.

Desse reconhecimento do consumidor como parte mais frágil da relação de consumo decorreu a legislação protetiva do consumidor. A vulnerabilidade está consignada no art. 4º, I do CDC, *in verbis:*

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)
>
> I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, 1990).

Esta pode ser verificada em várias esferas sendo as mais comuns, a econômica, a técnica e a jurídica. Econômica, porque o consumidor na maioria das vezes contrata com pessoas jurídicas, empresas ou até multinacionais que movimentam grandes somas em dinheiro. Técnica porquanto os fornecedores e fabricantes integram a cadeia de produção do bem, dominando os detalhes de sua confecção.

O mesmo se dá com relações a serviços especializados, cujos meandros são desconhecidos para o consumidor, como, a título exemplificativo, as companhias fornecedoras de energia elétrica, e por derradeiro, jurídica porque o consumidor é quase sempre um litigante eventual frente a uma litigante habitual, já que a maioria das corporações dispõe, inclusive, de um núcleo jurídico especializado.

No mais, essa mitigação da autonomia privada que levou as regras reguladoras do direito do consumidor a assumirem o *status* de normas de ordem pública, decorrem em última instância do próprio princípio constitucional da isonomia como assinala Nunes (2018, p. 79) quando afirma que "a característica de vulnerabilidade do consumidor prevista no inciso I do art. 4º decorre diretamente da aplicação do princípio da igualdade do Texto Magno".

Sobre esse ponto, invocamos também as lições de Tartuce; Neves (2018, p. 49) que prelecionam:

> Assim, enquadrando-se a pessoa como consumidora, fará jus aos benefícios previstos nesse importante estatuto jurídico

> protetivo. Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade é elemento posto da relação de consumo e não um elemento pressuposto, em regra.
>
> [...]
>
> Sintetizando, constata-se que a *expressão consumidor vulnerável* é pleonástica, uma vez que todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário. Para concretizar, de acordo com a melhor concepção consumerista, uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidora –, mas em outro caso concreto poderá não assumir tal condição, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto. A título de exemplo, pode-se citar o caso de um empresário bem-sucedido. Caso esse empresário adquira um bem de produção para sua empresa, não poderá ser enquadrado como destinatário final do produto, não sendo um consumidor vulnerável. Entretanto, adquirindo um bem para uso próprio e dele não retirando lucro, será consumidor, havendo a presunção absoluta de sua vulnerabilidade. (grifo do autor).

A vulnerabilidade torna-se ainda mais premente em algumas espécies de contrato, como, os de adesão. Nestes contratos o conteúdo é determinado por um dos pactuantes de forma unilateral, cabendo à outra parte, a mera anuência de seus termos, sem a possibilidade de discussão de suas cláusulas, simplesmente aderindo ou recusando-a por completo, conforme explana Gonçalves (2017, p. 121):

> Contratos de *adesão* são os que não permitem essa liberdade, devido à preponderância da vontade de um dos contratantes, que elabora todas as cláusulas. O outro adere ao modelo de contrato previamente confeccionado, não podendo modificá-las: aceita-as ou rejeita-as, de forma pura e simples, e em bloco, afastada qualquer alternativa de discussão. São exemplos dessa espécie, dentre outros, os contratos de seguro, de consórcio, de transporte, e os celebrados com as concessionárias de serviços públicos (fornecedoras de água, energia elétrica etc.).

Percebe-se então que nesses contratos a liberdade de escolha do contraente é praticamente nula, o que justifica o reconhecimento da hipervulnerabilidade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

consumidor nesse tipo de relação e a existência de diversos dispositivos legais para torná-la mais justa e isonômica.

Os contratos cumprem em nosso ordenamento uma dupla função: econômica, no sentido em que são instrumentos para as diversas transações comerciais; mas também, uma função social, princípio que foi inserido como cláusula geral do Diploma Civil de 2002, para apontar a possibilidade excepcional de intervenção sobre a autonomia privada e sobre a propriedade, com o fito de promover justiça social.

Esta é reconhecida de forma literal no próprio texto do Código Civil o qual dispõe no art. 421 que "a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato." (BRASIL, 2002). Daí decorrem, de forma coerente, os limites opostos a esse tipo de contrato que já é desigual em sua própria gestação:

> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.
>
> Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (BRASIL 2002).

Na mesma senda, o Código de Defesa do Consumidor reforça essas regras enunciando no art. 47 que "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". (BRASIL, 2002).

Feitas estas considerações, conclui-se que os contratos de planos de saúde e assistência médica enquadram-se na definição de contratos por adesão e a eles é aplicável todo o arcabouço legal e doutrinário exposto até aqui, entendimento ratificado pelo enunciado da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual determina que: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão". (BRASIL, 2018).

O contrato de plano de saúde pode ser conceituado em breve síntese como aquele no qual uma das partes se compromete a arcar com a prestação de serviços médicos e de saúde, mediante contraprestação pecuniária da outra, normalmente através de uma rede credenciada previamente definida pela empresa.

Essa prestação é continuada e por prazo indeterminado. Constitui-se em um contrato de risco para ambas as partes, vez que não há uma maneira precisa de se prever a necessidade ou a regularidade na utilização desses serviços.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Existe uma Lei específica que traz as diretrizes de atuação das empresas que atuam nessa área, a Lei nº 9.656/1998, conhecida como Lei dos Planos de Saúde. Esta dispõe que esses serviços estão sujeitos também às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde, inclusive autorizando a sua atividade, após satisfação dos requisitos estipulados, nos artigos reproduzidos a seguir:

> Art. 1º [...]
>
> § 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:
>
> a) custeio de despesas;
>
> b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
>
> c) reembolso de despesas;
>
> d) mecanismos de regulação;
>
> e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
>
> f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (BRASIL, 1998).

Diante do atual cenário, naturalmente elevou-se a procura por exames diagnósticos e tratamentos relacionados à Covid-19, o que exigiu uma maior intervenção da ANS nas relações entre consumidores e empresas de planos de saúde, para regular as novas situações resultantes desse contexto, as quais ora se passa a analisar.

3.As denúncias sobre recusa de cobertura dos exames diagnósticos de Covid-19 pelos planos de saúde para beneficiários e os posicionamentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar

O direito à saúde é um dos mais importantes em nosso ordenamento jurídico, sobretudo devido ao seu entrelaçamento com os direitos à vida e à dignidade humanas. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assevera em seu artigo 196 ser a saúde,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Apesar de esta tratar-se de norma de eficácia plena, de aplicabilidade imediata, sabe-se que essa é uma garantia que ainda não se consubstanciou em concreto na vida dos cidadãos brasileiros. Muitas vezes, diante desta ineficácia, muitos se voltam para o plano de saúde como uma forma alternativa de obter atendimento e tratamento médicos e hospitalares.

De fato, o número de contratações com planos de saúde no Brasil é significativo, atingindo mais de 47 milhões de pessoas de acordo com dados obtidos no site da ANS (BRASIL, 2020a).

Mesmo em períodos de normalidade, as demandas judiciais envolvendo planos de saúde e seus usuários são bastante comuns. Com a deflagração do surto de coronavírus no país, novas lides se esboçaram, agora em torno da cobertura de exames diagnósticos da Covid-19. Transcreve-se *infra* alguns casos denunciados a veículos de comunicação em que houve essa infração:

> Com febre e dor no corpo, um autônomo de 31 anos, que prefere não ser identificado, procurou um hospital do Grupo São Francisco em 4 de junho na zona leste de Ribeirão Preto (SP) com medo de que estivesse com Covid-19.
>
> Ele afirma que, depois de ser submetido a um exame de sangue, que descartou a suspeita de dengue, foi orientado pela médica que o atendeu a procurar o Polo Covid-19 na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) da Avenida Treze de Maio para que pudesse ser submetido ao teste para Covid-19 porque o nível de plaquetas estava baixo.
>
> O autônomo conta que a profissional disse que, pelo convênio, ele não conseguiria realizar o procedimento e que o exame só era adotado para casos extremos da doença.
>
> "Cheguei a questionar: mas quero fazer exame da Covid. Aí ela falou: não, a gente não está fazendo aqui agora, só em caso muito grave. Ela me orientou a ir à UPA, porque lá eles estavam fazendo", relata.

> Liberado e com um receituário para tomar um vermífugo e um corticoide, o autônomo afirma que procurou a UPA, onde testou positivo para o novo coronavírus. "Eles me ligaram sete dias depois falando o resultado. Deu positivo."
>
> Com a manifestação leve da doença, o autônomo afirma estar bem, livre dos sintomas, e que seguiu as recomendações de isolamento social para evitar o contágio entre seus familiares. Por outro lado, critica a impossibilidade de ter feito o teste pelo plano de saúde pelo qual paga.
>
> "O certo era eles terem feito o exame, porque pago para o hospital, não interessa o valor que eles deveriam cobrar pra fazer o exame. (...) Não deram essa opção pra mim em querer fazer ou não." (TIENGO, 2020).

Outro relato similar dentro da mesma reportagem:

> Um estudante de 22 anos, que também prefere não ser identificado, afirma que não conseguiu ser submetido ao teste da Covid-19 em Sertãozinho (SP), mesmo depois de procurar o plantão da Unimed com sintomas como febre e perda de paladar e de receber uma ficha com uma solicitação do médico que o atendeu para que o procedimento fosse realizado.
>
> Ele relata que há cerca de três semanas tem permanecido em casa se recuperando dos sintomas, segundo ele graves, sem de fato ter o diagnóstico. "Certeza absoluta que eu estava com Covid, mas eles não quiseram fazer o exame", diz.
>
> O estudante conta que procurou o plantão do hospital em 10 de junho depois de sentir dores pelo corpo, febre, falta de ar e perda de paladar. Ele relata que, durante a consulta, o médico que o atendeu o diagnosticou com suspeita de Covid-19 e emitiu uma ficha solicitando o procedimento.
>
> A suspeita foi reforçada, segundo o paciente, pelo fato de a mãe do estudante, uma enfermeira de 54 anos, ter procurado atendimento médico com sintomas do novo coronavírus.
>
> Ele enviou ao G1 um documento timbrado do plano de saúde com a assinatura e o carimbo de um médico solicitando a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

realização do exame RT-PCR. A ficha também menciona que o paciente estava com perda de paladar.

"Ele viu todos os meus sintomas e me deu uma ficha. Ele falou que eu estava com Covid e que eu precisaria fazer o exame", diz.

O paciente conta, no entanto, que ao procurar funcionários do convênio recebeu a informação de que o exame tinha sido recusado. Depois de uma primeira recusa sem explicação, ele afirma que obteve a justificativa por telefone, de uma central de atendimento do plano em Ribeirão Preto. "A moça me atendeu e me falou assim que o exame foi negado porque eu não tinha sintomas previstos pelo Ministério da Saúde", alega.

Ele afirma que deram a opção de procurar a unidade de atendimento da Unimed na Avenida Nove de Julho, em Ribeirão Preto, e que ainda poderia ter procurado o sistema público em Sertãozinho, mas que não tinha condições de se deslocar por conta própria devido às suas condições de saúde. Nos primeiros dias, ele chegou a ficar acamado, com dificuldade para permanecer em pé.

"Como eu iria lá dirigindo, nem tenho condições de dirigir, minha mãe também não, porque é [era] muita falta de ar, muita dor. E de ônibus eu iria contaminar meio mundo. Eu já sabia que eu estava com Covid, era 99% de certeza, só precisava fazer o exame para confirmar."

Desde então, ele tem permanecido em recuperação em casa, onde vive com a mãe. De acordo com ele, a técnica de enfermagem também tentou realizar o exame para Covid-19 na Sermed em Sertãozinho, no início do mês, mas também não teve acesso ao teste. "Ela procurou e eles deram também a justificativa de que só [fazem o exame] em casos de internação." (TIENGO, 2020).

Trouxe-se à baila esses casos que longe de serem isolados, repetiram-se em diversas localidades brasileiras com operadoras de planos de assistência médica diferentes, muitos deles chegando ao Judiciário.

A ANS mudou seu posicionamento diante da questão ao longo dos seis meses em que se tem enfrentado a pandemia. Inicialmente, aprovou em 12 de março de

2020 em reunião extraordinária, a inclusão do exame de detecção do novo vírus na lista de procedimentos obrigatórios para beneficiários de planos de saúde, a Resolução Normativa nº 453, nas seguintes condições:

> Art. 1º A presente Resolução altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus.
>
> Art. 2º O Anexo I da RN nº 428, de 2017, passa a vigorar acrescido do seguinte item, "SARS-CoV-2 (CORONAVÍRUS COVID-19) - pesquisa por RT - PCR (com diretriz de utilização)", conforme Anexo I desta Resolução.
>
> Art. 3º O Anexo II da RN nº 428, de 2017, passa a vigorar acrescido dos itens, SARS-CoV-2 (CORONAVÍRUS COVID-19) - PESQUISA POR RT-PCR **cobertura obrigatória quando o paciente se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável de doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) definido pelo Ministério da Saúde, conforme Anexo II desta Resolução.** (BRASIL, 2020b, grifo nosso).

Portanto, a obrigatoriedade do custeio desses exames para os beneficiários dos planos de saúde, embora a nosso ver já existisse como decorrência natural dos próprios contratos, acabou sendo reafirmada através dessa Resolução, que foi útil no sentido de esclarecer os procedimentos a serem observados pelos usuários.

Um deles é que o exame seja solicitado por médico com a devida justificação, a saber, a descrição dos sintomas do paciente que conduziram à suspeita de infecção pelo vírus. A partir daí, o usuário deve entrar em contato com a operadora de seu plano para saber em quais locais dentro da rede credenciada poderá realizar o exame.

Em complemento, a ANS adicionou em 28 de maio de 2020, por meio de outra Resolução Normativa, a nº 457/2020 mais seis exames que auxiliam no diagnóstico de Covid-19 no rol de coberturas obrigatórias pelos planos de saúde, *in verbis*:

> Art. 3º O Anexo II da RN nº 428, de 2017, passa a vigorar acrescido dos itens:
>
> I - Item c na DUT do procedimento Dímero-D, conforme Anexo desta Resolução;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> II - Procalcitonina, dosagem, conforme Anexo desta Resolução;
>
> III - Pesquisa rápida para Influenza A e B, conforme Anexo desta Resolução;
>
> IV - PCR em tempo real para Influenza A e B, conforme Anexo desta Resolução;
>
> V - Pesquisa rápida para Vírus Sincicial Respiratório, conforme Anexo desta Resolução; e
>
> VI - PCR em tempo real para Vírus Sincicial Respiratório, conforme Anexo desta Resolução. (BRASIL, 2020c).

Repisa-se que as operadoras de planos de saúde têm por obrigação custear todos os procedimentos, tratamentos e medicamentos inclusos no rol de benefícios da ANS, obrigatoriedade imposta pela Lei 9.656/1998.

Na situação observada, em se recusando a empresa a cumprir seu dever de fazer ou ultrapassado o prazo de três dias úteis de sua solicitação sem o retorno, o consumidor tem como opções fazer uma reclamação nos órgãos administrativos da Agência Nacional de Saúde ou do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon), ou ainda recorrer à via judicial para fazer valer seu direito.

Ocorre que em 17 de julho de 2020 a ANS retrocedeu, suspendendo a norma anterior e trazendo um novo entendimento segundo o qual, a partir de então, as operadoras de planos de saúde estariam desobrigadas de custear os testes sorológicos para o diagnóstico de Covid-19.

A medida considerada controversa gerou bastantes críticas, não apenas por provocar insegurança jurídica, mas também por apresentar justificativas pouco plausíveis, senão vejamos. Uma das justificativas apresentadas seria um suposto desequilíbrio financeiro o qual poderia impactar de forma negativa os planos de saúde, repercutindo na ordem econômica.

Desde o início da pandemia não houve prejuízo na margem de lucros dessas empresas porque, se por um lado aumentaram os atendimentos de urgência e emergência, essas despesas foram compensadas pela diminuição no número de outros atendimentos desatrelados do covid-19 como consultas, cirurgias eletivas, dentre outros.

Além disso, o ordenamento civil brasileiro adotou a Teoria do risco, segundo a qual aquele que se beneficia dos bônus deve também suportar os ônus da atividade econômica desenvolvida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desse modo, eventual tentativa de transferência de despesas para os consumidores como forma de minimizar seus custos ofende o princípio da boa fé objetiva, o qual deve nortear todos os contratos. Ao encontro dessa interpretação vem Silva (2020), ao avaliar que

> este mecanismo de sinistralidade que permite à operadora transferir os riscos da atividade originalmente assumidos mediante aumento das contraprestações mensais, faz com que haja vantagem excessiva frente aos consumidores, o que viola o advento das normas contidas nos artigos 39, V e art. 51, XIII do Código de Defesa do Consumidor, além de descaracterizar a própria natureza e base objetiva do contrato firmado, que pressupõe a possibilidade de prejuízo simultânea ao lucro – dito isso porque o que as operadoras querem fazer é substituir o caráter aleatório do contrato tornando-o comutativo somente para a operadora, o que viola prelados mínimos da essência de uma ideia de boa-fé objetiva (isso – esse tipo de estratagema, são as letrinhas miúdas que se deve conter no século XXI).

Ademais, a outra explicação para a mudança de posicionamento da ANS foi a suspeita de imprecisão dos testes sorológicos, que ainda estariam sendo objetos de estudos científicos, e, portanto sem eficácia definitivamente comprovada. Quanto a esse aspecto é fato que além de ainda não haver uma vacina ou tratamento específico para essa moléstia, o mesmo não se pode afirmar no que compete aos exames diagnósticos. Isto porque

> na comunidade médica há quem defenda a importância dos testes sorológicos, uma vez que eles servem para identificar se a pessoa possui em seu organismo os anticorpos relacionados ao covid-19, demonstrando-se, assim, se a pessoa já foi infectada e/ou adquiriu imunidade ao vírus, podendo, inclusive, auxiliar em estatísticas e adoção de políticas púbicas voltadas ao combate do coronavírus. (PAULA JÚNIOR, 2020).

Aliás, a testagem em massa integra a política recomendada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) ao lado do isolamento social, mesmo que tais medidas sofrerão variações de país para país, a depender do contexto político, econômico e social de cada um.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Então, em 13 de agosto de 2020, mais uma vez a ANS reviu sua decisão, determinando novamente a obrigatoriedade de cobertura dos testes sorológicos de detecção do Covid-19 pelos planos de saúde.

Avalia-se que, apesar da indecisão demonstrada pelo órgão tendo em vista essas mudanças de posicionamento que provocam insegurança jurídica, em um momento já instável pela própria pandemia e seus desdobramentos, finalmente a ANS optou pela solução mais acertada e consentânea com a defesa dos direitos dos consumidores.

4.Entendimento do Poder Judiciário sobre a questão

Os Tribunais pátrios vêm decidindo majoritariamente pelo deferimento de pedidos em ações de obrigações de fazer nas quais o autor é consumidor enfermo, com suspeita de ter contraído Covid-19 e foi impossibilitado de fazer o exame diagnóstico por recusa de plano de saúde contratado.

Um desses casos foi o processo nº 0701742-10.2020.8.07.0014 no qual a juíza de Direito Wannnessa Dutra Carlos do Juizado Especial Cível do Guará, DF, acolheu liminar que requeria a cobertura de exames necessários ao diagnóstico de Covid-19 por mulher com suspeita de infecção.

A autora em questão ajuizou a ação alegando que a operadora do plano de saúde negou a autorização para o teste mesmo com a requisição médica, ao que a empresa retorquiu que a solicitante não se enquadrava na hipótese de casos suspeitos, argumento que foi desconstruído pelas provas apresentadas nos autos.

Na decisão, a magistrada deferiu a liminar para a autorização dos exames em qualquer estabelecimento hospitalar ou laboratório integrante da rede conveniada do plano reclamado, sob pena de multa, consoante se transcreve a seguir:

> A antecipação pretendida depende do preenchimento de dois requisitos, quais sejam, a demonstração da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, os quais se fazem presentes no caso ora em exame.
>
> Ademais, nos casos de obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige somente os requisitos previstos no art. 461, CPC, vale dizer, relevância dos fundamentos e justificado receio de ineficácia do provimento final.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os documentos colacionados comprovam que a parte autora enquadra-se entre os casos suspeitos de contaminação por COVIC-19 (ID59515236).

Todavia, já decorreu mais de 10 dias desde o início dos sintomas e a parte autora permanece com sintomas leves, o que reforça a necessidade de permanecer em ISOLAMENTO DOMICILIAR, o qual, nesse atual estado de evolução do risco de contágio está sendo aconselhado a toda a população brasileira.

A Portaria 356, de 11 de março de 2020, editada para regulamentar os procedimentos previsto na Lei 13.979/2020, dispõe em seu artigo 3º: Art. 3º

A medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local.

§ 1º A medida de isolamento somente poderá ser determinada por prescrição médica ou por recomendação do agente de vigilância epidemiológica, por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias, podendo se estender por até igual período, conforme resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão.

§ 2º A medida de isolamento prescrita por ato médico deverá ser efetuada, preferencialmente, em domicílio, podendo ser feito em hospitais públicos ou privados, conforme recomendação médica, a depender do estado clínico do paciente.

§ 3º Não será indicada medida de isolamento quando o diagnóstico laboratorial for negativo para o SARSCOV-2.

§ 4º A determinação da medida de isolamento por prescrição médica deverá ser acompanhada do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente, conforme modelo estabelecido no Anexo I.

§ 5º A medida de isolamento por recomendação do agente de vigilância epidemiológica ocorrerá no curso da investigação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

epidemiológica e abrangerá somente os casos de contactantes próximos a pessoas sintomáticas ou portadoras assintomáticas, e deverá ocorrer em domicílio.

§ 6º Nas unidades da federação em que não houver agente de vigilância epidemiológica, a medida de que trata o § 5º será adotada pelo Secretário de Saúde da respectiva unidade.

§ 7º A medida de isolamento por recomendação será feita por meio de notificação expressa à pessoa contactante, devidamente fundamentada, observado o modelo previsto no Anexo II. (GRIFEI).

Nesse aspecto, recomenda-se que a autora e seus familiares, permaneçam em regime de isolamento domiciliar voluntário, todavia, em havendo evolução dos sintomas, deverá procurar estabelecimento hospitalar a fim de se submeter ao tratamento e exames oportunamente solicitados.

Com tais considerações, DEFIRO a antecipação dos efeitos da tutela de urgência para DETERMINAR seja AUTORIZADO, pela parte requerida, a realização dos exames necessários para diagnosticar contágio por coronavirus, em estabelecimento hospitalar, ou laboratórios particulares conveniados ao plano de saúde, uma vez que a RN 453 da ANS não traz qualquer restrição a esse respeito, sob pena de MULTA PECUNIÁRIA no valor de R$600,00. INTIMEM-SE.

(TJ-DF e Territórios. Ação de fazer com pedido de liminar nº 0701742-10.2020.8.07.0014, do Juizado Especial Cível do Guará. Relatora: drª. Wannessa Dutra Carlos. Data do Julgamento: 23/03/2020. Data de Publicação: DJe: 23/03/2020).

Percebe-se que desde o início da pandemia no Brasil, casos como esses vêm se repetindo pelo país. Pela própria natureza dessa pesquisa optou-se por trazer um único julgado, a título de exemplificação da forma como nossos Tribunais têm decidido nessas situações.

Decisões como a que abordamos são importantes porque desencorajam o descumprimento contratual por parte dos planos de assistência médica, garantindo que o contrato possa cumprir seus fins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A responsabilidade civil *in casu* é a objetiva, ou seja, aquela que independe da averiguação de culpa ou dolo, bastando apenas a superveniência de dano derivado da conduta do agente. Essa espécie de responsabilidade além de prevista no Código Civil foi a adotada pela Lei 8.078/1990 em relação ao fornecedor de produtos ou serviços por danos oriundos destes, nos artigos 12, 13 e 14.

> Em verdade, é preciso se explicitar que se pode discutir culpa em sede de responsabilidade civil objetiva. Todavia, isso somente ocorrerá se houver provocação do réu nesse sentido, suscitando, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima (o que quebraria o nexo causal) ou a culpa concorrente (que é elemento para fixação da indenização).
>
> A diferença da responsabilidade civil objetiva para a subjetiva não está, portanto, na possibilidade de discutir culpa, mas, sim, na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus da prova, pois, na responsabilidade civil subjetiva (seja de culpa provada ou de culpa presumida), o julgador tem de se manifestar sobre a culpa, o que somente ocorrerá acidentalmente na responsabilidade civil objetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 863).

Além disso, é sabido que sempre existe a possibilidade de inversão do ônus da prova nas causas consumeristas, visto que o Código de Defesa do Consumidor assim o previu no art. 6, VIII, ante a hipossuficiência dos consumidores em relação aos fornecedores.

A adoção desse tipo de responsabilidade pelo CDC está arrimada em alguns pressupostos. Dentre eles tem-se a assunção do risco da atividade econômica, a produção em série, que inevitavelmente ocasiona a maior incidência de vícios e defeitos nos produtos, apesar de toda evolução tecnológica e, ainda, por conta da maior dificuldade do consumidor em comprovar a culpa dos fornecedores pelos produtos viciados.

Esses fundamentos são abordados de forma extremamente didática por Nunes (2011), no qual esclarece que:

> Vê-se, só por isso, que, se o consumidor tivesse de demonstrar a culpa do produtor, não conseguiria. E, na sistemática anterior do Código Civil (art. 159), o consumidor tinha poucas chances de ressarcir-se dos prejuízos causados pelo produto ou pelo serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Além disso, ainda que culpa houvesse, sua prova como ônus para o consumidor levava ao insucesso, pois o consumidor não tinha e não tem acesso ao sistema de produção e, também, a prova técnica posterior ao evento danoso tinha pouca possibilidade de demonstrar culpa. Poder-se-ia dizer que antes — por incrível que possa parecer — o risco do negócio era do consumidor. Era ele quem corria o risco de adquirir um produto ou um serviço, pagar seu preço (e, assim, ficar sem seu dinheiro) e não poder dele usufruir adequadamente ou, pior, sofrer algum dano.

Portanto, o consumidor que vier a ser lesado por negativa de plano de saúde em cobrir os testes sorológicos para detecção de Covid-19 fará jus a ter seu direito à saúde atendido, assim como aos danos materiais e morais resultantes da conduta omissiva da empresa contratada.

Ainda dentro desse tema, faz-se oportuno comentar acerca de uma prática jurídica comum em outras nações, mas que encontra ainda resistência entre a doutrina e jurisprudência brasileiras, "a indenização punitiva".

As origens dessa prática remonta aos Estados Unidos, um dos países pioneiros na legislação protetiva aos direitos do consumidor, lá denominada como *punitive damages*. A ideia desta é aplicar penas pecuniárias aos infratores de modo que as multas não tenham mero caráter reparatório, mas também compensatório e pedagógico. Visa assim, a um só tempo, punir os infratores e desmotivá-los a violarem novamente as normas.

Essa Teoria tem maiores adeptos na seara dos Direitos consumerista e ambiental, no caso do primeiro, sobretudo, por conta da vulnerabilidade do consumidor já comentada alhures e no segundo caso, por conta do bem jurídico tutelado. De fato, nota-se que

> a indenização de cunho apenas reparatório, há muito, não tem atendido a todas as situações da vida. Muitas vezes, o simples ressarcimento do indivíduo lesado, preconizado na teoria tradicional da responsabilidade civil, se mostra insuficiente para responder aos problemas de uma sociedade multicultural, pluralista e democrática, cabendo ao direito, estabelecer novos limites, além de prevenir e solucionar os conflitos apresentados pela sociedade contemporânea. (SILVEIRA, 2016).

Além disso, na prática, observa-se que muitas vezes os valores irrisórios das multas reparatórias aplicadas acabam tornando-se simbólicas, fazendo com que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

muitos infratores tornem-se contumazes por acharem mais vantajoso descumprirem a lei para aumentarem seus lucros. Para os defensores de sua aplicação, dentre os quais nos incluímos,

> A função punitiva tem o objetivo de reforçar as sanções sob o escopo da responsabilidade civil, a fim de funcionar de maneira hábil a mitigar a possibilidade de se efetivar a hipótese na qual o agente perceba que as consequências da sua conduta serão inferiores ao proveito auferido pela conduta ilícita, inibindo, por exemplo, delitos em massa envolvendo as relações de consumo e os danos de âmbito ambiental. (SILVEIRA, 2016).

Obviamente reconhece-se que a adoção dessa medida requer parcimônia, com a definição de critérios específicos, sob pena de banalizar sua aplicação. Um desses requisitos é a proporcionalidade. Não é justo, tampouco razoável, aplicar a um microempresário uma multa de mesmo valor que a aplicada a uma corporação multinacional, por exemplo. Também há que se ajustar o valor da sanção à gravidade do delito.

Alguns juristas defendem sua aplicação, desde que esta seja previamente definida em lei, como Theodoro Júnior (2017, p. 148) que aduz:

> O caráter punitivo da reparação do dano moral no âmbito das relações de consumo é defendido, doutrinariamente, como prevenção contra as grandes corporações que dominam a prestação dos serviços essenciais no mundo capitalista atual. As multas apenas simbólicas não intimidam os grandes fornecedores. É preciso introduzir no Brasil, a exemplo do que ocorre no primeiro mundo, a "indenização punitiva", para defender a sociedade consumerista da desídia notada na prestação dos serviços monopolizados e daqueles prestados por megacorporações.
>
> [...]
>
> O esforço justo para que as indenizações punitivas sejam adotadas no Brasil, em nome da prevenção contra os prejuízos graves suportados pelos consumidores, no quadro atual de nosso ordenamento jurídico, há de voltar para o plano legislativo e não para o judiciário.

No objeto específico desta análise, qual seja, a conduta dos planos de saúde em negar cobertura de exames diagnósticos de Covid-19 para seus usuários, mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quando estes preenchem todos os requisitos legais para tanto, se configura claramente em prática abusiva, a qual deve ser severamente reprimida, não só por direcionarem-se contra consumidores hipervulneráveis, com a saúde física e/ou psicológica comprometida, mas ainda por o fazerem em um momento de calamidade, a pandemia global.

Considerando-se que, via de regra, as empresas que comercializam planos de assistência à saúde possuem alta lucratividade, mantida, pela própria natureza aleatória do contrato e pelos reajustes periódicos autorizados por lei, não se configura nenhum absurdo a aplicação do raciocínio encampado pela Teoria do desestímulo.

Esta se torna uma importante aliada, na medida em que serve como fator de inibição de novas práticas abusivas por parte de operadoras de planos de saúde e ajuda a conferir maior segurança jurídica e a reduzir a judicialização das relações de consumo, estimulando o respeito à boa fé e a lisura contratuais.

5.Conclusão

Neste trabalho foi feita uma pesquisa bibliográfica acerca do tema escolhido, especialmente em fontes jurídicas como leis, doutrinas, jurisprudências e sites de revistas e periódicos jurídicos especializados, assim como sites de notícias que abordaram a situação-problema investigada.

Procedeu-se à leitura, reflexão e análise minuciosa do material levantado, associando-o sempre ao conteúdo das aulas ministradas nas disciplinas que compõem o curso.

Foi verificado que as demandas judiciais envolvendo planos de saúde e de assistência médico hospitalar e seus beneficiários têm aumentado, na maioria das vezes motivada pelo inadimplemento de obrigações contratuais por parte das empresas, mormente ao seu próprio objeto, a cobertura de exames, consultas e tratamentos.

Percebeu-se ainda, que, durante o período de pandemia no Brasil (meados de março de 2020 até os dias atuais) muitos beneficiários denunciaram a negativa ou obstaculização da cobertura de exames diagnósticos de Covid-19 por parte dos planos de saúde com os quais contrataram, colocando em risco sua saúde e, pela gravidade que a moléstia pode alcançar, até mesmo suas vidas.

Sensível a esse problema, a Agência Nacional de Saúde, editou as Resoluções Normativas nº 453 e 457, entendendo que a cobertura desses exames pelos planos de saúde é obrigatória. No entanto, alterou seu entendimento, suspendendo sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aplicação em decisão de 17 de julho de 2020. Em 13 de agosto, contudo, mais uma vez reviu sua postura e optou por manter a obrigatoriedade determinada nas Resoluções citadas.

Compreende-se que essas mudanças de posicionamento por parte da ANS provocaram insegurança jurídica. Com efeito, a jurisprudência nacional tem estado dividida no que concerne às querelas que versam sobre esse objeto.

Não obstante esse fato, na pesquisa realizada, foi apurado que a maioria dos julgados decidiu em favor do consumidor beneficiário de plano, estipulando a obrigatoriedade do plano em autorizar a feitura dos exames requeridos. Esse entendimento refletiu-se em processos de diferentes estados do país, demonstrando que a tendência futura será a provável sedimentação do mesmo no Judiciário.

Conclui-se ainda que além da legislação protetiva do consumidor e de medidas para conferir-lhe eficácia, é fundamental a informação dos consumidores quanto aos seus direitos. Isto porque, para compreender que tiveram seus direitos violados e buscar a Justiça, é mister que tenham ciência acerca deles.

Ressalta-se ainda a importância do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da interferência do Estado no sentido de garantir a liberdade de escolha e de coibir práticas abusivas por parte de fornecedores de produtos ou serviços. Na situação em tela, as Resoluções Normativas da ANS, a despeito de sua suspensão temporária vieram reafirmar uma obrigação que já é intrínseca, pela própria finalidade dos contratos de prestação de assistência médica.

Os fornecedores de serviços que recusarem-se a cumprir as obrigações contratuais, devem ser compelidos a fazê-lo pela via judicial, arcando com o descumprimento de eventuais prejuízos materiais e /ou morais infligidos ao consumidor.

Por fim, discutiu-se a possibilidade de adoção e aplicabilidade da Teoria do Desestímulo, a qual prediz que além da multa reparatória em casos como o objeto da presente discussão, seria cabível a imposição de multa com caráter sancionatório e pedagógico com o escopo de desencorajar novas infrações. Multa essa que deve se harmonizar com o princípio da proporcionalidade, não perdendo de vista o equilíbrio entre o delito e a sanção, e atentando sempre para a situação econômica do fornecedor.

Presume-se que todas as medidas mencionadas contribuem para uma maior conscientização das operadoras de planos de saúde e assistência médica, principalmente por conta de seus contratos envolverem os bens jurídicos mais importantes do ordenamento brasileiro, a vida, a saúde e a dignidade humanas. Tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

percepção é indispensável para que crescimento econômico ande de mãos dadas com justiça social nas relações de consumo.

6.Referências

ALMEIDA, Ana Tereza. Coronavírus: estudo propõe medidas para o combate da doença nas periferias. **G1:** 06 de abril de 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/04/06/coronavirus-estudo-propoe-medidas-para-o-combate-da-doenca-nas-periferias.ghtml. Acesso em 15 maio 2020.

BARROS, Fernando Passos Cupertino de; DELDUQUE, Maria Célia; SANTOS, Alethele de Oliveira. O direito à saúde e a proposta de cobertura universal. *In*: Plano Estratégico de Cooperação em Saúde na CPLP (Suplemento 1). **Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical**, Universidade Nova de Lisboa v. 15, p. 51-55, 2016. Disponível em: https://anaisihmt.com/index.php/ihmt/article/view/106. Acesso em 06 maio 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais**:

beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2010-2020). Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários-SIB/ANS/MS - Dados atualizados até 07/2020. Disponível em: http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais. Acesso em 05 ago. 2020. [2020a].

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 453 de 12 de março de 2020**. Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2020, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/RES/RES-453-20-MS-ANS.htm. Acesso em: 19 maio 2020. [2020b].

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 457 de 28 de maio de 2020**. Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para a infecção pelo Coronavírus (COVID-19). Disponível em: http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzkwOQ==#:~:text=Altera%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20%2D%20RN,Coronav%C3%ADrus%20(COVID%2D19). Acesso em: 01 jun. 2020. [2020c].

_____. Código civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Constituição (1988). Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 76/2013, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 mar. 2020.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. (Código de Defesa do Consumidor). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2020.

_____. Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998. (Lei dos Planos de Saúde). Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, seção 1, Brasília, DF, n.105, p. 1, 04 jun. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____ Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus** (atualizado em 28 ago. 2020). Painel de casos de doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 29 ago. 2020. [2020d].

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 608**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=608. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação de fazer com pedido de liminar nº 0701742-10.2020.8.07.0014**, do Juizado Especial Cível do Guará. Autora: V.A T. Réu: S.A. Cia N.S. Relatora: drª. Wannessa Dutra Carlos. Brasília, 23 de março de 2020. Disponível em: https://pje.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=3f1f9fd4b41d2166be9aa52c7f58e1b86841cbf2061a000254c47e482112a2e01af2c0cc46cb51970112f1e3293cc105be5bc79f7d60c86f&idProcessoDoc=60014565. Acesso em 17 jun. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil, volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3**: contratos e atos unilaterais. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GRUBER, Arthur. Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença. **Jornal da Universidade de São Paulo (USP)**: 14 de abril de 2020. Disponível em https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/. Acesso em 12 jun. 2020.

JANSEN, Roberta. Brasil acerta nas medidas no combate ao coronavírus, mas desigualdade preocupa, dizem especialistas. **O Estado de São Paulo**: 23 de março de 2020. Disponível em: https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-acerta-nas-medidas-no-combate-ao-coronavirus-mas-desigualdade-preocupa-dizem-especialistas,70003244085. Acesso em 08 jul. 2020.

MAIA, Katia. Ausência do poder público obriga periferia a tomar inciativas de combate ao corona vírus. **Oxfam Brasil**: 30 de abril de 2020. Disponível em: https://oxfam.org.br/noticias/ausencia-poder-publico-obriga-periferia-tomar-iniciativas-contra-coronavirus/. Acesso em 10 ago. 2020.

NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. Desigualdade social e coronavírus. **O tempo**: 01 de abril de 2020. Disponível em: https://www.otempo.com.br/opiniao/artigos/desigualdade-social-e-coronavirus-1.2318880. Acesso em 11 ago. 2020.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. A base da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor: o risco da atividade. **Migalhas**, ISSN 1983-392X: 28 de julho de 2011. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/138170/a-base-da-responsabilidade-objetiva-no-codigo-de-defesa-do-consumidor-o-risco-da-atividade. Acesso em: 03 ago. 2020.

PAULA JÚNIOR, Ismael Moisés. Análise crítica da decisão da ANS sobre custeio de testes sorológicos da covid-19. **Migalhas,** ISSN 1983-392X: 29 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/331365/analise-critica-da-decisao-da-ans-sobre-custeio-de-testes-sorologicos-da-covid-19. Acesso em: 29 ago. 2020.

SANARMED. **Artigos, Notícias, Casos clínicos e Análises para médicos**. Pandemias na História: o que há de semelhante e de novo na Covid-19: 07 de abril de 2020. Disponível em https://www.sanarmed.com/pandemias-na-historia-comparando-com-a-covid-19. Acesso em 09 jul. 2020.

SILVA, Julio César Ballerini. Coronavírus e contratos de plano de saúde. **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6117, 31 mar. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/80635. Acesso em: 27 ago. 2020.

SILVEIRA, Renato Azevedo Sette da. Função punitiva da responsabilidade civil. **Migalhas**, ISSN 1983-392X: 30 de novembro de 2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/249706/funcao-punitiva-da-responsabilidade-civil. Acesso em 23 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TIENGO, Rodolfo. Planos de saúde dificultam acesso a testes da Covid-19 na região de Ribeirão Preto, dizem pacientes: 'só em caso muito grave'. **G1 Ribeirão Preto e Franca**: 29 de junho de 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2020/06/29/planos-de-saude-dificultam-acesso-a-testes-da-covid-19-na-regiao-de-ribeirao-preto-dizem-pacientes-so-em-caso-muito-grave.ghtml. Acesso em 04 jul. 2020.

www.conteudojuridico.com.br

EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O NOVO MODELO DE CONTROLE DE PONTO POR EXCEÇÃO À JORNADA REGULAR DE TRABALHO INSTITUÍDO PELA LEI 13.874/2019.

SAULO FARIA DE OLIVEIRA - Advogado Cível e Trabalhista, Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Processo Penal pelo Instituto A Vez do Mestre (Universidade Cândido Mendes)

Resumo: O presente artigo possui como tema central a investigação da lógica da recente inovação legislativa de registro de controle de ponto por exceção autorizado expressamente pela Lei de Liberdade Econômica nº 13.874/2019 (que incluiu a nova redação do § 4º do artigo 74 da CLT). Assim, inicialmente conceitua-se o ponto por exceção e, após, analisa-se brevemente a flexibilização das normas trabalhistas que permitiu às empresas a adoção do ponto por exceção como sistema alternativo de controle de jornada. Em seguida, é traçado um panorama em relação à evolução da jurisprudência do ponto por exceção, com apresentação de 03 (três) casos práticos julgados no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho. Por fim, demonstram-se os aspectos sobre a constitucionalidade do ponto por exceção regulado pela Lei 13.874/2019.

Palavra-chave: Registro de Ponto por Exceção à Jornada Regular de Trabalho. Flexibilização Trabalhista. Jurisprudência. Constitucionalidade.

Abstract: This article has as its central subject the investigation of the logic of the recent legislative innovation of registration of point control by exception expressly authorized by the Economic Freedom Law nº 13.874/2019 (which included the new wording of § 4 of article 74 of the CLT). Thus, initially the point is conceptualized by exception and, afterwards, the flexibilization of labor standards is briefly analyzed, which allowed companies to adopt the point by exception as an alternative system of journey control. Then, a panorama is outlined in relation to the evolution of the jurisprudence of the point by exception, with the presentation of 03 (three) practical cases judged within the scope of the Superior Labor Court. Finally, the aspects about the constitutionality of the point are demonstrated by exception regulated by Law 13.874/2019.

Sumário: Introdução. 1 Registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho. 1.1 Definição. 1.2 Flexibilização das normas trabalhistas. 1.3 Posicionamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Jurisprudencial. 1.4 Aspectos sobre a constitucionalidade do ponto por exceção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O controle de ponto por exceção à jornada regular de trabalho é aquele em que há marcação apenas das exceções verificadas, sendo desnecessário, então, a anotação do horário de entrada, saída e intervalos. Logo, nesse sistema de controle serão anotadas, por exemplo, horas extras, ausências, férias, abonos e licenças.

Com a entrada em vigor da Lei 13.874/2019, que alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, houve autorização legislativa expressa para adoção do registro de ponto por exceção, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, conforme disposição contida no artigo 74, § 4º, da CLT.

A norma que instituiu o ponto por exceção buscou trazer mais simplicidade e segurança jurídica aos empregadores que desejam adotar essa nova modalidade de controle de jornada de trabalho.

A análise sobre a flexibilização das normas trabalhista é importante para demonstrar a evolução da jurisprudência em relação ao tema, bem como o estudo sobre o posicionamento jurisprudencial em relação a esse novo instituto criado pela norma celetista.

Ademais, também será objeto de abordagem alguns aspectos sobre a constitucionalidade do ponto por exceção após a edição da Lei 13.874/2019, com o fim de melhor compreender as balizas jurídicas sobre a validade na adoção do sistema de controle de ponto por exceção à jornada regular de trabalho.

1. REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO À JORNADA REGULAR DE TRABALHO

1.1. Definição

Define-se o controle de ponto por exceção como aquele em que há marcação apenas do labor extraordinário eventualmente realizado, sendo desnecessário, assim, a anotação pelo empregado de seus horários de entrada, saída e intervalos. Também podem ser anotadas as ausências, atrasos, férias, abonos e licenças.

Entendeu-se ser possível a utilização dessa modalidade de controle diante da regulamentação pela Portaria nº 1.120/95 do Ministério do Trabalho e Emprego69 que permitiu a adoção de sistemas alternativos para delimitar o horário de trabalho.

69 O artigo 1º da Portaria nº 1.120/1995 dizia o seguinte: "Os empregadores poderão adotar sistemas alternativos de controle da jornada de trabalho, desde que autorizados por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho". A referida norma ministerial foi substituída pela Portaria nº 373 de 25/02/2011 que manteve no seu art. 1º idêntico conteúdo da portaria revogada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Algumas empresas, então, buscaram na utilização do ponto por exceção uma forma de controle de jornada de trabalho que oferecia maior simplicidade e menor custo em comparação ao modelo tradicional, já que para cumprir os procedimentos referentes à anotação de horário de entrada e saída se exige constantes investimentos em recursos materiais, humanos e tecnológicos.

1.2. Flexibilização das Normas Trabalhistas

A Consolidação das Leis Trabalhistas ao longo do tempo sofreu muitas mudanças, por óbvio, mas mantendo como princípio norteador máximo a regra fundamental da proteção ao trabalhador.

Ocorre que as evoluções tecnológicas nem sempre são acompanhadas pelas alterações legislativas, permanecendo a CLT estagnada no passado, inclusive, contemplando profissões que nem mais existem.

A dissonância entre a realidade e o mundo legal, se este não permitir a recepção daquela, tende a trazer um engessamento nas relações entre trabalhador e patrão, provocando consequências desagradáveis na própria cadeia produtiva. Daí porque o princípio protetor tende a se deslocar, em certa medida, do trabalhador para a proteção do trabalho, considerando que o empregado de meados do século XX não é o mesmo do século XXI.

Há que ser levado em conta, ainda, as sucessivas crises econômicas com impactos lesivos não somente ao trabalhador, mas à própria sociedade com o aumento considerável do nível de desemprego ou subemprego. Ainda que um dos princípios do direito laboral seja a alteridade (risco do negócio assumido pelo empregador, conforme artigo 2º da CLT), faz-se necessário, na modernidade em que se nota considerável aumento da competitividade e escassez produtiva, a calibragem da preservação do mercado de trabalho e do incentivo a investimentos produtivos geradores de emprego.

Não se pode olvidar que há fundamentos básicos na Constituição da República em relação à proteção do trabalho como valor social, bem como referente à valoração da livre iniciativa, conforme art. 1º, IV, da CF/88. Além disso, existem princípios norteadores de ordem econômico-financeira em relação à busca do pleno

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

emprego (art. 170, VIII, da CF/88)70, da livre iniciativa (art. 170, parágrafo único, da CF/88)71 e redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII, da CF/88)72.

A flexibilização trabalhista, portanto, visa garantir a sobrevivência das atividades empresariais e manter os empregos em condições mínimas condizentes com a dignidade do trabalhador, permitindo a realização dos fundamentos da República, garantindo os valões sociais do trabalho e da livre iniciativa, aplicando-se a *regra da ponderação* entre interesses, ao mesmo tempo garantido a proteção ao trabalhador, harmonizando-a com a necessidade da própria manutenção dos empregos.

É bom destacar a diferença conceitual entre flexibilização e desregulamentação trabalhistas, servindo como exemplo desse último as relações cooperativistas de trabalho.73

A desregulamentação trabalhista assim é definida por Delgado (2019, p. 74):

> A *desregulamentação trabalhista* consiste na retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa. Em contraponto ao conhecido expansionismo do Direito do Trabalho, que preponderou ao longo da história desse ramo jurídico no Ocidente, a desregulamentação trabalhista aponta no sentido de alargar espaços para fórmulas jurídicas novas de contratação do labor na vida econômica e social, naturalmente menos interventivas e protecionistas. Nessa medida, a ideia de desregulamentação
>
> é mais extremada do que a ideia de flexibilização, pretendendo afastar a incidência do Direito do Trabalho sobre certas relações socioeconômicas de prestação de labor.

70 Art. 170 da CF/88. 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: VIII - busca do pleno emprego.

71 Art. 170, parágrafo único, da CF/88. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

72 Art. 170 da CF/88. 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: VII - redução das desigualdades regionais e sociais.

73 O cooperativismo despontou no Brasil por meio da Lei n. 8.949/94, que inseriu o parágrafo único no art. 442 da CLT. Depois, a figura jurídica passou a ser disciplinada de maneira mais minuciosa pela Lei nº 12.690/2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> A desregulamentação (ou desregulação) trabalhista ocorre, regra geral, por meio de iniciativas legais, que abrem exceção ao império genérico da normatização trabalhista clássica.

Como se pode inferir, o processo de desregulamentação é mais abrangente no sentido de afastar ao máximo as regulações estatais, ao passo que na flexibilização o que se busca, em geral, é a ponderação principiológica entre as normas protetivas do trabalho e os fundamentos básicos de incentivo à produção e ao livre mercado.

Esse debate social sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas não demorou muito a ser tema principal no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 590.415/SC (Tema 152, com repercussão geral), julgado em 29/05/2015, e do Recurso Extraordinário nº 895.759/PE, julgado em 09/12/2016.

É nesse contexto de reformas que, logo após a consolidação firmada pela jurisprudência do STF, surgiu a Lei nº 13.467/2017, implementadora de algumas medidas de desregulamentação e de flexibilização trabalhistas, dentre as quais se destaca, em especial, a valorização dos poderes da negociação coletiva trabalhista implementada pelo novo art. 611-A da CLT, norma que deve ser conjugada com o novo art. 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho.

Importante dizer que existem dispositivos constitucionais (artigo 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, da CF/88)74 e normas internacionais (Convenções OIT nº 98/1949 e nº 154/1981)75 que fixam os parâmetros da autonomia negocial coletiva e

74 Art. 7º da CF/88. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

75 A Convenção OIT nº 98 de 1949, que dispõe sobre a aplicação dos princípios do direito de organização e de negociação coletiva, assim dispõe no seu artigo 4º: "Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego".

Igual sentido as disposições da Convenção OIT nº 154 de 1981 que trata da negociação coletiva: Art. 5º. 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva. 2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que: a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção; b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os anexos a, b e c do artigo 2 da presente Convenção (a - fixar as condições de trabalho e emprego; b - regular as relações entre empregadores e trabalhadores; c - regular as relações entre os empregadores ou suas organizações

incentivam o seu prestígio como instrumento de composição de conflitos coletivos de trabalho.

Em relação às normas infraconstitucionais, a Lei 13.467/17 fixou parâmetros específicos do que se pode ou não negociar e flexibilizar, conforme regra estabelecida nos artigos 611-A e 611-B da CLT.

Entretanto, é preciso afirmar que, após reforma trabalhista, a matéria constitucional sobre a prevalência do negociado e da autonomia da vontade dos contratantes (empregado e empregador), que ajustam vantagens recíprocas por meio de acordo coletivo, voltou a debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

É o que se extrai do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.121.633/GO76, com reconhecimento em 03/05/2019 da existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (Tema 1.406) e que não foi reafirmada a jurisprudência dominante sobre a matéria (RE 590.415-SC e RE 895.759/PE), qual seja, validade de cláusula de acordo coletivo que flexibiliza direitos trabalhistas.

Portanto, a matéria ainda se encontra pendente de julgamento no STF, estando suspensas todas as ações (individuais e coletivas) que versam sobre o tema, uma vez reconhecida a repercussão geral (art. 1.035, § 5º, do CPC/2015)77.

---

e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez); c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores; d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas; e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva. Art. 6º - As disposições da presente Convenção não obstruirão o funcionamento de sistemas de relações de trabalho, nos quais a negociação coletiva ocorra num quadro de mecanismos ou de instituições de conciliação ou de arbitragem, ou de ambos, nos quais tomem parte voluntariamente as partes na negociação coletiva. Art. 7º - As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores. Art. 8º - As medidas previstas com o fito de estimular a negociação coletiva não deverão ser concebidas ou aplicadas de modo a obstruir a liberdade de negociação coletiva.

76 O processo ARE 1.121.633/GO, cuja relatoria pertence ao Ministro Gilmar Mendes, possui origem em ação trabalhista que deferiu pagamento de horas extras decorrentes de horas *in itinere* porque a empresa localiza-se em local de difícil acesso com horário de transporte público incompatível com a jornada de trabalho. A empresa, no entanto, alega a validade de cláusula do acordo coletivo de trabalho que suprime o pagamento do respectivo tempo de percurso, já que houve vantagens recíprocas negociadas em acordo coletivo e que fica distanciada apenas a 3,5 Km da zona urbana.

77 Art. 1.035, § 5º, do CPC/2015. Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1.3. Posicionamento Jurisprudencial

A nova modalidade de ponto por exceção vinha sofrendo ampla resistência na doutrina e na jurisprudência ao fundamento de que ofendia norma de ordem pública, uma vez que a norma celetista (art. 74, § 2º, da CLT) tornava obrigatória a anotação dos horários de início e fim da jornada de trabalho para os estabelecimentos com mais de 10 (dez) empregados.78

Para ilustrar o que se diz, citam-se julgados, anteriores à Lei 13.467/2017, de todas as 08 (oito) Turmas do TST: RR-25700-68.2008.5.15.0126, AIRR-564-06.2011.5.15.0113, ARR-115-31.2014.5.12.0047, RR-63300-17.2012.5.17.0001, AIRR-1192-40.2011.5.04.0003, AIRR-38-60.2013.5.04.0732, AIRR-1366-08.2010.5.01.0055, AIRR-259600-03.2008.5.02.0035.

No entanto, especialmente a partir de 2015 com os precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal em relação à prevalência do negociado e à autonomia da vontade das partes em flexibilizar direitos trabalhistas (RE nº 590.415/SC e RE nº 895.759/PE), entendimento que passou a ser adotado em alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho.

Então, iniciou-se uma fase de reformulação da jurisprudência laboral que parece se inclinar favoravelmente à validade da adoção desse sistema de controle de jornada por exceção, principalmente depois da Reforma Trabalhista ter conferido a prevalência da negociação coletiva sobre o legislado (artigo 611-A da Lei 13.467/2017). Com a Lei 13.874/2019, passou a CLT, com a inclusão do § 4º do art. 74, a prever, expressamente, o controle de ponto por exceção.

Entretanto, com o intuito de demonstrar a evolução de interpretação jurisprudencial do TST sobre a adoção desse sistema de controle de jornada por exceção, apresenta-se a seguir uma breve síntese de 03 (três) julgados relativos a fatos ocorridos antes da Reforma Trabalhista engendrada pela.13.467/2017.

O primeiro julgado trata da ação trabalhista nº 1519-14.2013.5.12.0028 em que foi postulado o pagamento de horas extras, dentre outros pedidos. A terceira turma do TST concluiu ser inválida a adoção do sistema do ponto por exceção, conforme acórdão publicado em 19/02/2016.

Alegou o reclamante ter prestado serviços à empresa reclamada durante o período compreendido entre 01/2006 a 07/2013, sem ter recebido corretamente o pagamento das horas extras prestadas.

78 Com os acréscimos da Lei 13.874/2019, a obrigatoriedade da anotação da hora de entrada e de saída passou a ser das empresas com mais de 20 (vinte) trabalhadores.

Na sua defesa a empresa alegou que adotava o sistema de controle de jornada por exceção, modalidade na qual somente eram registrados os horários quando havia o labor superior ou inferior à jornada regular de trabalho, com observância à Portaria nº 373/2011 do Ministério do Trabalho e às normas coletivas de trabalho.

Ainda, a reclamada esclareceu que, conforme disposto em norma coletiva, sempre foram emitidos os relatórios mensais com a indicação das exceções ocorridas ou não, para que o empregado pudesse realizar a conferência e, com efeito, a validação ou retificação das informações registradas.

A sentença proferida pelo juízo de origem invalidou o sistema de ponto por exceção adotado pela empresa por verificar que não é o próprio empregado que registra as horas extraordinárias realizadas.

O fundamento judicial foi no sentido de que a empresa deixou de anexar o relatório de ingresso e saída do autor, ao argumento de os registros apresentados serem inválidos como meio de prova porque se referiam apenas para o controle de acesso às instalações e não para controle de horário.

O recurso de revista interposto pela empresa na tentativa de reformar a decisão condenatória não logrou êxito, já que o TST confirmou o entendimento sobre a invalidade das normas coletivas que autorizam o sistema de registro de ponto por exceção por afronta ao art. 74, § 2º, da CLT.

Por registrar horários de entrada e de saída invariáveis (controles "britânicos") e só serem anotadas as exceções da jornada regular de trabalho do autor, mostraram-se os registros imprestáveis como meio de prova, segundo entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula 338, III, do TST. Com a inversão do ônus da prova em decorrência da invariabilidade da jornada registrada nos cartões de ponto, passou a ser da empresa a prova da inexistência da jornada declinada na inicial, ônus o qual não se desincumbiu.

O segundo caso refere-se à ação anulatória nº 0000277-95.2015.5.17.0000, na qual, no dia 08/04/2019, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC) concluiu pela validade do registro de frequência de ponto por exceção.

A referida demanda tratou de ação anulatória do Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), na qual o MPT 17ª Região postulou a declaração de nulidade da Cláusula 25ª do ACT 2014/2015 firmado entre entidade sindical e a empresa reclamada, sob alegação de que a cláusula impugnada teve como fundamento o previsto na Portaria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

nº 373/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego79, que instituiu o chamado "ponto eletrônico por exceção", em que o cumprimento da jornada contratual seria presumido, cabendo ao empregado, somente, registrar as ocorrências referente ao trabalho extraordinárias.

O *Parquet* endossou pedido de invalidade da mencionada cláusula ao argumento de que, inobstante a permissividade da norma editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, a Portaria 373/2011 afrontava norma de ordem pública prescrita pelo artigo 74 da CLT. Sustentou que o regramento impugnado, apesar de constar em norma coletiva de trabalho, era prejudicial ao trabalhador.

O Órgão Ministerial disse que mesmo se entendesse pela legalidade do normativo editado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, a cláusula seria nula, pois não teriam sido cumpridos os condicionantes previstos na própria norma. Isso porque a cláusula 25ª da norma coletiva, ao sujeitar o registro das exceções de frequência à aprovação do gerente/superior, contrariou diretamente a Portaria Ministerial nº 373/2011 que veda expressamente a exigência de autorização prévia do superior para marcação de horas extras (art.3º, III) e a alteração ou eliminação dos dados registrados pelo empregado (art.3º, IV).

Ademais, fundamentou o Ministério Público do Trabalho que haveria violação da Portaria, já que inexiste previsão de possibilidade de consulta por parte dos empregados e por parte da fiscalização, violando-se o disposto no art. 3º, § 1º, inciso III da norma ministerial, sendo que o disposto no parágrafo terceiro da cláusula 25ª da norma coletiva transferiu para o trabalhador a obrigatoriedade empresarial prevista na Lei de marcação fidedigna do ponto.

79 Eis os artigos 1º, 2º e 3º da Portaria nº 373, de 25 de fevereiro de 2011 do Ministério do Trabalho e Emprego: Art.1º Os empregadores poderão adotar sistemas alternativos de controle da jornada de trabalho, desde que autorizados por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho. § 1º O uso da faculdade prevista no caput implica a presunção de cumprimento integral pelo empregado da jornada de trabalho contratual, convencionada ou acordada vigente no estabelecimento. § 2º Deverá ser disponibilizada ao empregado, até o momento do pagamento da remuneração referente ao período em que está sendo aferida a freqüência, a informação sobre qualquer ocorrência que ocasione alteração de sua remuneração em virtude da adoção de sistema alternativo. Art. 2° Os empregadores poderão adotar sistemas alternativos eletrônicos de controle de jornada de trabalho, mediante autorização em Acordo Coletivo de Trabalho. Art. 3º Os sistemas alternativos eletrônicos não devem admitir: I - restrições à marcação do ponto; II - marcação automática do ponto; III - exigência de autorização prévia para marcação de sobrejornada; e IV - a alteração ou eliminação dos dados registrados pelo empregado. §1º Para fins de fiscalização, os sistemas alternativos eletrônicos deverão: I - estar disponíveis no local de trabalho; II - permitir a identificação de empregador e empregado; e III - possibilitar, através da central de dados, a extração eletrônica e impressa do registro fiel das marcações realizadas pelo empregado.

A reclamada destacou, inicialmente, que o formato de registro de frequência por exceção atualmente adotado foi aprovado pelos empregados, inclusive em negociações coletivas com a participação do Sindicato, e só então incluído nos Acordos Coletivos.

A empresa afirmou que tal circunstância foi resultado do amadurecimento das partes e se harmonizava com o princípio da confiança, fundamental nas relações jurídicas, destacando, inclusive, que os empregados se sentiriam capazes de, nos limites do razoável, disporem de autonomia para, por exemplo, resolverem problemas pessoais, registrando estas saídas e posteriormente as compensando.

Assim, caberia exclusivamente aos trabalhadores registrar, por meio de sistema eletrônico, as exceções de frequência (horas extraordinárias, faltas, atrasos, saídas antecipadas, licenças) cada vez que elas ocorressem, tendo acesso às informações registradas os empregados e os órgãos de fiscalização.

O Tribunal Regional declarou a nulidade da norma coletiva que autorizou o controle de ponto por exceção, sob o fundamento de que as regras legais que tratam do registro de jornada de trabalho (art. 74, § 2º, da CLT) são normas de ordem pública, situação que impossibilita a sua alteração por meio de Portaria do Ministério do Trabalho.

Não obstante a decisão do Regional, o Tribunal Superior do Trabalho conferiu provimento ao recurso interposto pela reclamada e, com efeito, declarou válida a cláusula 25ª do ACT 2014/2015 que instituiu o registro de ponto por exceção à jorna regular de trabalho.

Assim, o acórdão do TST trouxe como fundamentação a atual jurisprudência sobre a possibilidade de flexibilização da matéria tratada na referida cláusula através de norma coletiva (utilização do registro do ponto por exceção à jornada regular de trabalho), conforme prescreve o artigo 7º, incisos XIII e XXVI, da Constituição da República, normas constitucionais que traça os devidos parâmetros da autonomia negocial coletiva.

Em razão disso, o Tribunal Superior do Trabalho concluiu que o registro de frequência dos empregados pelo registro de ponto de exceção está regulado por norma de natureza processual, nos termos do artigo 74, § 2º, da CLT, e da Súmula 338/TST, além de que não há qualquer impedimento que seja transacionado, por meio de negociação coletiva, a forma como o controle de frequência dos empregados será exercido, já que a o sistema alternativo de jornada é facultado pela Portaria nº 373/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O terceiro processo se trata da ação trabalhista nº 1001704-59.2016.5.02.0076, onde o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de acórdão proferido pela quarta turma em 27/03/2019, decidiu ser válida a cláusula coletiva que estipulou o sistema de ponto por exceção.

A demanda teve por objeto o pagamento de 02 (duas) horas extras diárias e 01 (uma) hora extra diária referente ao intervalo intrajornada supostamente não concedido integralmente, dentre outros pedidos formulados na inicial.

A empresa reclamada alegou em sua defesa a desnecessidade de marcação do cartão de ponto, conforme disposição da cláusula 10ª do Acordo Coletivo de Trabalho 2014 que tratou sobre a flexibilização da jornada de trabalho.

Com base nisso, a empresa disse ser plenamente válida a negociação coletiva que prevê a flexibilização do regime de trabalho, conforme artigo 7º, incisos XIII e XXVI, e artigo 8º, inciso III, ambos da Constituição da República.

Interessante a afirmação da reclamada ao justificar que o controle de frequência por exceção foi adotado em razão do setor de atuação do autor não exigir a prestação de horas extras, seja porque a jornada contratual era suficiente para as suas atividades, seja pelo fato de a empresa não possuir base operacional nas cidades em que o reclamante prestava seus serviços (Belém e Belo Horizonte). Ainda, alegou que os técnicos são desobrigados de estarem em um ambiente específico durante a jornada de trabalho contratada, permanecendo o autor em sua residência, aguardando chamado, momento o qual deveria prestar o atendimento dentro da jornada contratada.

A partir das provas colhidas nos autos, em 25/11/2016 foi prolatada sentença que deferiu o pagamento das horas extras a partir de 03/09/2014, conforme jornada declinada na inicial, sob o fundamento de que a reclamada não anexou nos autos os respectivos controles de horário, já que possuía mais de 10 (dez) empregados.

Asseverou também o juízo que a hipótese traduzia a aplicação do inciso I da Súmula 338/TST, no sentido de que o empregador deveria apresentar os controles de horário, pois sua ausência acarretou a presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho declinada na inicial.

Tendo em vista decisão condenatória ter sido mantida pelo Regional, sob o fundamento de violação do artigo 74, § 2º, da CLT, norma de direito indisponível infenso à negociação coletiva, a empresa reclamada interpôs recurso de revista com intuito de reformar a decisão que invalidou a norma coletiva em que se autorizava a dispensa do controle formal de horário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, o acórdão de 27/03/2019 do TST foi no sentido de conhecer o recurso de revista e dar-lhe provimento para, reconhecendo validade à norma coletiva que estabeleceu o denominado registro de ponto por exceção, afastar da condenação o pagamento de horas extras e seus reflexos.

Como se deduz da leitura do julgado do TST, o entendimento adotado pela Regional diverge daquele fixado pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de repercussão geral e violou norma constitucional.

Ainda, o TST concluiu que o dispositivo não representa inovação do ordenamento jurídico, mas tão somente a declaração de que a matéria não se insere no rol de garantias mínimas de proteção insuscetíveis de negociação pelas partes.

Por fim, cabe uma ressalva muito interessante nesse julgado em relação ao aspecto probatório. O juízo sentenciante limitou a condenação a partir de 02/09/2014, já que identificou nos autos uma correspondência eletrônica enviada entre as partes em que o autor reconheceu da inexistência de horas pendentes a serem compensadas até a referida data. Dessa forma, o e-mail mostrou-se como documento de confissão hábil a dar quitação para toda hora extra eventualmente pendente até o dia 02/09/2014.

1.4. Aspectos sobre a Constitucionalidade do Ponto por Exceção

Depois dos breves apontamentos dados pela interpretação da jurisprudência nos Tribunais Superiores (STF e TST) em relação à prevalência do negociado sobre o legislado, que, até então, começou a permitir a flexibilização de direitos trabalhistas por meio de norma coletiva (acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho) para, com efeito, conferir validade na adoção de sistemas alternativos de controle de jornada, especialmente o ponto por exceção, cabe agora analisar os aspectos da Lei nº 13.874/2019 que criou esse novo instituto e da sua constitucionalidade.

Com a nova redação dada pela Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874 de 2019)80 ao artigo 74 da CLT, passou-se a permitir a adoção do ponto por exceção por expressa previsão da norma celetista.

80 A Lei 13.874/2019 buscou fundamentar sua base principiológica na Constituição Federal, especialmente nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da CF/1988: Art. 1º, CF/88. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; Art. 170, Parágrafo único, da CF/88. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei; Art. 174, CF/88. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Antes de tudo, é bom entender que a Medida Provisória nº 881 de 30 de abril de 2019, convertida na Lei Ordinária nº 13.874 de 20 de setembro de 2019, instituiu a "Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador", conforme prescreve o artigo 1º da Lei de Liberdade Econômica (LLE), tal como consta de seu parágrafo primeiro:

> § 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.81

No texto de Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 083/2019 do Ministério de Estado da Justiça e Segurança Pública, datada de 11/04/2019, a qual buscou justificar a edição MP 881/2019, foram sumarizados 10 (dez) direitos para a Declaração de Liberdade Econômica contra um Estado controlador e a favor da economia de mercado, dentre os quais se destaca:

> **Inciso II** - Respeitado o sossego e as normas de vizinhança, e já tendo a garantia dos intervalos de trabalho conforme a

lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

81 A Lei 13.874, de 20/09/2019, visou ao estabelecimento de maior garantia de livre mercado, promovendo, assim, diversas alterações legislativas, a saber: altera as Leis números 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), 11.598, de 3 de dezembro de 2007 (Lei que estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas e cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - REDESIM), 12.682, de 9 de julho de 2012 (Lei que dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos), 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei que dispõe sobre os registros públicos), 10.522, de 19 de julho de 2002 (Lei que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais), 8.934, de 18 de novembro 1994 (Lei que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins), o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 (Norma que dispõe sobre os bens imóveis da União) e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962 (Lei que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo), a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008 (Lei que cria o Fundo Soberano do Brasil - FSB, dispõe sobre sua estrutura, fontes de recursos e aplicações), e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 (Norma que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros).

> Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não é razoável que o Estado impeça que um empreendedor se restrinja a horários e dias específicos. Não é justo que, com mais de 12 milhões de desempregados, imponham-se restrições a quem está, neste momento, com disposição de investir capital para gerar emprego e renda, em nome de padrões que não encontram respaldo em economias livres e desenvolvidas. Este inciso gerará empregos e produção econômica, incluindo aumento na arrecadação de impostos para outros entes da federação, de maneira imediata.

Extrai-se da leitura das proposições e justificativas de alteração legislativa que se propôs a adoção de instrumentos diferentes para garantir a eficácia da iniciativa de simplificação e desburocratização, ou seja, as diversas medidas de controle e diminuição do aparelho burocrático busca aproximar o Brasil do mesmo ambiente de negócios de países desenvolvidos, empoderando, inclusive, o Particular e expandindo sua proteção contra a intervenção estatal.

A partir desse contexto de mudança de paradigma, a Lei de Liberdade Econômica buscou modernizar e/ou flexibilizar a legislação trabalhista, alterando na CLT alguns artigos do Capítulo I (Identificação Profissional), do Capítulo II (Duração do Trabalho) e Capítulo IV (Férias Anuais). 82

---

82 Eis o artigo 15 da Lei 13.874/2019 que alterou diversos dispositivos da CLT: Art. 15. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:
"Art. 13. .....
§ 2º A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) obedecerá aos modelos que o Ministério da Economia adotar.
§ 3º (Revogado).
§ 4º (Revogado)." (NR)
"Art. 14. A CTPS será emitida pelo Ministério da Economia preferencialmente em meio eletrônico.
Parágrafo único. Excepcionalmente, a CTPS poderá ser emitida em meio físico, desde que:
I - nas unidades descentralizadas do Ministério da Economia que forem habilitadas para a emissão;
II - mediante convênio, por órgãos federais, estaduais e municipais da administração direta ou indireta;
III - mediante convênio com serviços notariais e de registro, sem custos para a administração, garantidas as condições de segurança das informações." (NR)
"Art. 15. Os procedimentos para emissão da CTPS ao interessado serão estabelecidos pelo Ministério da Economia em regulamento próprio, privilegiada a emissão em formato eletrônico." (NR)
"Art. 16. A CTPS terá como identificação única do empregado o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF).
I - (revogado);
II - (revogado);
III - (revogado);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A inclusão do novel parágrafo 4º ao artigo 74 da CLT, que contempla autorização expressa para o registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, busca trazer, então, simplificação e segurança jurídica aos empregadores que desejavam adotar tal modalidade de controle.

Em reafirmação ao que já foi apresentado acima, antes dessas recentes alterações legislativas a jurisprudência trabalhista era refratária à validação do ponto por exceção por

---

IV - (revogado).
Parágrafo único. (Revogado).
a) (revogada);
b) (revogada)." (NR)
"Art. 29. O empregador terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis para anotar na CTPS, em relação aos trabalhadores que admitir, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério da Economia.
.....
§ 6º A comunicação pelo trabalhador do número de inscrição no CPF ao empregador equivale à apresentação da CTPS em meio digital, dispensado o empregador da emissão de recibo.
§ 7º Os registros eletrônicos gerados pelo empregador nos sistemas informatizados da CTPS em meio digital equivalem às anotações a que se refere esta Lei.
§ 8º O trabalhador deverá ter acesso às informações da sua CTPS no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a partir de sua anotação." (NR)
"Art. 40. A CTPS regularmente emitida e anotada servirá de prova:
.....
II - (revogado);
....." (NR)
"Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.
§ 1º (Revogado).
§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.
§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo.
§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho." (NR)
"Art. 135.
§ 3º Nos casos em que o empregado possua a CTPS em meio digital, a anotação será feita nos sistemas a que se refere o § 7º do art. 29 desta Consolidação, na forma do regulamento, dispensadas as anotações de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo." (NR)

ferir norma celetista da obrigatoriedade do registro da hora de entrada e saída impressa pelo artigo 74, § 2º, da CLT. 83

No entanto, houve sensível mudança na jurisprudência do TST no sentido de se inclinar favoravelmente à validade da adoção desse sistema de controle de jornada por exceção, principalmente depois das decisões vinculantes do supremo Tribunal Federal ter conferido a prevalência da negociação coletiva e posterior reforma legislativa laboral (Lei 13.467/2017).

Assim, em continuidade com as políticas de flexibilização das normas de Direito do Trabalho iniciada pela mudança na interpretação das normas constitucionais pelo STF e materializada também na Lei 13.467/2017, foi sancionada no dia 20 de setembro de 2019 a Lei nº 13.874, também denominada como Lei da Liberdade Econômica, que permitiu expressamente a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho (art. 74, § 4º, da CLT)84.

Apesar disso, tramita no Supremo Tribunal Federal 01 (uma) Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Medida Provisória 881/2019 que atinge de forma direta a matéria atinente ao sistema de controle de ponto por exceção.

A ADI nº 6.217/DF busca a declaração de inconstitucionalidade da MP 881/2019 sob o aspecto formal do processo legislativo, por conter alterações normativas sem pertinência material com o objeto principal da norma de iniciativa do Executivo.

Isso porque o novo dispositivo criado na norma celetista não foi tema presente no texto originário da MP 881/2019, mas sim incluído durante a tramitação no processo de conversão da Lei 13.874/2019.

Então, extrai-se da leitura da petição inicial dessa ação direta de inconstitucionalidade o pedido de impugnação da inclusão de diversos artigos no Projeto de Lei de Conversão nº 17/2019, que aprovado se transformou na Lei

83 É válido registrar que a jurisprudência do TST não conferia validade à norma coletiva que contemplasse o sistema de controle de ponto por exceção, uma vez que entendia afrontar o antigo artigo 74, § 2º, da CLT, norma de ordem pública. Nesse sentido, os seguintes precedentes: RR-337-94.2011.5.15.0087, ARR-943-84.2010.5.04.0016, RO-21671-58.2014.5.04.0000, AIRR-1856-33.2012.5.15.0067, RR-25700-68.2008.5.15.0126, AIRR-38-60.2013.5.04.0732, ARR-118600-88.2008.5.04.0025, AIRR-1366-08.2010.5.01.0055, RR-1848-64.2012.5.18.0005, ARR-202-72.2012.5.12.0009, RR-15500-68.2008.5.01.0036 e AIRR-2206400-30.2008.5.09.0010.

84 Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados. (...) § 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

13.874/2019, inclusive a adoção do registro de ponto por exceção, mediante acordo individual escrito.

A citada ação possui como um de seus fundamentos jurídicos o fato de o conteúdo temático da Medida Provisória 881/2019 ser totalmente distinto do seu Projeto de Lei de Conversão nº 17/2019, prática que seria vedada constitucionalmente por violar o princípio democrático e do devido processo legal. No entanto, não houve até o momento a apreciação da liminar requerida.

Independentemente das questões trazidas no bojo da supracitada ação direta de inconstitucionalidade, é preciso ressaltar que a utilização dos sistemas alternativos de controle de jornada adotados por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho começou a ser validado em alguns julgados do TST, antes mesmo da positivação do ponto por exceção na norma coletiva, sobretudo a partir dos julgamentos dos Recursos Extraordinários 590.415-SC e 895.759/PE.

Certo que esse processo de inflexão na jurisprudência laboral em favor da prevalência da norma coletiva e da autonomia da vontade coletiva, que oferecem sustentáculo para adoção de sistemas alternativos de controle de jornada, é objeto de rediscussão através do ARE nº 1.121.633/GO (Tema 1.046), com repercussão geral, que trata sobre a supressão de horas *in itinere* negociada por meio de acordo coletivo.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal não ter reafirmado a tese dos Temas 357 e 762, entende-se que não significa que haverá retrocesso em relação ao entendimento já consolidada em relação à possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas através de acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho (Tema 152 de repercussão geral com mérito julgado em 30/04/2015), mas apenas uma revisão da matéria constitucional posta em debate.

Para melhor explicar a afirmação, vale lembrar que o Tema 357 tratou sobre a constitucionalidade da redução do intervalo intrajornada e majoração da jornada de trabalho, no regime de turnos ininterruptos de revezamento, por meio de negociação coletiva. O Tema 762 se discutiu sobre a validade de norma coletiva de trabalho que fixa limite ao pagamento de horas *in itinere* inferior à metade do que seria devido em relação ao tempo efetivamente gasto pelo trabalhador no trajeto até o local do serviço.

No entanto, foi reconhecida pelo STF a inexistência de repercussão geral dos temas 357 (em 22/05/2013) e 762 (em 12/09/2014) por não se tratar, segundo fundamento da corte expresso para o último caso, de matéria constitucional porque o Tribunal de origem aplicou lei infraconstitucional para dirimir a controvérsia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conclui-se, portanto, que a validade na adoção do sistema de controle de ponto por exceção à jornada regular de trabalho está balizada, especialmente, nas decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RE 590.415-SC e RE 895.759/PE), as quais deram interpretação constitucional favorável às flexibilizações de direitos trabalhistas através de norma coletiva, privilegiando a autonomia dos instrumentos coletivos de trabalho e a autocomposição de conflitos trabalhistas, anteriores à reforma trabalhista e à positivação do ponto por exceção na CLT.

CONCLUSÃO

Viu-se que as recentes alterações normativas e jurisprudenciais buscaram dar efetividade às políticas de flexibilização trabalhistas, com intuito de garantir a sobrevivência das atividades empresariais e manter os empregos em condições mínimas condizentes com a dignidade do trabalhador.

Nesse contexto, foi identificada uma mudança na interpretação das normas trabalhistas mais favorável à validade da adoção do sistema de controle de jornada por exceção, principalmente depois da Reforma Trabalhista ter conferido a prevalência da negociação coletiva sobre o legislado.

Notou-se que a validade na adoção do sistema de controle de ponto por exceção à jornada regular de trabalho se sustenta pelas decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RE 590.415-SC e RE 895.759/PE), as quais deram interpretação constitucional favorável às flexibilizações de direitos trabalhistas através de norma coletiva, privilegiando a autonomia dos instrumentos coletivos de trabalho e a autocomposição de conflitos trabalhistas.

A partir da nova redação dada pela Lei nº 13.874/2019 ao artigo 74 da CLT, que passou a permitir a adoção do ponto por exceção por expressa previsão da norma celetista, observou-se a busca do legislador em oferecer maior simplificação e segurança jurídica aos empregadores que desejavam adotar essa modalidade alternativa de controle de jornada.

Assim, muito embora se tenha ciência de que o novo instituto de ponto por exceção afete tema extremamente sensível para as empresas, é certo que as análises jurídicas organizadas no presente artigo serão de grande importância para o aperfeiçoamento das ferramentas alternativas de controle de jornada utilizadas pelos empregadores.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. Direito do Trabalho, Porto Alegre: LTR, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BAGLIONI, Guido. O mundo do trabalho: crise e mudança no final do século. São Paulo: Scritta, 1994.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. A evolução do pensamento do direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2012.

BARROS, A. M. Curso de direito do trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTR, 2017.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.

_____. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019.

_____. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019.

_____. Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019.

CAETANO, F. Controle da Jornada de Trabalho: Como deve ser feito o controle de registro e quais hipóteses o empregador não precisa registrar? Disponível em: <https://caetanobritoadvocacia.wordpress.com/2016/02/01/controle-da-jornada-de-trabalho-como-deve-ser-feito-o-controle-de-registro-e-quais-hipoteses-o-empregador-nao-precisa-registrar/> Acesso em 27 de dezembro de 2019.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas. 43ª ed., atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2019.

CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: Método, 2018.

_____. Resumo de Direito do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: Método, 2018.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira; CARDONE, Marly Antonieta. Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTR, 1993.

COIMBRA, Rodrigo. Globalização e internacionalização dos direitos fundamentais dos

trabalhadores. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 146, p. 411-431, abr./jun. 2012.

_____. ARAÚJO, Francisco Rossal de. Direito do Trabalho I. São Paulo: Ltr, 2014.

_____. _____. Direito do Trabalho: evolução do modelo normativo e tendências atuais na Europa. Revista Ltr, São Paulo, ano 73, t. II, n. 08, p. 960, ago. 2009.

_____. _____. Equilíbrio instável das fontes formais do Direito do Trabalho. Justiça do Trabalho, v. 324, p. 48-75, dez. 2010.

_____. STURMER, Gilberto. A noção de trabalho a tempo parcial no Direito Espanhol como um instrumento da "flexisegurança". Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre: HS Editora, n. 21, p. 39-57, out./dez. 2012.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. Manual da Reforma Trabalhista. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Direito do Trabalho para os Concursos de Analista do TRT, TST e MPU. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, pág. 666-724

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil - com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018 (também: 1. ed.: 2017).

_____. _____. O Sentido da Reforma Trabalhista de 2017 em Comparação com a Matriz Constitucional de 1988. *In* DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed., LTR, São Paulo: 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; DELGADO, Mauricio Godinho. Apresentação In: _____; TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Org.). *Saúde e Segurança do Trabalho no Brasil*. Brasília: Ministério Público do Trabalho/Gráfica Movimento, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARMENDIA ARIGON, M. Ordem pública e Direito do Trabalho. LTR, São Paulo: 2003.

LONGHI, Dânia Fiorin. Teoria do Conglobamento: Conflito de Normas no Contrato de Trabalho. LTR, São Paulo: 2009.

MALLET, Estevão. Prática de Direito do Trabalho. v. 2. São Paulo: LTR, 2012.

MIZIARA, Raphael. Controle de ponto por exceção e o sistema de autogestão na jornada. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

analise/colunas/pensando-direito/controle-de-ponto-por-excecao-e-o-sistema-deautogestao-na-jornada-21022019> Acesso em 27 de dezembro de 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 35ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Convenções da OIT. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MIESSA, Élisson; CORREA, Henrique. Súmulas e OJs do TST comentadas. 8ª ed., Juspodivm, Salvador: 2018.

MIRANDA, Fernando Hugo. Uma primeira nota sobre a marcação de ponto por exceção: contornos e validade da nova figura. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/309546/uma-primeira-nota-sobre-a-marcacao-de-ponto-por-excecao--contornos-e-validade-da-nova-figura>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, E. Aspecto gerais da jornada de trabalho. Disponível em: <https://evp.jus-

brasil.com.br/artigos/210738315/aspectos-gerais-da-jornada-de-trabalho>. Acesso em: 26 de dezembro de 2019>.

ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. Cad. EBAPE.BR, v. 16, nº. 01, Rio de Janeiro: FGV, Jan./Mar. 2018.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Estudo Preliminar. In BUEN, Nestor de (coord.). A solução dos conflitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 1986.

_____. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1978.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Volume 1 - Parte Geral. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Curso de Direito do Trabalho Aplicado. Volume 7 - Direito Coletivo do Trabalho. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho. Vol. I - Parte I. São Paulo: LTR, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SUSSEKIND, Arnaldo. A flexibilização no direito do trabalho. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. 23, p. 25-34, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/98565>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2020.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 3ª. ed. revista e atualizada, São Paulo: Renovar, 2010.

TARTUCE, Flávio. A "lei da Liberdade econômica" (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. Primeira parte. Disponível em < https://www.migalhas.com.br/depeso/311604/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-primeira-parte> Acesso em: 27 de dezembro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UM FILHO, DUAS HERANÇAS: A POSSIBILIDADE DE O FILHO PARTICIPAR DA SUCESSÃO DE BENS DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SOCIOAFETIVO

TULIO BARROS NASCIMENTO: Graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora e Pós-Graduado pela PUC Minas. Oficial Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

RESUMO: O presente trabalho busca fazer uma análise da polêmica existente no direito sucessório quando se tem um caso de multiparentalidade, concluindo pela possibilidade de ocorrência da multi-hereditariedade. Para esclarecer a questão, o fenômeno da multiparentalidade será detalhadamente analisado, trazendo sua possibilidade no ordenamento jurídico, seus princípios conformadores e as consequências jurídicas oriundas do seu reconhecimento. Decisões judiciais e entendimentos doutrinários serão colacionados, mostrando-se as contradições de ideias concernentes à possibilidade ou não de um filho participar da sucessão de seu pai biológico e socioafetivo, concomitantemente. Ao final, será apresentado um caso concreto relacionado à paternidade socioafetiva e à multiparentalidade, aliado a questionamentos que corriqueiramente surgem diante da situação. Concluir-se-á pela possibilidade de um filho participar de duas heranças, a do pai biológico e a do pai socioafetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação. Paternidade socioafetiva. Multiparentalidade. Efeitos da multiparentalidade. Divergência judicial e doutrinária. Multi-hereditariedade.

ABSTRACT: This paper seeks to make an analysis of the controversy existing in the inheritance when it is a case of multiparentality, concluding for the possibility of occurrence of multi-heredity. For the question to be clarified, the phenomenon of multiparentality will be analyzed in detail, bringing its possibility in legal order, his fundamentals principles and the legal consequences arising from its recognition. Judgments and doctrinal understandings will be collated, showing the contradictions of ideas concerning the possibility or not of a child participate in the succession of their biological and socio-affective father concomitantly. In the end, a concrete case will be developed related to socio-affective paternity and multiparentality, allied to questions that usually arise in the face of the situation. It will be concluded that a son may participate in two inheritances, a biological father and a socio-affective father.

KEYWORDS: Filiation. Socio-affective filiation. Multiparentality. Effects of multiparentality. Doctrinal and jurisprudential divergence. Multi-heredit.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Multiparentalidade: 2.1. A possibilidade de dupla paternidade no Ordenamento Jurídico; 2.2. Princípios consagradores da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

multiparentalidade: 2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.2.2. Princípio da busca da felicidade; 2.2.3. Princípio do afeto; 2.2.4. Princípio da igualdade entre filhos; 2.2.5. Princípio do maior interesse da criança e do adolescente; 2.2.6. Princípio da paternidade responsável; 2.3. Efeitos do reconhecimento da multiparentalidade. 3. Sucessão na multiparentalidade: 3.1. Reflexos da multiparentalidade no direito sucessório; 3.2. Caso concreto: um filho e dois pais, um biológico e outro socioafetivo. Em qual sucessão ele será herdeiro?. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Antes da Constituição de 1988, a filiação era tratada de forma discriminatória, isto é, os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos, sendo os primeiros originados dos pais unidos pelo casamento, portanto, merecedores de tutela do Estado. Já os ilegítimos eram aqueles nascidos fora do casamento, de relações extramatrimoniais, não tendo direitos garantidos pelo Código Civil e nem sequer podendo ter sua paternidade reconhecida.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, não restou mais qualquer distinção entre os tipos de filiação, haja vista a consagração do princípio da igualdade entre os filhos disposto no parágrafo 6º, do art. 227.

Apesar de o ordenamento jurídico pátrio não trazer regulamentação expressa acerca da afetividade, mesmo ela estando presente na realidade das famílias brasileiras, ela é capaz de gerar efeitos de cunho pessoal e patrimonial. Como as relações familiares devem se basear no amor, no carinho e na compreensão, esse princípio da afetividade ganhou destaque nos dias atuais, sobretudo ao nortear as relações entre pais e filhos de criação (filiação socioafetiva).

Diante disso, hoje é possível se falar no reconhecimento do fenômeno da multiparentalidade, situação em que o filho tem mais de um pai ou mãe. É preciso que haja reciprocidade no seio familiar, ou seja, assim como o filho deve reconhecer o padrasto como pai, este também deve reconhecer aquele como seu filho. Portanto, reconhecida a filiação, seja ela biológica ou socioafetiva, não existe mais óbice legal para o reconhecimento da multiparentalidade e, consequentemente, são devidos todos os direitos e deveres inerentes à filiação ao filho multiparental, bem como o direito ao recebimento da herança na qualidade de herdeiro legítimo e necessário.

Em que pese o julgamento do STF no Recurso Extraordinário 898.060/SC, admitindo que a filiação seja reconhecida por vínculos biológicos e socioafetivos simultaneamtente, o tema ainda é polêmico na doutrina e na jurisprudência. Isso porque os efeitos jurídicos gerados por esse instituto não foram totalmente delimitados e, além disso, são irrevogáveis e não se limitam só ao âmbito do direito familiar, mas se estendem por todo o ordenamento jurídico civilista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No que concerne ao direito sucessório na multiparentalidade, será demonstrado que não se pode aplicar uma fórmula predeterminada de forma indistinta. O escopo deste trabalho é afirmar que cada caso deve ser analisado detidamente, mas que é plenamente possível os vínculos multiparentais concederem aos seus integrantes o direito legítimo à herança, haja vista que se encontram presentes na multiparentalidade todos os requisitos legais para a concessão da herança aos herdeiros na qualidade de legítimos e necessários.

Diante de todos os tipos de família existentes na sociedade – nem todos previstos expressamente no ordenamento jurídico –, espera-se que, independentemente de sua conformação, a família seja eudemonista. Em outras palavras, espera-se que seu objetivo seja a felicidade e a realização pessoal de seus membros, em consonância com sua função social que é proteger e promover a dignidade daqueles.

2. MULTIPARENTALIDADE

O objetivo desta seção é elucidar temas importantes acerca da multiparentalidade, como a sua possibilidade no Ordenamento Jurídico vigente, os princípios que lhe dão embasamento e os efeitos jurídicos do seu reconhecimento. Será feita, ainda, uma introdução ao principal tema a ser discutido neste trabalho, qual seja, os efeitos jurídicos da multiparentalidade concernentes ao direito sucessório.

2.1. A POSSIBILIDADE DE DUPLA PATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A multiparentalidade pode ser entendida como sendo:

> A possibilidade de uma pessoa possuir mais de um pai e/ou mais de uma mãe, simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles. Inclusive, no que tange a eventual pedido de alimentos e herança de ambos os pais (ZAMATARO, 2013).

Em um primeiro momento, a discussão que surge é se a paternidade biológica se sobrepõe ou não a socioafetiva. Todavia, já há entendimento, inclusive jurisprudencial, de que é possível a soma de filiação, sem qualquer hierarquia entre o afeto e a biologia, ou seja, a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe com reconhecimento jurídico legal, restando assim configurada a multiparentalidade.

A questão da afetividade, mormente da possibilidade e os critérios do reconhecimento múltiplo da parentalidade, ainda é um tema não expressamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro, embora encontre respaldo na jurisprudência e na doutrina.

Durante muitos anos, o entendimento quase unânime era o de que não havia a possibilidade de coexistência entre dois critérios de reconhecimento de filiação, ou seja, o julgador deveria optar pelo reconhecimento de apenas um critério de paternidade, biológico ou socioafetivo, para fins de registro civil e geração de efeitos pessoais e patrimoniais. Nesses casos, verificou-se certa preferência dos doutrinadores e juristas pelo reconhecimento da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.

Contudo, com o passar do tempo, tendo em vista que a prevalência de uma filiação sobre a outra nem sempre é a medida mais justa, adequada e proporcional, passou-se a discutir a possibilidade da ocorrência da multiparentalidade, com todas as consequências decorrentes do reconhecimento da filiação.

Contribuição fundamental para tal entendimento foi encontrada no julgado do STF do tema de Repercussão Geral 622, sendo a tese fixada no dia 22 de setembro de 2016. Ao deliberar sobre o mérito da questão, o STF fixou a seguinte tese:

> **Decisão**: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.
>
> (BRASIL, STF, RE 898060, Rel. Luiz Fux, Julgado em 22/09/2016).

A Suprema Corte, dessa forma, apontou para a possibilidade do reconhecimento concomitante da paternidade socioafetiva e da paternidade biológica, não trazendo hierarquia nem prevalência entre essas modalidades de vínculo parental.

Com a fixação da referida tese e a consolidação da ideia da possibilidade da multiparentalidade, alguns aspectos se mostraram relevantes, como: a) a afetividade passou a ser reconhecida juridicamente, sendo princípio inerente à ordem civil-constitucional brasileira; b) a paternidade socioafetiva firmou-se como forma de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

parentesco civil; e c) o vínculo socioafetivo se mostrou em igual grau de hierarquia jurídica com o vínculo biológico.

Ainda concernente ao julgamento do STF no Recurso Extraordinário 898060/SC, caso paradigmático que fixou a referida tese e que balizará as futuras relações parentais, o Ministro Luiz Fux (2016), relator do processo, disse que a proteção jurídica dispendida ao vínculo socioafetivo de parentalidade deve ser igual àquela empregada na filiação biológica. Da mesma forma, ele dá uma lição ao dizer que:

> Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário (BRASIL, STF, RE 898060, Rel. Luiz Fux, Julgado em 22/09/2016).

Nesse mesmo sentido, Rodrigo Janot, Procurador Geral da República (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2016), em seu parecer diz que o direito é que deve se adequar à realidade social, e não o contrário. Com isso, ele quis dizer que não é o Direito que vai conceituar o instituto da família, impondo determinado padrão de entidade familiar. São as famílias, em suas múltiplas configurações, é que definirão os diferentes modelos, sendo que todos devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico. Diante dessa ideia, a Procuradoria Geral da República propõe que é possível sim o reconhecimento jurídico da existência de mais de um vínculo parental em relação a um mesmo sujeito.

Diante de tudo que foi exposto, é imperioso destacar quais são os critérios a serem analisados no momento do reconhecimento da multiparentalidade. É claro que não são critérios absolutos a serem aplicados indiscriminadamente a todos os casos, mas são diretrizes que nortearão os aplicadores do direito no momento de verificação da ocorrência ou não da multiparentalidade.

O primeiro critério é a legitimidade para requerer o reconhecimento da multiparentalidade. A partir de uma interpretação literal do ordenamento jurídico, pode-se dizer que somente o filho tem o condão de requerer a investigação de paternidade e o reconhecimento do seu estado filiatório. Isso porque o art. 27 do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estatuto da Criança e do Adolescente assim dispõe: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça." (BRASIL, 2013, p. 1.045).

Ainda sobre o reconhecimento da paternidade, o art. 1.606 do Código Civil de 2002 traz o segundo enunciado: "A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz." (BRASIL, 2014, p. 351).

Todavia, não é esse o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência. Tem-se entendido que é legitimado para pleitear o reconhecimento do estado de filiação/paternidade qualquer um dos sujeitos diretamente envolvidos na relação parental, seja o pai biológico, o pai afetivo ou o filho.

Outro critério que pode ser levado em consideração para o reconhecimento da multiparentalidade é a presença do critério biológico e/ou afetivo na segunda filiação que se busca reconhecer. Isso quer dizer que tanto o filho que quer ver reconhecida outra paternidade, quanto aquele que quer ter reconhecida sua condição de pai de pessoa que já tem outro pai registrado na certidão de nascimento devem comprovar o elo biológico e/ou afetivo.

Por derradeiro, o terceiro e último critério é a efetivação das garantias e dos princípios constitucionais relacionados ao Direito de Família. É necessário comprovar que o reconhecimento da multiparentalidade, naquele caso concreto, é a solução que dará maior efetividade aos princípios constitucionais, especialmente ao do melhor interesse da criança e do adolescente e de sua proteção integral.

Concluindo, o fato de o ordenamento jurídico brasileiro ser omisso quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para que situações de multiparentalidade não sejam protegidas. Logo, agora é possível afirmar que pessoas tenham vários pais.

2.2. PRINCÍPIOS CONSAGRADORES DA MULTIPARENTALIDADE

Como dito anteriormente, a legislação brasileira não traz expressamente a possibilidade do reconhecimento múltiplo da paternidade. Assim, é imprescindível analisar o sistema legislativo como um todo, dando atenção especial aos princípios e às disposições da Constituição Federal, a fim de se fazer uma releitura do Código Civil vigente – é o chamado Direito Civil Constitucional –, especialmente no que se refere ao direito de filiação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nos dias atuais, a Constituição desloca-se para o ápice do ordenamento jurídico, indicando os novos caminhos da compreensão da legislação civil e do direito privado. Dessa forma, não se pode negar a vinculação do Juiz e dos demais órgãos estatais ao texto constitucional, bem como a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Diante da simbiose entre o direito privado e o direito público, os institutos privados passaram a ser analisados a partir da Constituição, conforme se verá a seguir com a principiologia a ser seguida pelo Direito de Família.

2.2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os princípios da dignidade humana e da afetividade efetivam a multiparentalidade, reconhecendo no campo jurídico a filiação (leia-se amor, afeto e atenção) que já existe no campo fático.

Assumindo caráter de superprincípio do ordenamento, a dignidade humana passa a exercer papel fundamental nesse contexto, pois é qualidade intrínseca a todo e qualquer ser humano, independentemente de qualquer condição. No campo da família, a dignidade humana exige a superação de óbices impostos por arranjos legais ao pleno desenvolvimento dos formatos de família construídos pelos próprios indivíduos em suas relações afetivas interpessoais.

O pluralismo das entidades familiares foi uma vertente alcançada graças ao princípio da dignidade humana. Ou seja, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar esse princípio como o norteador das relações sociais, buscou acabar com o preconceito e dar proteção àquelas entidades familiares que estavam à margem da sociedade. Assim, novos tipos de arranjos familiares foram surgindo, antes não reconhecidos legitimamente pelo Estado Democrático de Direito, e consequentemente surge a multiparentalidade resultante da paternidade socioafetiva.

Portanto, no que se refere ao reconhecimento da multiparentalidade, percebe-se uma estreita ligação com a maior parte dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

2.2.2. PRINCÍPIO DA BUSCA DA FELICIDADE

O princípio da busca da felicidade procura tratar o ser humano como um fim em si mesmo, e não como um meio (objeto). Referido mandado de otimização está intrinsecamente conectado com a dignidade humana, dela procedendo ao mesmo passo que constitui o seu âmago.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quando se fala que há um dever de respeito decorrente da dignidade da pessoa humana, quer dizer que o Estado e os particulares não podem adotar medidas que violem a dignidade humana. Dessa forma, utilizando-se mais uma vez o voto do Ministro Luiz Fux (2016), proferido no RE 898.060/SC, as capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos não podem ser reconhecidas isoladamente, devendo o Estado, também, deixar de escolher as finalidades a serem alcançadas pelo ser humano nos mais diversos ramos da vida. Logo, "nenhum arranjo político é capaz de prover bem-estar social em caso de sobreposição de vontades coletivas a objetivos individuais" (BRASIL, STF, RE 898060, Rel. Luiz Fux, Julgado em 22/09/2016).

Trazendo essa ideia para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade é uma proteção conferida ao sujeito frente ao Estado, quando este tenta adequar a realidade social familiar em modelos pré-concebidos de família pela lei.

Portanto, como já foi exposto no presente estudo, o direito deve servir às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de invocar o direito à busca da felicidade, como se colhe dos seguintes arestos:

> O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana." (BRASIL, STF, RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, DJe de 26/08/2011).
>
> "Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da 'dignidade da pessoa humana': direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> liberdade sexual." (BRASIL, STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011).

Assim, tanto a dignidade humana quanto o direito à busca da felicidade mostram que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a legisladores e governantes pretender submetê-los aos seus próprios projetos.

2.2.3. PRINCÍPIO DO AFETO

A afetividade é a principal razão do desenvolvimento psicológico, físico e emocional. A Constituição Federal, ao aceitar os mais diversos arranjos como entidade familiar e proclamar a igualdade entre os filhos (antes chamados de "legítimos" ou "ilegítimos"), quis, ainda que implicitamente, garantir valoração jurídica ao afeto.

É certo dizer que o princípio do afeto, implicitamente consagrado pela Constituição Federal de 1988, representa na atualidade o princípio norteador do Direito das Famílias. Em consequência dessa nova realidade, os critérios para o estabelecimento da filiação também devem ser revistos, adequando-os aos princípios constitucionais. A paternidade, diante da atual carga valorativa da dignidade da pessoa humana, do pluralismo das entidades familiares, do direito à busca da felicidade e, sobretudo, do afeto, não pode ser reconhecida com base exclusivamente na aplicação de regras impostas na letra da lei, tendo em vista que nem todos os conflitos se amoldam aos casos previstos pelo legislador.

Como explica Flavio Tartuce:

> O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. (TARTUCE, 2015, p.1116).

Nesse ponto, conclui-se que a filiação socioafetiva deve ser aceita, tendo em vista o princípio da afetividade, e que o filho biológico é igual ao afetivo, pelo princípio da igualdade das filiações.

2.2.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE FILHOS

Segundo esse princípio, não pode haver prevalência de um critério de determinação da parentalidade sobre o outro quando constatado que, ao mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tempo, uma pessoa se sinta filho de duas pessoas (uma pelo critério afetivo e outra pelo critério biológico, por exemplo). Aceitando o princípio do pluralismo das entidades familiares, os filhos, ainda que não concebidos na constância de um casamento, passam a ter tratamento igualitário em respeito à sua dignidade como pessoa.

A Carta Magna enfatizou que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas. O parágrafo 6º do art. 227 é assertivo ao determinar que: "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação." (BRASIL, 2014, p. 132).

Um exemplo da aplicação desse princípio pode ser visto na adoção. Ela é capaz de estabelecer um vínculo parental na ausência de casamento ou liame sanguíneo, bastando o amor entre os indivíduos que se recebem como pais e filhos.

Assim, tem-se admitido a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade, pois vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, da pluralidade das entidades familiares, do afeto e da igualdade das filiações.

2.2.5. PRINCÍPIO DO MAIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O reconhecimento da multiparentalidade está diretamente relacionado ao princípio do maior interesse da criança e do adolescente. Isso porque:

> Se a ideia do reconhecimento da multiparentalidade é, de alguma forma, complementar à condição humana tridimensional – afetiva, biológica, ontológica –, o reconhecimento de uma segunda ou mais paternidades/maternidades não tem razão de ser se vier a prejudicar ou diminuir a efetividade dos princípios constitucionais, especialmente quando está em jogo o interesse da criança ou do adolescente. (SCHWERZ, 2015, p. 213).

O filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico. Em reforço à proteção do melhor interesse do menor, o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente assim dispõe:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 2013, p. 1.043).

Logo, a criança, sendo parte mais frágil na busca de seus direitos e interesses, precisa ser amparada pelo poder estatal, que tem o dever de buscar, independentemente de qualquer outro, o melhor interesse da criança e do adolescente.

O reconhecimento múltiplo da parentalidade, mesmo que de difícil compreensão no campo abstrato de análise, pode ser a medida mais adequada e justa aos interesses das partes envolvidas, quando analisado sob a perspectiva do caso concreto. Portanto, diante das peculiaridades de cada caso, deve o julgador sempre buscar promover a almejada justiça e a preservação do melhor interesse da criança.

2.2.6. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável está consagrado expressamente no art. 226, parágrafo 7º da Constituição Federal:

> Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 2014, p. 132).

Esse princípio aduz para que a responsabilidade seja observada tanto na formação, como na manutenção da família. Em outras palavras, a responsabilidade dos pais deve começar na concepção e perdurar até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais.

Ser pai é muito mais do que apenas gerar o filho, mas sim criar, dar amor, afeto, carinho, educação, atenção etc. Enfim, ser pai é ser sujeito de direitos e deveres relativamente à pessoa dos filhos.

2.3. EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A multiparentalidade, conforme dito ao longo de todo o trabalho, confere a possibilidade de o filho conviver com a paternidade biológica em conjunto com a socioafetiva. Dessa forma, ela traz para o mundo do direito o que ocorre no mundo dos fatos.

Ao se admitir a possibilidade de ocorrência da multiparentalidade, essa passa a trazer efeitos na vida familiar e no campo jurídico. Os efeitos jurídicos são diversos, podendo ser divididos em pessoais e patrimoniais. De antemão, é importante esclarecer que o efeito desse novo fenômeno no que tange ao direito sucessório será analisado no capítulo seguinte, tendo em vista ser o tema central do presente estudo.

O parentesco é um dos efeitos do reconhecimento da multiparentalidade. De acordo com Karina Azevedo Simões de Abreu (2015), embora a relação familiar principal se dê entre pais e filhos, a criação do vínculo se estende aos demais graus e linhas de parentesco. O filho, então, teria parentesco em linhas retas e colateral (até o quarto grau) com a família do pai afetivo e com a família do pai biológico, passando a produzir todos os efeitos patrimoniais e jurídicos pertinentes.

Outro efeito de importante valor diz respeito ao nome e ao registro público. O Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando de forma inédita em 2012, deferiu pedido para acrescentar na certidão de nascimento de jovem de 19 anos o nome da mãe socioafetiva, sem ser retirado o nome da mãe biológica. A ementa do julgado assim diz:

> MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido."
>
> (SÃO PAULO, TJ, APL: 64222620118260286, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 14/08/2012).

Reconhecida a multiparentalidade, o filho pode ter seu nome composto pelo prenome e o apelido de família de todos os pais, sem qualquer impedimento legal. Tal entendimento já foi fruto de decisão judicial:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> "DECISÃO. Diante do exposto e por tudo o que mais dos autos consta, embasado no artigo 227, § 5º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 170 e artigos 39 e seguintes da Lei 8069/90, considerando que o adolescente A. M. F, brasileiro, filho de E. F. F. e R. M. F., nascido em 16 de janeiro de 1996, registrado sob o nº XXX, folhas 24, do Livro A/10, perante o Registro Civil de B. V. Da C. -PR, estabeleceu filiação socioafetiva com o requerente, defiro o requerimento inicial, para conceder ao requerente E. A. Z. J. A adoção do adolescente A. M. F., que passará a se chamar A. M. F. Z., declarando que os vínculos se estendem também aos ascendentes do ora adotante, sendo avós paternos: E. A. Z. E Z. Z.. Transitada esta em julgado, expeça-se o mandado para inscrição no Registro Civil competente, no qual seja consignado, para além do registro do pai e mãe biológicos, o nome da adotante como pai, bem como dos ascendentes, arquivando-se esse mandado, após a complementação do registro original do adotando."
>
> (PARANÁ, AUTOS Nº 0038958-54.2012.8.16.0021, 2013).

Essa alteração do nome no registro civil é possível porque, além de o direito do uso do nome do pai pelo filho ser direito fundamental e não poder ser vedado, a multiparentalidade é uma forma justa de se reconhecer a paternidade e a maternidade de um filho que é amado por ambos os pais, sem que para isso necessite a exclusão de um ou de outro.

No que concerne à submissão do filho ao poder familiar e, consequentemente, à guarda do filho menor, a multiparentalidade deve ser guiada fundamentalmente pelo princípio do maior interesse da criança e do adolescente. É primordial analisar cada caso concreto. Contudo, com a evolução da realidade social das entidades familiares, é evidente que a afetividade deve sempre ser levada em consideração, sendo critério mais adequado para se analisar. Portanto, é possível dizer que os pais afetivos levam sensível vantagem em detrimento dos pais biológicos na obtenção da guarda dos filhos menores.

A jurisprudência do Tribunal de Santa Catarina confirma esse posicionamento, dizendo:

> PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – MANTENÇA DA GUARDA COM O CASAL QUE VEM CRIANDO A MENOR – ARTIGOS 6º E 33 DO ECA – PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE

> PROCEDENTE – ÔNUS SUCUMBENCIAIS MODIFICADOS – RECURSO PROVIDO. Tendo como foco a paternidade socioafetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: o direito do pai biológico que pugna pela guarda da filha, cuja conduta, durante mais de três anos, foi de inércia, ou a integridade psicológica da menor, para quem a retirada do seio de seu lar, dos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos. Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que, mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetram inverdades, nem se quer menosprezar a vontade do pai biológico em ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu. Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquele que, nada obstante tenha emprestado à criança seus dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra-referidos".
>
> (SANTA CATARINA, 2006).

Por fim, os alimentos na multiparentalidade precisam ser compreendidos a partir do art. 1.696 do Código Civil de 2002, que assim dispõe: "O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros." (BRASIL, 2014, p. 356),

A obrigação alimentar é aplicada tanto ao pai biológico, quanto ao pai socioafetivo.

Portanto, seguindo o binômio possibilidade/necessidade e a reciprocidade na prestação de alimentos, é de se concluir que todos os pais poderão prestar alimentos ao filho, bem como este poderá prestar alimentos a todos os pais.

3. SUCESSÃO NA MULTIPARENTALIDADE

Esta seção final é de extrema importância, pois aborda uma temática ainda controvertida, tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Com isso, buscar-se-á apresentar os efeitos da multiparentalidade no direito sucessório, bem como trazer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

um caso concreto para que toda a teoria possa ser adequada à resolução de um caso prático.

3.1. REFLEXOS DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO SUCESSÓRIO

Primeiramente, deve-se partir do pressuposto de que o procedimento utilizado no direito sucessório de uma relação multiparental nada distingue daquele usado em uma família em que esse fenômeno não ocorre. O filho é herdeiro de seus pais (sejam biológicos ou afetivos) e esses herdeiros de seus filhos, além dos vínculos com os demais parentes. Desse modo, a multiparentalidade atende a todos os requisitos necessários para fazer a relação socioafetiva merecedora de herança.

O direito das sucessões traz as normas referentes à transmissão dos bens da pessoa do *de cujus*. A Constituição Federal de 1988 traz expressamente o direito à herança, em seu art. 5º, inciso XXX. Além disso, o Código Civil 2002 também regula essas relações, a partir do art. 1.784.

Tratando da sucessão *causa mortis*, esta pode ser legítima ou testamentária. Naquela, a indicação dos herdeiros e a consequente partilha dos bens se dão segundo critérios fixados pelo legislador (art. 1.786, do Código Civil de 2002: A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade). Já na sucessão testamentária – não interessando no presente estudo –, o patrimônio é distribuído por vontade expressa do falecido.

A sucessão é feita a título universal, isto é, transfere-se todos os bens do *de cujus*, quais sejam: ativo, passivo, direitos e obrigações. É imperioso compreender o princípio da *saisine*, que diz que a sucessão ocorre no momento da morte do *de cujus*. Assim, nesse momento, a totalidade dos bens passa, automaticamente, a pertencer aos herdeiros do falecido.

No que tange aos herdeiros legítimos, o art. 1.829 do Código Civil traz um rol taxativo e preferencial daqueles que irão suceder, conforme se expõe:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (BRASIL, 2014, p. 364).

A ordem de vocação sucessória prevista nesse dispositivo foi estabelecida conforme a classe da relação do parentesco, seja ele consanguíneo-biológico, seja ele por afinidade.

Além dos legítimos, o art. 1.845 do Código Civil traz um rol de herdeiros necessários, que consiste nos descendentes, ascendentes e o cônjuge. Essa classificação tem por objetivo impedir a afastabilidade deles por simples vontade do *de cujus* e criar uma proteção especial para certa classe de herdeiros vinculados ao autor da herança por laços de parentesco mais estreitos. Estes herdeiros necessários fazem jus à metade da herança, parte que se denomina legítima.

Voltando ao caso da multiparentalidade, o princípio da igualdade entre os filhos, estabelecido pela Constituição de 1988, é de suma importância para resolver a questão do direito sucessório. Isso porque não se pode ter qualquer tipo de discriminação relativa à filiação, ou seja, todos os filhos são herdeiros legítimos e necessários. Cristiano Farias e Nelson Rosenvald corroboram desse mesmo entendimento, veja-se:

> A incidência da isonomia entre os filhos produzirá efeitos no plano patrimonial e no campo existencial. Com isso, pondo fim às discriminações impostas aos filhos adotivos, a igualdade assegura que um filho tenha o mesmo direito hereditário do outro. Ou seja, não há mais a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem (biológica ou afetiva) (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 133).

Portanto, hoje é muito importante assegurar a herança em igualdade de situação a todos os filhos, sejam eles concebidos na vigência do matrimônio ou não. Ainda assim, o legislador é claro ao utilizar o termo "descendentes" no art. 1.829, englobando tanto filhos (biológicos, pressupostos, afetivos, adotivos), quanto netos, bisnetos, tataranetos e assim por diante.

Quando se tem uma relação afetiva registrada ou reconhecida judicialmente e coexistente com uma relação de parentalidade biológica, tem-se reconhecida a multiparentalidade, havendo efeitos sucessórios oriundos dos dois tipos de filiação: o filho socioafetivo se torna herdeiro legítimo e necessário daquele que o reconheceu como filho. Entretanto, conforme aduz Tauã Lima Verdan Rangel:

> O registro não pode afigurar como um óbice para a sua efetivação, considerando que sua função é refletir a verdade real. Logo, se a verdade real é concretizada no fato de várias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> pessoas exercerem funções parentais na vida dos filhos, o registro deve, imperiosamente, refletir esta realidade. Mais do que isso, não reconhecer as paternidades biológica e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na proporção em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, devendo-se, portanto, manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, porquanto ambas integram a trajetória da vida humana (RANGEL, 2016).

Logo, em relação ao direito sucessório, deve-se ter tantas linhas sucessórias quanto forem os pais, não havendo fundamento jurídico para tratamentos diversos e admitindo-se a ocorrência de multi-hereditariedade. Porém, é preciso observar a ressalva de não se estabelecer a multiparentalidade com vistas exclusivas para atender a interesses patrimoniais.

3.2. CASO CONCRETO: UM FILHO E DOIS PAIS, UM BIOLÓGICO E OUTRO SOCIOAFETIVO. EM QUAL SUCESSÃO ELE SERÁ HERDEIRO?

Toda a parte teórica do presente trabalho teve como escopo trazer fundamentos para que o conflito do caso concreto que se expõe a seguir pudesse vir a ser resolvido da forma mais justa e adequada diante da realidade social dos dias de hoje.

Imagine uma situação em que o filho é gerado em decorrência de relações sexuais entre mãe e pai não casados. O pai biológico, então, registrou a criança como seu filho, porém o abandonou, não dando afeto, carinho, amor e educação. Somado a isso, ainda há o fato de o pai ter se encontrado muito pouco com o menor e não ter prestado alimentos ao longo de toda sua vida, não contribuindo financeiramente para o crescimento do filho. Diante de tais acontecimentos, a mãe formou união estável com outro homem e este passou a criar o filho daquela, considerando-o como seu também. Vários anos se passaram e a relação entre o companheiro daquela mãe e seu filho ganhou fortes laços de afetividade, fazendo com que a paternidade/filiação passasse a ser considerada reciprocamente.

Pode-se inferir que surgiu uma paternidade socioafetiva, tendo em vista que o padrasto ao longo de toda sua vida, sempre educou, deu atenção, carinho, afeto e amor ao seu enteado. Além disso, sempre contribuiu financeiramente para a formação pessoal e profissional do seu agora filho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Acontece que, tal filiação nunca foi requerida judicialmente e muito menos houve alteração no registro, vindo o filho a possuir ainda o nome do pai biológico em sua certidão de nascimento. Contudo, aos olhos da sociedade e da própria família, padrasto e enteado sempre foram pai e filho, ou seja, sempre tiveram essa relação paterno-filial, tendo a consciência de que ganharam direitos e obrigações mútuos em decorrência da relação de parentesco surgida.

Diante de tais fatos, várias perguntas passam a ser feitas, como: a) Existe uma paternidade socioafetiva? b) Está presente o fenômeno da multiparentalidade? c) Quais são os efeitos jurídicos derivados dessa relação familiar? d) O filho é herdeiro de qual pai, do biológico e/ou do socioafetivo?

Essa é uma situação bastante peculiar, mas que ocorre com certa frequência na sociedade atual.

Como foi dito ao longo de todo o trabalho, para que ocorra a paternidade socioafetiva se faz necessária a posse do estado de filho. Os critérios para essa configuração são: i) nome (*nomen*); ii) tratamento (*tractatus*); e iii) fama ou reputação (*reputatio*). No caso em tela, apesar de o requisito "nome" não se fazer presente a fim de constatar a ocorrência da socioafetividade, os outros requisitos estão claramente postos.

Nos últimos anos havia um entendimento consolidado na justiça brasileira de que a paternidade socioafetiva poderia superar a biológica. Vários julgados admitiam que o registro do filho, no que concerne ao pai biológico, seria cancelado a fim de prevalecer o do pai afetivo, o de criação. Todavia, a decisão do STF no Recurso Extraordinário 898060/SC abriu a possibilidade de o filho, de acordo com seu interesse, optar por manter no registro o nome dos dois pais. Assim, o princípio do maior interesse da criança e do adolescente dá margem para que o filho, querendo, possa ter mais de um pai no seu registro e, consequentemente, assumir direitos e obrigações no ramo jurídico.

O que o presente trabalho almeja é mostrar que não existe óbice por parte do ordenamento jurídico para o estabelecimento de vínculo sucessório recíproco, diante do reconhecimento de dois pais para o filho.

O reconhecimento judicial da filiação socioafetiva poderá produzir efeitos sucessórios, assim como já ocorre com a filiação biológica. Destarte, se ambos tratarem de vínculos legítimos, não há causa que justifique que um se sobreponha a outro ou o afaste, devendo, desta maneira, ambos acarretarem os mesmos efeitos jurídicos, inclusive sucessórios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Um caso exemplar ocorreu em Santa Catarina, envolvendo a filha de uma empregada doméstica que foi criada pelos patrões em razão da morte da mãe biológica. A mãe afetiva obteve a guarda provisória da menina e a educou por toda vida, dando amor, afeto e carinho. Com a morte da mãe afetiva e consequente abertura do processo sucessório, a filha socioafetiva foi excluída da respectiva sucessão, que entrou com uma ação de reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva para todos os fins hereditários. A decisão foi unânime em reconhecer a existência de paternidade e maternidade socioafetiva. Portanto, conclui-se que a sucessão depende do vínculo de amor e afeto, e não do vínculo de parentesco.

Considerável parte da doutrina e muitos tribunais ainda relutam em reconhecer a multiparentalidade, entendendo que a admissão desse fenômeno traria muitos inconvenientes, por exemplo a possibilidade de estabelecimento da filiação apenas para atender fins patrimoniais. Dessa forma, os tribunais têm decidido pela sobreposição entre os critérios de paternidade, isto é, estão hierarquizando as modalidades de paternidade e, com isso, não há geração de efeitos sucessórios no tocante às famílias com vínculos multiparentais.

O risco de um aumento significativo de demandas sem importância, que visem exclusivamente a fins patrimoniais, deverá ser analisado com certa cautela por parte dos operadores do direito, mas não parece ser preocupante.

O parecer do Ministério Público Federal, apresentado no caso concreto julgado pelo STF em que se fixou a tese da multiparentalidade (RE 898060/SC), também trouxe esses alertas. Contudo, confiou na existência de precauções dentro do próprio sistema, afirmando que os eventuais abusos podem e devem ser controlados no caso concreto.

O Direito deve prestigiar a realidade da família e não fechar os olhos para esses institutos. É preciso tutelar as consequências jurídicas da multiparentalidade de forma idêntica ao que ocorre com a família nuclear, levando-se sempre em consideração os princípios constitucionais.

Portanto, está evidenciada a necessidade de uma reforma legislativa, a fim de tutelar com igualdade todas as famílias brasileiras e afastar as divergências hoje existentes.

4. CONCLUSÕES

Depois de conhecer afinco o instituto da multiparentalidade, coerente se faz tecer algumas conclusões a respeito da possibilidade ou não de um filho participar

da sucessão, tanto do seu pai biológico, quanto do seu pai socioafetivo, respeitando, sempre, o prolongamento da discussão do tema.

No caminhar do presente estudo, constatou-se que o vínculo afetivo hoje em dia é imprescindível para a constituição dos núcleos familiares, o que faz com que tal elemento ganhe grande relevância jurídica, saindo do campo dos fatos e tendo o condão de produzir direitos e obrigações na órbita do direito.

A multiparentalidade, que é a possibilidade da múltipla filiação na qual um filho é reconhecido pelo pai biológico e, concomitantemente, pelo pai afetivo, apesar de ser um fenômeno jurídico novo, está garantida implicitamente pelo ordenamento jurídico no tocante ao reconhecimento da igualdade entre os filhos. Assim, a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade entre os filhos, assegurou o direito de filiação a todos os filhos, independentemente desse vínculo ter se originado por meio de um critério biológico, legal, afetivo ou adotivo, sendo que todos possuem os mesmos direitos e obrigações.

O grande problema desse instituto diz respeito às questões meramente patrimoniais, em que o filho busca o reconhecimento da filiação biológica ou socioafetiva apenas para ter ganhos econômicos. Algumas decisões jurisprudenciais sobre o assunto e parte da doutrina tem entendido que a multiparentalidade vem trazer alguns absurdos, pois transformaria uma questão delicada ligada ao estado de filiação em uma indústria que visasse apenas o aproveitamento econômico.

Dessa forma, caberá aos operadores do direito analisar caso a caso a fim de evitar tais manejos por parte de quem quer que seja, mas nunca poderão deixar de tutelar essas situações que ocorrem com frequência no âmbito das famílias.

Diante de tudo que foi exposto até aqui, o presente trabalho defende a ideia de que não há qualquer empecilho para que se reconheça a filiação socioafetiva e, com isso, a multiparentalidade e a geração de efeitos jurídicos das mais diversas ordens, principalmente no que tange ao direito sucessório.

O direito à herança na condição de herdeiro legítimo e necessário para os indivíduos integrantes de vínculos multiparentais deve ser totalmente resguardado. Isso faz com o que um filho possa participar da sucessão, tanto do seu pai biológico, quanto do seu pai socioafetivo.

No último tópico, foi proposto um caso concreto no qual se pôde constatar que essas situações do dia-a-dia geram diversas dúvidas. Procurou-se esclarecer pontos que facilmente surgem com as transformações sociais ocorridas nas entidades familiares, sobretudo no que tange ao direito sucessório, tendo em vista

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que o direito acompanhar as transformações sociais é tarefa extremamente difícil, mas necessária.

O julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SC pelo STF, em setembro de 2016, clareou, de certa forma, a questão controvertida. A multiparentalidade é um instituto que, apesar de não estar expresso no ordenamento jurídico, é totalmente aceitável, gerando efeitos jurídicos para todos os envolvidos no seio da relação familiar.

Enfim, o que se deve ter como certo quando se trata da possibilidade ou não de um filho participar da herança de dois pais (biológico e socioafetivo) é que, apesar de dificuldades, não há óbices intransponíveis capazes de negar tal possibilidade, sendo mais coerente e adequado que um filho, de acordo com a situação concreta, tenha seu direito de participar das duas sucessões reconhecido, baseado nos princípios do maior interesse da criança e do adolescente, da afetividade, da igualdade entre os filhos e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

5. REFERÊNCIAS

ABREU. Karina Azevedo Simões de. Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento. In: JusBrasil. Disponível em: <http://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceitoe-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>. Acesso em: 22 jan. 2017.

ACESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. PGR opina ser possível o reconhecimento jurídico da existência de mais de um vínculo parental. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/6088/PGR+opina+ser+poss%C3%ADvel+o+reconhecimento+jur%C3%ADdico+da+exist%C3%AAncia+de+mais+de+um+v%C3%ADnculo+parental#.V7sRS43bj48.facebook>. Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Estatuto da Criança e do Adolescente. Vade Mecum Saraiva. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, 5 mai 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 477.554-AgR/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 16 ago 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf. Acesso em: 22 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 898060/SC. Rel. Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 set 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092. Acesso em: 20 jan. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2012, v. 6.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Autos 0038958-54.2012.8.16.0021. Juiz de Direito Sérgio Luiz Kreuz. Paraná, Cascavel, 20 fevereiro 2013.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. O reconhecimento da multiparentalidade pelo ordenamento jurídico nacional e a possibilidade de múltipla filiação registral. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17586>. Acesso em: 3 mar. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, Apelação Cível 2005.042066-1. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Santa Catarina, Florianópolis, 01 junho 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 64222620118260286. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. São Paulo, São Paulo, 14 agosto 2012.

SCHWERZL, Vanessa Paula. Multiparentalidade: Possibilidade e critérios para o seu reconhecimento. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 1, n. 03, dez. 2015. Disponível em: <https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/viewFile/98/70>. Acesso em: 10 fev. 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: GEN/Método, 2015.

ZAMATARO, Yves. O reconhecimento da multiparentalidade no direito brasileiro. 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI185307,21048-O+reconhecimento+da+multiparentalidade+no+Direito+brasileiro>. Acesso em: 22 jan. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: CONTORNOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

MATEUS OLIVEIRA TEIXEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Administrativo pela PUC-MG e em Direito Constitucional pela Univali. Servidor do Tribunal de Contas da União (TCU) desde 2015. Advogado OAB-DF.

RESUMO: O presente artigo aborda a noção de consensualidade no direito administrativo. Para bem situar a matéria, delineou-se as premissas teóricas que sustentam alguns dos novos paradigmas do direito administrativo, a saber: a juridicidade administrativa, a releitura do conceito de interesse público e de supremacia do interesse público. Observou-se que o ordenamento jurídico brasileiro, por força da ideia de constitucionalização do direito administrativo, agasalha práticas consensuais no seio da Administração Pública, de maneira que o administrador público tem, ao seu dispor, normativos autorizadores de condutas que agregam práticas consensuais.

PALAVRAS-CHAVE: Consensualidade administrativa, Juridicidade, Estado Democrático de Direito, Direitos e garantias fundamentais, Interesse público

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 1.1. O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE – 2. DESENVOLVIMENTO – 2.2. A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO AO ORDENAMENTO JURÍDICO – 2.3. A LEITURA CONTEMPORÂNEA DO INTERESSE PÚBLICO – 2.4. A CONSENSUALIDADE NA PRÁTICA ADMINISTRATIVA – 3. CONCLUSÃO – 4. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

1.1. O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE

O direito administrativo vem passando por mudanças estruturais, mormente nas redefinições de dogmas populares, a saber: o princípio da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, além do surgimento de uma noção de consensualidade no seio da Administração Pública.

Essas modificações, indubitavelmente, são um reflexo das circunstâncias sociais. A pós-modernidade, termo utilizado - a despeito da sua falta de consenso teórico - para definir o estágio em que vivemos atualmente, caracteriza-se pela pluralidade dos sujeitos, pelas divergências inerentes às pluralidades, pelos embates, pelas indeterminações e pelas incertezas. Tais circunstâncias proporcionam a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pulverização do interesse público, uma vez que cada comunidade, grupo e indivíduo demanda uma manifestação estatal específica. Assim é que surge uma pluralidade de interesses públicos, tornando a ação do Estado cada vez mais complexa.85

Agregam-se a essa realidade, também, o avanço desmedido do capitalismo por todo o globo terrestre, a que os especialistas intitulam de "fenômeno da globalização", e o domínio da tecnologia, que tem reposicionado a atuação do homem, tornando a vida cada vez mais virtual.

Se são essas, pois, as demarcações do Estado contemporâneo, não há razões, seja do ponto de vista fático ou lógico, para buscar em obsoletas formas de administrar a coisa pública (*res publica*) respostas para as demandas inovadoras que surgem perante a Administração Pública.

No mesmo passo, a constitucionalização do direito administrativo traz à *lume* a noção de que não se pode administrar negligenciando os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. A autuação do gestor público exige uma postura não apenas de conformação legal, mas, e verdadeiramente, a de um estrito respeito aos postulados constitucionais. Quer isso dizer que o parâmetro de avaliação das escolhas feitas pelo administrador público tende a ser, em última análise, a Constituição.86

85Murilo Ruiz Ferro e André Castro Carvalho enaltecem essa característica do Estado contemporâneo na seguinte passagem: "O Estado Pós-Moderno faz que os interesses públicos sejam, no sentido exarado por Alessandro Pizzorusso, meras finalidades concretas a serem efetivadas pelos órgãos ou entes públicos, pois, em sociedades pluralistas, como a que vivemos, há tantos interesses públicos quantas forem as comunidades nela coexistentes — e, por consequência, os interesses passam a ser plúrimos (...) A chamada pluralização dos interesses públicos contempla, por decorrência lógica, uma maior complexidade de situações em que o Estado é compelido a agir em favor da coletividade, cada vez mais buscando encontrar novas formas de pactuação (...)" (FERRO, Murilo Ruiz; CARVALHO, André Castro. *Administração contratual, nova contratualidade administrativa e contratos de parcerias: breves considerações acerca de alguns conceitos que integram uma nova terminologia trazida pela doutrina administrativista contemporânea*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 21-39, abr./jun. 2018).

86Na observação retilínea de Lorena Miranda Santos Barreiros: "A Constituição Federal de 1988 promove um fenômeno de constitucionalização dos ramos do direito, não sendo excluído desse movimento o Direito Administrativo. A crise da lei, levada a efeito na segunda metade do século XX por diversos fatores (desprestígio do instrumento legal, seu uso político, aumento do uso normativo pelo Poder Executivo, surgimento das agências reguladoras), conduz à assunção do vértice da juridicidade administrativa pela Constituição, afastando-se a ideia de que a intermediação, pela lei, do diálogo da Administração com a Constituição seria imprescindível" (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016, p. 36).

Nessa perspectiva, há que se fazer, a depender do caso concreto, as necessárias ponderações87, porquanto nenhum direito é absoluto. A satisfação de interesses individuais, estejam eles albergados em legítimas garantias constitucionais, não é carta aberta para a submissão de interesses coletivos aos estritos interesses privados, sem reflexo no bem-estar da coletividade.

Esse tipo de enquadramento, que, frise-se, só pode ser abordado no caso concreto, deve passar pelo filtro da Constituição88, de sorte que apenas argumentativamente é possível estabelecer se tal ou qual decisão está ou não adequada, no que diz respeito aos ditames da Carta Maior.

Assim é que esse Estado, que agrega dentro do seu território uma pluralidade de visões de mundo, que sofre os influxos da globalização e da tecnologia, deve atuar balizado nas determinações constitucionais. O direito administrativo, logo, como ramo do direito que se presta a cuidar da função administrativa do Estado89, deve estar adequado aos novos fatos do mundo da vida e, impreterivelmente, a que pautar-se conforme as diretrizes fixadas pela Constituição.

Não é por outra razão que hoje se vê com certa cautela os meios unilaterais de tomada de decisão adotados pela Administração.90 O ato administrativo,

87Destaca Cristiane Schwanka que: "A compreensão da Constituição como sistema leva ao entendimento de que os interesses públicos e privados equiparam-se, sendo ambos reconhecidos em condição de igualdade. Ou seja, no mesmo patamar de hierarquia. Todavia, em determinadas situações, como resultado de ponderação de princípios e direitos em abstrato, a Constituição reconhece a prevalência (jamais supremacia) de alguns interesses públicos, sem, contudo, autorizar a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado" (SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Faculdade de Direito, 2009).

88Na percuciente explicação de Luís Roberto Barroso, "(...) o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores 248 e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 110-111).

89Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 55-29).

90Por todos, tem-se a síntese de Rafael Roque Garofano: "A nova face da atuação administrativa – agora mais próxima dos cidadãos – já não admite a adoção de uma Administração Pública baseada puramente no poder extroverso e no unilateralismo" (GAROFANO, Rafael Roque. *A consensualidade*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

conceito tão aceito no direito brasileiro, importado da doutrina francesa91, vem sendo debatido à luz dessas novas premissas. O atributo da imperativa, em que pese não estar presente em todos os atos administrativos, é objeto de questionamento, quando se mira numa perspectiva de respeito aos direitos individuais e de uma atuação consensual da Administração.92

Isto posto, a doutrina vem trazer a noção de consensualidade administrativa, em substituição à atuação apenas unilateral do Estado.93 Nada mais elementar, haja vista que, em uma sociedade democrática, a Administração Pública deve agregar em sua atuação a participação dos cidadãos, seja no planejamento de determinada ação, que impactará, indubitavelmente, na vida das pessoas, seja no acompanhamento dos efeitos da ação já implementada.

Ocorre que, tendo em vista nossa tradição francesa, marcantemente legalista, em matéria de direito administrativo, há uma cultura que não absorve essa postura de consensualidade (de autuação consensual).94 Os "opositores" da ideia de consensualidade, se assim podem ser intitulados, agarram-se no princípio da legalidade, como tradicionalmente o é divulgado, e no conceito de interesse público.

Em vista disso, o presente artigo analisará os pontos objeto de divergência por parte da doutrina, quanto se tenta instrumentalizar uma atuação consensual na Administração Pública, a saber: o princípio da legalidade e o conceito de interesse público, na vertente do princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse

nos contratos administrativos: do regime estatutário para a parceria contratual. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014, p. 5).

91É o que lembra Ana Cristina Aguilar Viana, citando Vasco Pereira da Silva: "(...) o ato administrativo é incapaz de captar a integralidade de situações jurídicas das quais a Administração participa. Com efeito, Vasco busca preencher as lacunas deixadas pela velha teoria do ato administrativo por meio da ideia de relação jurídica administrativa, que para ele parece ser instituto mais adequado para enquadrar o universo de relações existentes entre a administração pública e os particulares" (VIANA, Ana Cristina Aguiar. *Contrato Administrativo no Brasil: do autoritarismo à consensualidade*. Juris Plenum: direito administrativo, v. 4, n. 13, p. 69, mar. 2017).

92NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, pp. 66-67, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

93SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARAÇATO, Gilson. *A consensualidade e os canais de democratização da administração pública. In: Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 1347-1378.

94OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, v. 104, pp. 310-311, jan./dez. 2009.

público sobre o privado.95 Após, será feita uma análise, a partir desses debates, sobre a introdução da consensualidade no direito administrativo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.2. A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO AO ORDENAMENTO JURÍDICO

A tradição do direito administrativo no Brasil é calcada, sobremaneira, na ideia de que a Administração Pública só pode agir conforme determinação legal expressa. Esse mantra vem sendo reproduzido desde os ensinamentos de Guido Zanobini, para quem: "o indivíduo pode fazer tudo o que não lhe é expressamente vetado, ao passo que a Administração pode fazer apenas o que a lei expressamente lhe consente".96

Há que se ter cautela ao dizer que a atuação da Administração é baseada exclusivamente no que é posto pela lei de forma expressa. Se levado ao limite, esse raciocínio ocasiona a construção de situações em que a inércia, dada a impossibilidade de atuação sem norma legal expressa, dominaria a *práxis* administrativa.97 Por outro lado, se flexibilizarmos demasiadamente a atuação do administrador público, desvinculando-o da lei, ter-se-á um Estado capturado pelos interesses egoísticos (interesses privados).

95Vários são os institutos do direito administrativo objeto de releitura. Na exemplificação de Cleuber Barbosa das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho, têm-se os seguintes exemplos: "os limites da discricionariedade administrativa; os modelos de parceria público-privada (englobando aqui os mais variados tipos de relação, inclusive com o terceiro setor); a nova compreensão do princípio da legalidade, enfrentando, inclusive, a inserção pretensamente substitutiva da noção de juridicidade; a releitura conceitual do interesse público e as formas de participação dos usuários nos processos decisórios administrativos; um novo perfil da administração pública pautada na eficiência; a interpretação dos princípios administrativos como norma jurídica, em especial a incidência do princípio da impessoalidade de maneira diferenciada; e também – sem exclusão de outros – a própria possibilidade de atuação consensual dos entes administrativos" (NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 65, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019).

96ZANOBINI, Guido. *L' Attività Amministrativa e la Legge*. In: Scritti Vari di Diritto Pubblico, Milano: Giuffrè, 1955, pp. 206-207.

97Alexandre Santos de Aragão, balizado nos ensinamentos de Charles Eisenmann, sustenta que: "não há como ser aplicado o critério da legalidade substancial em uma versão extrema (de máxima densidade normativa das leis) porque pressupõe que apenas a lei cria direitos e obrigações. Esquecendo que, na verdade, todo e qualquer regulamento possuirá em determinada medida, sob pena da sua inutilidade, algum papel criativo em relação à lei (...)" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo, n. 236, p. 56, abr./jun. 2004).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Pois bem. As concepções extremistas serão negligenciadas, haja vista não agregarem ao desenvolvimento dos argumentos trabalhados neste ensaio. Quando se diz que o princípio da legalidade é um obstáculo para a implementação da consensualidade, na verdade o que se diagnostica é a existência de uma cultura legalista, que diz que o administrador público só pode agir pautado na lei (lei em sentido formal). Esse é o verdadeiro empecilho.

Não se sustenta que o Estado deve atuar sem fundamentação no direito, isso seria um retrocesso civilizatório. Definitivamente não é essa a ideia. O conceito de legalidade, na concepção de vinculação às normas produzidas por meio do processo legislativo, é ressignificado, por força da noção de constitucionalização do direito administrativo. Ou seja, o agir do administrador público, a despeito de não poder contrariar determinação legal expressa, deve ser legitimado pela Constituição.98 Mais ainda, a vinculação da atuação administrativa deve ser, necessariamente, com o direito. A essa mudança de paradigma, os doutrinadores denominam de juridicidade da ação administrativa.

Shirlei Silmara de Freitas de Mello e Roziana G. Camilo Lemos Dantas, traduzem bem essa mudança de perspectiva, ao afirmarem que:

> Administração Pública deve se pautar de acordo com o que emana a Constituição, com ênfase nos direitos fundamentais, na democracia e na dignidade da pessoa humana. *A juridicidade, por ir além da legalidade, revela que a atividade estatal deve se subjazer ao conjunto de princípios e regras do ordenamento jurídico, valorizando a realização dos direitos dos cidadãos, não se atendo somente à mera aplicação da lei administrativa*.99
>
> (Grifos nossos)

A lei, como é cediço, é incompleta, não engloba todas as situações fáticas possíveis. E assim deve ser. Por isso, afirmar que a Administração só deve atuar

98No apontamento de Mariana de Siqueira, observa-se que: "(...) Hoje, diante do contexto pós-positivista, convém reiterar aqui que é na Constituição que reside a grande moldura limitadora de sua atividade interpretativa" (SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse Público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 258).

99MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. *A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do resultado*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 77, jun. 2010, Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585 >. Acesso em: 05 de maio de 2019.

conforme determinação legal expressa, é criar um ambiente de engessamento administrativo. Mais coerente com os desígnios da sociedade atual, é conceber que a Administração Pública deve atuar regulada pelo direito, o que engloba a constitucionalização da atividade administrativa e estabelece um sentido de completude aos atos da Administração, na medida em que estabelece uma conexão com o ordenamento jurídico. Assim é que Gustavo Binenbjom aponta para a noção de que:

> A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. *Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).* 100
>
> (Grifos nossos)

Há casos, não obstante, em que a lei será taxativa, de modo que só tocará uma forma de atuação. Nessas condições, o administrador público apenas poderá agir conforme a determinação legal expressa. Contudo, já se sabe, desde há muito, que o administrador público não pode se curvar perante lei inconstitucional, ainda que não declarada a inconstitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário.101 Portanto, em que pese ser o comando legal vinculante, porquanto não possibilita a construção de alternativas interpretativas juridicamente válidas, se tal lei contrariar a Constituição, não deverá ser aplicada.

100BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38.

101Apesar de existir polêmica em torno desse tema, a corrente majoritária, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, é pela possibilidade de o Chefe do Executivo recusar a aplicação de uma lei se entendê-la como inconstitucional e isso sem a prévia manifestação judicial. Para melhor entendimento da matéria, *vide*: CAMPOS, Miguel Ramos. *Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional. Correntes Doutrinárias. Controvérsia*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 2, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É preciso registrar, nesse contexto, que o administrador público também normatiza. Ou seja, cria normas. As portarias, as resoluções, as instruções normativas, os memorandos e os regulamentos, por exemplo, são instrumentos utilizados pela Administração para regulamentar determinados assuntos, não abrangidos completamente pelas leis. Esses instrumentos se legitimam, ou têm sua validade confirmada, nas leis que tratam dos temas por eles abordados. Todavia, não há como negligenciar o fato de que esses instrumentos inovam na ordem jurídica, criando direitos e obrigações para os administrados e para a Administração.

Exemplo disso são as Instruções Normativas do extinto Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão102, em matéria de licitações e contratos, que ampliam, em muito, as regras propagadas pela Lei nº 8.666/1993103. É o caso da repactuação contratual104 e da preclusão lógica do direito a repactuar105. Tais figuras não estão presentes, de forma expressa, no diploma legal em comento. Ocorre que os órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas da União (TCU), não questionam a legalidade desses institutos, ao contrário, tais institutos tornaram-se prática já absorvida no dia a dia da Administração Pública.106

Dito isso, convém registrar que a atividade normativa da Administração Pública não é válvula de escape para o cometimento de arbitrariedades, tampouco para a malversação do dinheiro público. A defesa é no sentido de que a Administração Pública, vinculada que é à Constituição e ao direito, normatiza condutas no seu âmbito de atuação. Nesse aspecto, já defendia Alexandre Santos de Aragão, em artigo vanguardista, que:

> (...) evoluiu-se para se *considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos*

102A Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, criou o Ministério da Economia, que englobou as estruturas dos ministérios da Fazenda; do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e do Trabalho.

103Estamos nos referindo aos seguintes normativos: Instrução Normativa MARE nº 18/1997, Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 e Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017 (única em vigor).

104Figura disciplinada, inicialmente, pelo Decreto nº 2.271/1997, revogado pelo Decreto nº 9.507/2018, tem suas peculiaridades destacada pelas Instruções Normativas SLTI/MPOG nº 02/2008 e a Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017, em vigor.

105É o que prevê o art. 57, § 7º, da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017.

106A jurisprudência do TCU é clarividente quanto a constitucionalidade da técnica da repactuação. É o que se observa a partir do Acórdão nº 1.827 – Plenário:

(...) 3. A repactuação de preços não foi editada pelo Decreto nº 2.271/97 como figura jurídica autônoma, mas como espécie de reajuste de preços, a qual, ao contrário de valer-se da aplicação de índices de preços, adota apenas a efetiva alteração dos custos contratuais. Desse modo, não há se falar em inconstitucionalidade quanto ao aspecto previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal (TCU. *Acórdão nº 1.827/2008*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler).

> *maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à "lei e ao Direito*" (...).107
>
> (Grifos nossos)

E isso não é, *a priori*, uma conduta ilegal. Também não se pode afirmar, contemporaneamente, que apenas a lei (em sentido formal) determina a ação do administrador público. Corolário a esta ideia de vinculação estrita à lei, que tende a afastar a consensualidade do agir administrativo, é a noção de supremacia e de indisponibilidade do interesse público.

2.3. A LEITURA CONTEMPORÂNEA DO INTERESSE PÚBLICO

Celso Antônio Bandeira de Mello, em clássico manual, sustenta que as "pedras de toque" do regime jurídico administrativo108 são os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.109 No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro reforça o caráter preponderante destes dois princípios na estruturação do direito administrativo brasileiro.110

Os clássicos administrativistas têm em mente a ideia de que não deve o direito administrativo desviar-se de sua função principal, que é a satisfação dos interesses públicos. Constrói-se uma blindagem dogmática para defender a impermeabilidade do Estado frente os interesses privados, de maneira que a *res publica* não sucumba aos desígnios egoísticos dos homens.111

107ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo, n. 236, p. 63, abr./jun. 2004.

108O regime jurídico administrativo é a ideia de especialidade do direito aplicado ao Estado. Advém da noção de prerrogativas e sujeições a que está submetida a Administração e que não encontra reflexo nas relações privadas.

109MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 55-56.

110DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 92-94.

111Como pontua Tiago Bockie de Almeida: "Tais pedras de toque e os pilares do Direito Administrativo que dela decorrem, foram constituídos sob a égide de um modelo de Estado Absolutista (Estado de Polícia), com a prevalência da autoridade e da noção de poder como sinônimo de força. Neste momento histórico, cujas regras tinham origem na vontade do monarca, o "direito público" era considerado o direito ilimitado de administrar para o controle dos administrados" (ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar: a efetivação do princípio constitucional da*

Não se coloca em dúvida a ideia de indisponibilidade do interesse público, na concepção segundo a qual o Estado não deve ser instrumento para o usufruto egoístico de alguns em detrimento da aniquilação do bem-estar coletivo. Pretende-se, inexoravelmente, defender tal concepção. O que é objeto de críticas por parte da doutrina contemporânea é a noção vaga e desarticulada do conceito de interesse público, assim como também não é plenamente aceito afirmar a existência de uma noção abstrata de supremacia do interesse público sobre o privado.112

Nesse sentido, questiona-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tendo em conta os direitos e as garantias fundamentais dos administrados, haja vista o teor autoritário que advém ao afirmar que abstratamente o interesse público sempre prevalece sobre o privado. A imagem que se projeta, ao assim proceder, é a de um Estado autoritário, que não respeito os contornos constitucionais democráticos.113

Aloisio Krohling e Dirce Nazare Andrade Ferreira, em artigo que debate a leitura neoconstitucional do princípio da supremacia do interesse público, frisam bem a situação em que se debruça a nova doutrina administrativista:

> Então a constituição abraça o direito administrativo tanto no texto legal, quanto nas interpretações da doutrina, *exigindo dos administrativistas, novo posicionamento e ressaltando a*

eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016, p. 13).

112Essa é a reflexão obtida a partir da leitura do excerto retirado da obra de Bruno Fischgold: "A ideia de que o interesse público goza de primazia frente ao interesse privado, portanto, encontra-se baseada em um pressuposto absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Considerando que, nesse paradigma, interesses públicos e privados não são categorias abstratamente antagônicas, não há mais como reputar adequada à ordem constitucional uma norma que afirma, de modo *apriorístico*, a prevalência de uma categoria sobre a outra" (FISCHGOLD, Bruno. *Direito Administrativo e Democracia: a interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011, p. 93).

113É o raciocínio, também, de Bruno Fischgold, para quem: "Chegou o momento de o direito administrativo definitivamente se curvar à força normativa da ordem constitucional brasileira. Para tanto, imprescindível seja sepultada a autoritária visão de que as autoridades administrativas atuam não para preservar os direitos dos administrados, mas sim em função de uma abstrata supremacia do interesse público, cujo conteúdo concreto elas próprias são responsáveis pela definição". (FISCHGOLD, Bruno. *Direito Administrativo e Democracia: a interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011, p. 103).

inconveniência do Direito Administrativo com a roupagem vetusta do princípio da supremacia de interesse público.114

(Grifos nossos)

Esse quadro (de contestação) faz sentido quando se aborda o interesse público como um conceito indeterminado, bem dizer, que possui múltiplas possibilidades interpretativas. Logo, abstratamente, nada informa. É, tão somente, à luz das circunstâncias fáticas, contrapondo os múltiplos interesses em jogo que, argumentativamente, determina-se qual é o interesse público preponderante, respeitando-se, sempre, os parâmetros constitucionais.

A doutrina tradicional, apesar de afirmar que o interesse público tem que respeitar os direitos e as garantias fundamentais estampados na Constituição, não aceita a ideia de que os interesses públicos e os interesses privados caminham, no mais das vezes, de mãos dadas.115 Daí a necessidade de que ocorra um processo de legitimação da decisão tomada pelo administrador público, alicerçado na fundamentação dos atos administrativos e na introdução do consenso, sempre que possível for, na fase de elaboração da decisão.

Com efeito, a finalidade dos atos praticados pelo administrador público tende a perfilhar o interesse público preponderante no caso concreto, de sorte que a legitimidade da conduta se camufla na estrita obediência ao cumprimento das finalidades públicas.

Nessa esteira, como a finalidade pública - na vertente constitucional do interesse público -, agarra sua estrutura material na detida análise do caso concreto, é, pois, apenas dentro da conjuntura factual que se elabora as nuances determinantes da tomada de decisão que melhor atenda ao interesse público.116

114FERREIRA, Dirce Nazare Andrade; KROHLING, Aloisio. *O princípio da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito e sua roupagem neoconstitucionalista*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba-PR, v. 14, n. 14, p. 489, jul./dez. 2013.

115Não é por outra razão que Mariana de Siqueira comenta que: "Não há sentido em manter privilégios e prerrogativas da Administração incompatíveis com a sistematicidade da Constituição. Hoje, portanto, no âmbito do Estado Constitucional Democrático, é possível dizer que também há interesse público na eficiente defesa prática dos interesses privados constitucionalmente tutelados" (SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse Público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 225).

116Essa é a tônica suscitada por Vitor Rhein Schirato, no seguinte excerto: "Empregando-se à prática do Direito Administrativo a transformação muito bem apontada por Cassese, acima mencionada, vê-se que as decisões públicas não partem mais (se é que algum dia partiram, diga-se) de fórmulas regulamentares anteriores. Partem, sim, de uma construção realizada pela Administração Pública a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim sendo, é no sopesamento dos fatos, na atribuição de sentido às conjecturas ventiladas, em cotejo às determinações legais, que se estrutura a preponderância do interesse público, porquanto não apenas a lei diz o que é de domínio indelével do agente público, mas o próprio agente, nos determinantes de sua competência, atrelado aos postulados constitucionais inexoráveis da Administração Pública, quem verdadeiramente estabelece o que é e o que não é de interesse público no caso concreto posto sob análise.117

Afirmar que o administrador público deve, caso a caso, construir argumentativamente o interesse público, a partir do direito (do qualitativo da juridicidade administrativa), não é abrir caminho para arbitrariedades e desvios de dinheiro público. É um ato de convencimento, construído a partir das ferramentas disponibilizadas pela dogmática administrativista, na concepção da constitucionalização do direito administrativo.118

Essa é uma discussão profunda e que ainda não revela consenso, mas, em linhas gerais, o que deve prevalecer é o distanciamento de uma visão que possa proporcionar uma atuação autoritária por parte da Administração Pública. Utilizar o conceito de interesse público para legitimar qualquer tipo de ato, sem a adequada fundamentação (motivação), é algo que não se compatibiliza com a noção contemporânea de Estado Democrático de Direito.

Defende-se, em vista disso, afirmar que é apenas no caso concreto, não abstratamente, que surge o interesse público e, para tal desiderato, há que se

partir da verificação i*n concreto* de interesses públicos a serem satisfeitos. Em última análise, verifica-se um considerável incremento no perfil discricionário da ação administrativa, dado que ao invés de simplesmente concretizar uma decisão previamente tomada em um ato regulamentar, deve ser criada uma solução para um caso concreto a partir de uma regra de competência" (SCHIRATO, Vitor Rhein. *A formação das decisões da Administração Pública nos contratos administrativos*. Revista de Contratos Públicos - RCP, Belo Horizonte - MG, ano 7, n. 14, p. 186, set. 2018/fev. 2019).

117Até porque, como registra Diego Franco de Araújo Jurubeba: "(...) em uma sociedade heterogênea, pouco vale afirmar que o interesse público deve ser preferido pelo gestor público, quando o real problema é identificá-lo antes da emissão da decisão, no momento da apreciação da colisão dos interesses postos em jogo" (JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 01, p. 180, jan./mar. 2016).

118Na precisão cirúrgica de Carlos Ari Sundfeld, registra-se que: "Os profissionais sempre adotam o pressuposto retórico de que as respostas, para todos os casos, já estão escritas no Direito. Mas a verdade é que elas vêm das decisões das autoridades (judiciais ou administrativas), que precisam ser convencidas. As normas e a cultura do direito administrativo são depósitos onde se pode buscar argumentos para defender distintas posições" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 49).

construir um processo argumentativo jungido à Constituição. Um processo argumentativo inseparável do direito, não apenas da lei em sentido formal.119

2.4. A CONSENSUALIDADE NA PRÁTICA ADMINISTRATIVA

Após analisarmos que o administrador público deve vincular-se ao ordenamento jurídico, e não apenas à lei em sentido formal, e de que o interesse público só surge no caso concreto, a partir de um processo argumentativo, convém destacar o que se entende por consensualidade no direito administrativo.

Consensual é, em singela referência, o contrário de impositivo. Diz-se consensual para afastar uma noção de autoritarismo. Se o paradigma vigente é o de Estado Democrático de Direito, e esse Estado deve atender às múltiplas demandas dos cidadãos, a atuação consensual indica ser um caminho mais eficiente para dar conta de tão árdua tarefa.120

Nesse caminhar, Odete Medauar elenca os fatores que propiciaram o surgimento da consensualidade no exercício da atividade administrativa:

> Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: *a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade.* Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de "formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas", que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no

119Carlos Ari Sundfeld referenda essa afirmação no seguinte sentido: "A grande missão do administrativista contemporâneo não é tolher a criação administrativa para defender o máximo de espaço para o legislador, mesmo contra a vontade deste. É assegurar que o Direito, em suas múltiplas formas, influa sobre o espaço de deliberação administrativa, mas sem monopolizá-lo" (Ibidem, p. 280).

120Taciana Mara Corrêa Maia define Administração Pública consensual como: "(...) o realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica" (MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, ano 16, n. 31, p. 77, jan./jun. 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. *Associa-se o florescimento de módulos contratuais também à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos. E, ainda: ao processo de deregulation; à emersão de interesses metaindividuais; à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como de maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões*.121
>
> (Grifos nossos)

A consensualidade envolvendo a Administração Pública é fruto, frise-se, da exigência de atuação compatível com o caráter democrático do Estado contemporâneo, bem como das diretrizes advindas da releitura do interesse público e da imposição dos direitos fundamentais dos administrados.122

O conceito amplo (*lato sensu*) de consensualidade é a ideia de aproximação dos administrados (cidadãos) e o Estado, na construção de parcerias, termos e contratos. Por sua vez, a noção estrita do conceito, denominada de concertação administrativa, tem a ver com a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, ou seja, com a resolução consensual de conflitos.123

O referencial de consensualidade, que a doutrina brasileira vem tentando introduzir na cultura da Administração Pública, tem sua origem na Itália, a partir da Lei nº 241, de 07 de agosto de 1990124, que inseriu pela primeira vez no

121MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

122NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa.* Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 63, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso: em 01 de maio de 2019.

123Ibidem, p. 65.

124Em relação à lei italiana, Juliana Bonacorsi de Palma, comenta que: "No caso italiano, os acordos administrativos são expressamente previstos na lei 241/90, que disciplina o processo administrativo e o direito de acesso a documentos públicos. A previsão expressa encontra-se no artigo 11 da mencionada lei, o qual autoriza a Administração Pública a celebrar acordos com os interessados com a finalidade de determinar o conteúdo discricionário do ato final ou substituí-lo, desde que a prática consensual não cause prejuízo a terceiros e nem afaste a Administração do dever de satisfazer o interesse público" (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010, p. 117).

ordenamento jurídico daquele país, parâmetros para uma atividade administrativa consensual utilizável como instrumento geral e ordinário de ação administrativa. Há também outros exemplos nas legislações internacionais, a saber: no Direito espanhol, *Ley 30/1992*, *art. 87 e 88*; no Direito norte-americano, *Administrative Dispute Resolution Act, section 571 a 581*; e no Direito alemão, *Verwaltungsverfahrensgesetz – Lei de Procedimento Administrativo, § 54 e seguintes*.125

No Brasil, há vários normativos que reforçam a lógica da consensualidade na Administração Pública. Asdrubal Franco e Rosana Laura, bem sintetizam esse quadro:

> (...) acordos contratuais *(arts. 65 e 79, da Lei n. 8.666/1993)*; acordos de débitos para com a Fazenda *(Lei n. 13.340/2016)*; acordos em procedimentos sancionatórios *(art. 86 da Lei n. 12.529/2011 e art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985)*; celebração de acordos em processos criminais de menor potencial ofensivo *(art. 2º da Lei n. 10.259/2001)*; de celebração de acordos em causas cíveis de pequeno valor *(arts. 3º e 10 da Lei n. 10.259/2001)*; desistência, ou não ajuizamento, em causas de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional *(art. 18 da Lei n. 10.522/2002)*; e, entre outros, a possibilidade de desapropriação amigável *(art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1940)*.126
>
> (Grifos nossos)

O novo Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105/2015), em seu art. 174, inovou ao prever que os entes federativos "criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta". Ainda, ressalvou o CPC, no art. 175, que tais disposições (art. 174) "não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos

125NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 67, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso: em 01 de maio de 2019.

126NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração Pública na era da consensualidade: a visão e a prática dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Independently Published, 2018, pp. 66-67.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica".

Não bastassem tais preceitos, o CPC consagra, de maneira irremediável, a lógica da consensualidade ao dizer que: "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" (art. 1º, § 2º). Comando desse *jaez*, não fica restrito à seara processual civil, expande seus reflexos por todo o ordenamento jurídico, mormente no âmbito do direito administrativo, em que a aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo é autorizada pelo art. 15.127

A negociação, a conciliação, a mediação e arbitragem são institutos reforçados pelo CPC[128], assim como pela Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015, que autorizou o uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta. Porém, retornar-se-á aos métodos alternativos de resolução de conflitos no Capítulo III. O que deve ficar registrado, portanto, é que o ordenamento jurídico brasileiro consagra uma lógica de consensualidade no tocante à Administração Pública. E que, nesse sentido, conforme ressalta Juliana Bonacorsi de Palma: "(...) a consensualidade enseja a previsão de determinados instrumentos para dirimi-los de forma negociada, sem a necessidade de manejo da autoridade estatal para decidir unilateralmente".[129]

Nesse passo, a consensualidade, se utilizada de modo correto, é uma ferramenta vantajosa para as estruturas administrativas. Alguns de seus benefícios são, conforme Cleuber Barbosa das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho:

> (...) (i) *maior eficiência na concretização do interesse público*; (ii) *maior transparência na atuação administrativa*; (iii) *maior legitimação na atuação da autoridade administrativa, na medida em que haverá maiores chances de cooperação no cumprimento pelo particular*. As vantagens da consensualidade no âmbito administrativo são também evidenciadas quando se analisa que a administração pública se configura como um dos principais clientes do Poder Judiciário, participando ativamente de uma elevada quantidade de litígios, com altos custos e

127Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

128Art. 1º, § 3º: A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

129PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010, p. 88.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> burocracia, o que torna, inclusive, o Judiciário brasileiro um dos mais caros do mundo.130
>
> (Grifos nossos)

É o que também sustenta Emerson Garcia, ao considerar que a consensualidade tem sido amplamente utilizada no direito administrativo como mecanismo de recomposição da juridicidade, resultando numa atuação mais célere, com níveis de eficácia elevados e menor dispêndio de recursos.131

Por outro lado, observa-se que os entraves mais debatidos para a implementação da lógica do consenso na Administração Pública são, os já analisados, ideia de atuação vinculada à lei em sentido formal e a noção tradicional de indisponibilidade e de supremacia do interesse público. Ocorre que, como argumentado anteriormente, a releitura desses dogmas possibilita a aplicação da consensualidade.

Pontue-se, nessa medida, que a composição dos conflitos envolvendo interesses estatais e privados, é a tarefa da Administração Pública consensual, que deve incluir, necessariamente, o cidadão no processo de determinação e densificação do interesse público, porquanto, como já defendido, este não pode ser tido como supedâneo para uma atuação autoritária e, tampouco, deve ser monopólio estatal.132

Na concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "(...) o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, contribuindo para a sua democratização. (...) pode-se dizer que a tendência para a consensualidade se insere como uma das formas de expressão da democratização da Administração Pública".133

É certo, porém, que nem sempre a atuação consensual será benéfica ao Estado, a depender do caso concreto. Para esses casos, os demais meios de atuação estatal - por exemplo, o poder de polícia e a execução judicial - devem ser

130NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 67, n. 218, p. 64, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

131GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Revista Síntese de direito administrativo, v. 12, n. 141, p. 549, set. 2017.

132OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 305, jan./dez. 2009.

133DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 43.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aprimorados, de modo a tornar mais célere e efetiva a consecução dos determinantes públicos.134

Diz-se que, ao estabelecer os meios consensuais de concertação administrativa, estar-se-ia negociando o interesse público, o que ocasionaria a aplicação do argumento da indisponibilidade do interesse público. Ocorre que, como sustenta Taciana Mara Corrêa Maia, "em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência".135

Portanto, agir consensualmente é mecanismo que enaltece a matriz constitucional e democrática do Estado contemporâneo. Não é uma subversão aos interesses eminentemente privados e deletérios. Quer-se fornecer à Administração Pública ferramentas que possibilitem a disseminação de uma cultura coerente com a pluralidade de interesses que perfazem o mundo atual. A consensualidade é, no dizer saudoso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "um enriquecimento do Direito Administrativo, que a ele se incorpora permanentemente".136

3. CONCLUSÃO

Objetivou-se falar sobre a consensualidade no direito administrativo tendo como escopo a noção de Estado Democrático de Direito, circunstância que impõe novas perspectivas para a relação estabelecida entre o Estado e os administrados, principalmente na imposição dos comandos constitucionais que garantem a vinculação aos direitos e às garantias fundamentais.

Discutiu-se, a partir desse quadro, a releitura de conceitos tradicionais do direito administrativo, a saber: o princípio da legalidade, na introdução da noção de juridicidade administrativa, vinculando a atuação do administrar público ao direito, não apenas à lei em sentido formal (ou determinação expressa contida em lei formal); e o conceito de interesse público, na vertente da supremacia frente aos interesses privados e na sua indisponibilidade.

Registrou-se que, contemporaneamente, o interesse público é construído caso a caso, de modo argumentativo, pelo administrador público. No entanto, a defesa dos interesses públicos, nessa lógica, persiste de maneira indeclinável. Nada obstante, a noção de que, abstratamente, o interesse público sempre prevalece sobre os interesses privados, sem levar em

134NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, p. 78, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso: em 01 de maio de 2019.

135MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa.* Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, ano 16, n. 31, p. 82, jan./jun. 2014.

136MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48.

conta quaisquer circunstâncias, de modo a legitimar todo tipo de arbitrariedades, é fortemente combatida, por parcela da doutrina.

Desse modo, considerando a atuação da Administração Pública vinculada aos postulados do Estado Democrático de Direito, que proporcionam a noção de juridicidade administrativa e a concepção de que o interesse público surge a partir do caso concreto, tem-se que a consensualidade no direito administrativo é medida que reflete essas mudanças de paradigmas e, nesse caminhar, manifesta-se como ferramenta ao alcance do administrador público apta a proporcionar a construção do interesse público preponderante no caso concreto por ele analisado.

Assim, falar em consensualidade no direito administrativo denota duas concepções (segundo a doutrina especializada): o sentido amplo (*lato sensu*), que salienta as parcerias da Administração com a iniciativa privada; e o sentido restrito (*stricto sensu*), a concertação administrativa, representada pelos meios alternativos de resolução de conflitos aplicáveis à Administração Pública.

Assim sendo, a compatibilização entre interesses públicos e interesses privados, a partir da lógica da consensualidade, indica que o administrador público tem que, caso a caso, construir o interesse público preponderante, com esteio na adequada motivação da decisão tomada. Motivação esta que não se manifesta apenas como um requisito de formalidade do ato administrativo, mas, e verdadeiramente, como uma medida de justiça, de conformação da ação estatal aos postulados constitucionais irrevogáveis do Estado Democrático de Direito.

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tiago Bockie de. *A administração pública consensual como meio substitutivo da imposição de uma sanção administrativa disciplinar: a efetivação do princípio constitucional da eficiência administrativa como postulado do neoadministrativismo*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Administrativo, n. 236, p. 63, abr./jun. 2004.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CAMPOS, Miguel Ramos. *Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional. Correntes Doutrinárias. Controvérsia*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 2, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERREIRA, Dirce Nazare Andrade; KROHLING, Aloisio. *O princípio da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito e sua roupagem neoconstitucionalista*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba-PR, v. 14, n. 14, p. 489, jul./dez. 2013.

FERRO, Murilo Ruiz; CARVALHO, André Castro. *Administração contratual, nova contratualidade administrativa e contratos de parcerias: breves considerações acerca de alguns conceitos que integram uma nova terminologia trazida pela doutrina administrativista contemporânea*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 21-39, abr./jun. 2018.

FISCHGOLD, Bruno. *Direito Administrativo e Democracia: a interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2011.

GARCIA, Emerson. *A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992*. Revista Síntese de direito administrativo, v. 12, n. 141, p. 549, set. 2017.

GAROFANO, Rafael Roque. *A consensualidade nos contratos administrativos: do regime estatutário para a parceria contratual.* Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014.

JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Direito administrativo e participação democrática: análise dos fundamentos e técnicas da administração pública consensual*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 01, p. 180, jan./mar. 2016.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. *A Administração Pública consensual e a democratização da atividade administrativa*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, ano 16, n. 31, p. 77, jan./jun. 2014.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. *A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do resultado*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 77, jun. 2010, Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585 >. Acesso em: 05 de maio de 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. *Administração Pública na era da consensualidade: a visão e a prática dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Independently Published, 2018.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Dever de consensualidade na atuação administrativa*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 218, pp. 66-67, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 305, jan./dez. 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010.

SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARAÇATO, Gilson. *A consensualidade e os canais de democratização da administração pública. In: Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A formação das decisões da Administração Pública nos contratos administrativos*. Revista de Contratos Públicos - RCP, Belo Horizonte - MG, ano 7, n. 14, p. 186, set. 2018/fev. 2019.

SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Faculdade de Direito, 2009.

SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse Público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIANA, Ana Cristina Aguiar. *Contrato Administrativo no Brasil: do autoritarismo à consensualidade*. Juris Plenum: direito administrativo, v. 4, n. 13, p. 69, mar. 2017.

ZANOBINI, Guido. *L' Attività Amministrativa e la Legge*. In: Scritti Vari di Diritto Pubblico, Milano: Giuffrè, 1955.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DO EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE

MARCOS SCALERCIO: Juiz do Trabalho da 2° Região (SP); Aprovado nos Concursos para Magistratura do Trabalho dos TRT´s da 1ª e da 24ª Região; Mestrando em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-SP. Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie; Professor de Direito Material e Processual do Trabalho na Damásio Educacional e na Universidade Nove de Julho; Professor convidado para ministrar palestras nas Escolas Judiciais dos TRT's da 1°, 2°, 5°, 7,13,14,15,17°,19 e 20 Região. Autor de obras jurídicas. Palestrante.

RESUMO: A não discriminação é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previsto no artigo 3º, IV, da Lei Maior. No ordenamento jurídico pátrio há normas proibitivas que coíbem condutas discriminatórias no âmbito do contrato de trabalho, como por exemplo o artigo 7º,XXX, XXXI e XXXII da CF, na CLT há previsão nos artigos 3º,parágrafo único, 5º e 373-A.Há ainda disposição expressa nesse sentido na lei 9029/95.No âmbito internacional há previsão de vedação a discriminação nas Convenções da OIT nº 100, 111 e 159.À luz do valor social do trabalho e da garantia de proteção à dignidade humana a Súmula 443, do TST limita o poder diretivo do empregador e deixa certo de que a dispensa de empregado portador doença grave presume-se discriminatória.

Palavras-chave: Discriminação. Poder diretivo. Dispensa. Doença grave.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O poder empregatício. 3. Cessação do contrato de trabalho. 3.1 Término do contrato por ato lícito de iniciativa do empregador à luz da Convenção 158, OIT. 3.2 Debate sobre as diferenças entre estabilidade e garantia de emprego. 4. Dispensa discriminatória do empregado portador de doença grave. 4.1 A Súmula nº 443 do TST. 4.1.1 Outras doenças graves que suscitem estigma ou preconceito. 4.2 Garantia de emprego conferida ao empregado portador de doença grave. 5. Conclusão. 6.Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca do tema proposto está, atualmente sob a ótica do artigo 3º, IV, do Texto Máximo de 1988, onde a Justiça do Trabalho tem atuado com o objetivo de represar toda e qualquer espécie de discriminação, garantindo a inclusão de trabalhadores portadores de deficiência e de outras doenças graves, como um avanço progressivo advindo da doutrina e jurisprudência trabalhista.

Nesse panorama, sob o prisma internacional, o país é membro da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sendo signatário de diversos tratados e convenções internacionais, destacando-se, sobretudo ao presente estudo, a Convenção de nº 111, cuja adesão se deu em 1968, que dispõe sobre a não discriminação em matéria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de emprego e profissão, tendo por base os princípios e direitos fundamentais do trabalhador.

Com efeito, o exercício do direito potestativo do empregador de denúncia vazia do contrato encontra limites no caso de ato discriminatório, tendo por fundamento o princípio da dignidade da pessoa do trabalhador, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, III e IV, da CF), bem como o da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), havendo cristalina incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios.

Inúmeros precedentes do TST esclareciam que "*é discriminatório o ato da empresa que, já ciente do estado de saúde do trabalhador, dispensa o empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de falta grave. Além do mais, o repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego*137".

Por oportuno, passou-se o tempo em que, do entendimento jurisprudencial da Corte Máxima Trabalhista observava-se a extensão da dispensa discriminatória. Além do portador do *vírus HIV*, também aplicava-se aos casos de doenças como *câncer, hepatite C, neoplasia nodular epitelioide, cardiopatia grave, esquizofrenia*, entre outros.

Nesse espeque, muito embora o sistema jurídico pátrio não contemplasse a garantia provisória no emprego em tais hipóteses, o Tribunal Superior do Trabalho determinava que isso não era capaz de impedir o julgador de valer-se da prerrogativa consagrada no artigo 8º da CLT para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais já delineados.

À vista disso, com o fito de amparar o empregado em face da arbitrariedade então existente, o C. Tribunal Superior do Trabalho propôs atenção ao tema, editando a Súmula nº 443, que estendeu proteção a "*outras doenças graves que suscitem estigma ou preconceito*".

A hipótese que se pretende demonstrar é a de que uma vez tomada ciência da enfermidade, presume-se que toda e qualquer dispensa sem justa causa de empregados portadores de algum tipo de doença grave é discriminatória.

2. O PODER EMPREGATÍCIO

137 TST-ERR-439.041/95.5 – Ac. SBDI-1. In: DJU, 05.05.2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dentre os efeitos advindos do contrato de trabalho, a doutrina aponta como um dos principais, o poder empregatício.

É nessa trilha que o poder do empregador é conceituado como sendo "*(...) o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente a prestação de serviços"*138.

Na atualidade, há razoável consenso na sua classificação em poder diretivo, poder disciplinar, poder fiscalizatório e poder regulamentar.

Nesse panorama o trabalhador, no deslinde do pacto laboral, deve observar regras técnicas e organizacionais determinadas pelo empregador. Trata-se, pois do poder diretivo também denominado pela doutrina de poder organizativo ou poder de comando.

Na sequência, caso o empregado descumpra com suas obrigações contratuais, o empregador possui a prerrogativa de impor sanções ao mesmo, fazendo uso de seu poder disciplinar.

Há, ainda, o poder fiscalizatório que dá ao empregador o privilégio de acompanhar a prestação de serviços, bem como a vigilância interna do espaço de trabalho como, por exemplo, as revistas e controles de frequência e horário de trabalho.

Com relação ao disposto alhures, importante destacar que a doutrina laboral traz um deslinde de limites ao poder fiscalizador através de regras e princípios gerais para orientar o operador do direito na aplicação do caso concreto, tendo por base que a Lei Maior não admite condutas fiscalizatórias capazes de agredir a liberdade e a dignidade da pessoa do trabalhador.

Por sua vez, o empregador possui a regalia de fixar regras gerais que o empregado deve observar durante o contrato de trabalho. Nesse espeque, oportuno frisar que a doutrina esclarece que "*(...) o poder regulamentar empresarial não tem o condão de produzir efetivas normas jurídicas, mas, sim meras cláusulas contratuais (ou, se se preferir, atos jurídicos unilaterais, que aderem ao contrato). Ou seja, os diplomas resultantes do poder regulamentar empresarial (regulamento de empresa,*

138 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed., página 732, São Paulo: Editora LTR, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

*pro exemplo) não são compostos por normas jurídicas, mas por simples cláusulas obrigacionais".*139.

3. CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

*O contrato de trabalho, como os negócios jurídicos em geral, nasce em certo instante, cumpre-se parcialmente ou de modo integral, e sofre, quase que inevitavelmente, alterações ao longo do tempo; por fim, ele se extingue*140.

Nada obstante, o Direito do Trabalho defende a permanência da relação empregatícia, reflexo do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, o que se faz pertinente o destaque da Súmula nº 212 do C. TST, *in verbis*:

> **DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.** O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Com efeito, a dispensa é um direito potestativo do empregador e, nesse mesmo sentido, o empregado também possui o direito de buscar a rescisão do seu contrato – trata-se do pedido de demissão.

Ao cenário, parte da doutrina classifica a extinção do contrato de trabalho, da seguinte forma: a) Extinção do contrato decorrente de conduta lícita ou ilícita do empregado; b) Extinção do contrato decorrente de conduta lícita ou lícita do empregador; c) Extinção do contrato decorrente de fatores excepcionais.

Ao revés, para outra parte da doutrina, a extinção do contrato se classifica em: a) Resilição Contratual – consiste no termino do contrato por vontade das partes; b) Resolução Contratual – trata-se da ruptura do contrato em razão de falta grave do Empregado ou Empregador; c) Rescisão Contratual – é o término do contrato em razão da existência de vício ou nulidade.

Assim sendo, para melhor análise do tema proposto, impende traçar de forma breve a extinção do contrato de trabalho em razão de conduta lícita de iniciativa do empregador.

---

139 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed., página 735, São Paulo: Editora LTR, 2016.

140 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed., página 1224, São Paulo: Editora LTR, 2016.

3.1 TÉRMINO DO CONTRATO POR ATO LÍCITO DE INICIATIVA DO EMPREGADOR À LUZ DA CONVENÇÃO 158, OIT.

Qualquer estudo sobre tal modalidade de extinção do contrato de trabalho demonstra o consenso de tratar-se da dispensa sem justa causa por iniciativa do empregador. Em outras palavras, é a dispensa sem que o empregado tenha dado motivo grave para o desligamento.

Destarte, caso haja a dispensa sem justa causa o empregado possui os seguintes direitos trabalhistas: aviso prévio; saldo de salário; férias vencidas e proporcionais com um terço; décimo terceiro salário vencido e proporcional; liberação do FGTS com a multa de 40%; bem como a liberação do seguro-desemprego. Oportuno frisar que tais direitos também são cabíveis na hipótese de reconhecimento da rescisão indireta.

De fato, se tratar a dispensa de conduta lícita de iniciativa do empregador, há doutrinário sobre a necessidade da motivação da despedida em estudo.

Em primeiro lugar, a Carta de República de 1988, fixa em seu artigo 7º, inciso I, dispõe, *in verbis*:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Veja-se, até a presente data, não há lei complementar regulamentando o tema, o que se faz de argumento para uma primeira corrente defender a desnecessidade de motivação, sendo a que prevalece na doutrina e jurisprudência. Em outras palavras, para a validade da dispensa, basta o pagamento das verbas rescisórias discriminadas alhures e da indenização de 40% do FGTS nos termos do art. 10, I, do ADCT.

> Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
>
> I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e parágrafo 1º, da Lei no 5.107, de 13 de setembro de 1966;

Por outro prisma, alguns sustentam a necessidade da motivação da dispensa, sob a fundamentação de se garantir uma maior proteção ao trabalhador, à luz da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

interpretação da Convenção 158, Organização Internacional do Trabalho - OIT. Nesse sentido, os dizeres de *Maurício Godinho Delgado*:

> Para esse diploma internacional, não se daria "término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço" (art. 4º, Convenção 158, OIT). O mesmo diploma normativo fazia também referência, como causas justificadoras da dispensa motivada, embora sem justa causa, a "motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos" (art. 13 da Convenção)".141

Todavia, tal corrente é criticada, eis que a Convenção citada atualmente não possui validade no ordenamento jurídico vigente, já que em que pese primeiramente ratificada, foi posteriormente denunciada pelo Presidente da República.

A denúncia mencionada ocorreu, vez que o art. 7º, I, da CF de 1988 exige a elaboração de lei complementar para tratar da matéria e, a Convenção 158 é regulamentada através de decreto.

Cabe ressaltar que o ato de denúncia também foi questionado, tendo em vista que não observado o prazo correto para tanto, bem como pela ausência de participação do Congresso Nacional cuja necessidade tem previsão no artigo 49, I, CF de 1988, já que se trata de um ato complexo:

Nesse sentido a doutrina:

> Nesse quadro desfavorável, o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 1997 (cerca de 20 meses apenas depois do início de vigência interna da Convenção, portanto), acolheu a arguição de inconstitucionalidade da Convenção 158142, por considerar não autoexecutável a regra do art. 7º, I, do Texto Maior de 1988, até que surgisse a lei complementar referida no preceito constitucional (preceito que teria dado suporte interno

141 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed., página 1300, São Paulo: Editora LTR, 2016.

142 Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625, na qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) questionou o Decreto 2.100/1996, em que o presidente da República tornou pública a denúncia à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e veda a dispensa injustificada.

> a Convenção Internacional ratificada). Sepultou a Corte Suprema, em consequência, qualquer possibilidade de eficácia jurídica ao diploma convencional no território do Brasil. 143

No aspecto, a extinção em análise pode ocorrer por duas modalidades: dispensa individual (rescisão de um único empregado) e dispensa coletiva (em massa).

Com relação ao tema, existe debate doutrinário sobre a validade da dispensa em massa. Num primeiro entendimento, a dispensa em massa é válida uma vez que a lei não veda e a Convenção 158, conforme já destacado, não tem aplicação, bastando o pagamento de todas as verbas rescisórias de todos os trabalhadores.

Sob outro viés, a dispensa em massa somente é válida quando ocorrer a participação do sindicato com negociação coletiva, bem como quando se constatar que é o último meio para a manutenção da empresa.

Assim, deve-se verificar se a empresa buscou outras formas de redução de custos antes mesmo de efetuar a dispensa em massa, como, por exemplo, a redução temporária de salários ou a suspensão contratual na forma do artigo 476-A, CLT. Neste sentido, a função social da empresa e o artigo 2º, CLT que deixa certo que o risco do negócio é do empregador.

No percurso do tema, em que pese o art. 7º, I, CF garantir o direito potestativo do empregador para rescisão contratual, tal direito não é absoluto, uma vez que existindo a suspensão, interrupção ou estabilidade no contrato, a dispensa imotivada não é possível.

3.2 DEBATE SOBRE AS DIFERENÇAS ENTRE ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO.

A doutrina destaca como primeiro exemplo de estabilidade a Lei Previdenciária n. 4.682/23, também chamada de "Lei Eloy Chaves", que garantia a estabilidade no serviço para o ferroviário com mais de 10 anos de trabalho.

Posteriormente o direito à estabilidade foi ampliado para todas as categorias de empregados através da estabilidade decenal prevista na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, surgindo, também, outras espécies de estabilidade.

143 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed., página 1300 a 1301, São Paulo: Editora LTR, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A partir dessa ótica, existe debate com relação às diferenças entre os conceitos de estabilidade e garantia de emprego. Passemos então ao exame das três correntes jurisprudenciais que aludem ao tema.

Parcela da doutrina entende que são expressões sinônimas.

Todavia, para uma segunda corrente, a estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de circunstância de natureza geral, capaz de assegurar a manutenção no emprego por prazo indefinido, a exemplo da estabilidade decenal e a do empregado público.

Ainda no segundo entendimento, a garantia de emprego é a vantagem jurídica de caráter transitório, deferida ao obreiro em virtude de natureza contratual ou pessoal de caráter especial, assegurando a manutenção do emprego por um lapso temporal definido, a exemplo da gestante e do dirigente sindical.

Uma terceira interpretação defende que a estabilidade acima conceituada seria a chamada "estabilidade absoluta ou permanente". De outra sorte, a garantia de emprego seria uma estabilidade relativa, temporária ou provisória.

Destarte, para uma quarta corrente, a estabilidade é o direito do trabalhador que evita a dispensa, tanto de forma provisória ou permanente. Ao revés, a garantia de emprego não consiste na manutenção do emprego, mas apenas na exigência do cumprimento de algum requisito para a dispensa ser valida. Assim, impende destacar como exemplo a dispensa do empregado deficiente em caso de cota.

Por fim, há necessidade, de progredir no enfrentamento da matéria, especificamente no que tange a viabilidade da dispensa discriminatória no curso do pacto laboral.

4. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DO EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE.

Primeiramente, oportuno esclarecer que discriminar consiste na prática de um ato diferenciado sem justificativa lícita. Diferentemente do preconceito, vez que este é uma mera predisposição negativa sem a prática de qualquer ato de exclusão.

A discriminação pode ocorrer antes da contratação (na entrevista de emprego), durante o contrato de trabalho (tratamento diferenciado na promoção) ou na extinção do contrato (dispensa discriminatória).

Cabe ressaltar que a doutrina e a jurisprudência defendem que na hipótese de "organizações de tendência" é possível o tratamento diferenciado com fundamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

na ideologia defendida pela empresa, cabendo apenas, com base na boa fé, já informar o empregado desde a sua admissão.

Por derradeiro, o princípio da igualdade previsto no artigo 5º, Constituição Federal de 1988 possui duas vertentes: formal e material. A primeira consiste na defesa de que todos são iguais perante a lei; já a segunda defende que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais conforme sua desigualdade.

À luz da segunda vertente surge a chamada "discriminação positiva", que consiste na utilização das chamadas ações afirmativas que buscam dar ao desigual o tratamento, conforme a sua desigualdade (art. 93, Lei n. 8.213/91).

No mais das vezes, a Lei 9.029/1995 determina em seu art. 4º que na hipótese de rescisão do contrato por ato discriminatório, além do direito ao dano moral, o trabalhador tem direito a readmissão no emprego com pagamento integral de todo o período de afastamento ou poderá optar no pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento.

Tal dispositivo pontua a discriminação por qualquer razão: opção sexual, religiosa, política, etc.

A hipótese em análise não se trata de uma estabilidade propriamente dita, mas apenas de uma garantia de emprego para evitar o ato abusivo da discriminação.

Há debate na doutrina com relação à expressão readmissão, sendo que para uma corrente são expressões sinônimas, não existindo qualquer diferença. Já para corrente contrária que prevalece a readmissão seria para hipóteses de um novo contrato e a reintegração seria para continuidade de um contrato já existente. Por tal razão, tal corrente critica a lei em análise, pois a expressão correta seria reintegração.

Por fim, na hipótese de converter em indenização em dobro, há divergência sobre qual seria o marco final do período a ser indenizado. Para uma corrente, seria a data da distribuição, já para outro lado que prevalece, seria a data da sentença.

4.1 A SÚMULA Nº 443 DO TST.

Como visto, o sistema jurídico consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, com amparo constitucional.

Na espécie, importante destacar igualmente, o art. 196 da Carta Magna, que consagra a saúde como "*direito de todos e dever do Estado*", impondo a adoção de políticas sociais que visem à redução de agravos ao doente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse quadro, muitos casos enfrentaram o judiciário trabalhista, que à luz do art. 8º, *caput*, da CLT, justificava-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, que concretiza o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral.

A edição da lei destacada é decorrência não apenas dos princípios que embasaram a Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT.

O art. 1º da lei proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, o rol não pode ser considerado *taxativo,* cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com novas formas de discriminação.

Oportuno frisar que os padrões tradicionais da sociedade, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais, entre outros.

Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção.

Resta sobremaneira a existência de casos corriqueiros na Justiça do Trabalho onde o ente patronal tinha ciência da doença de que era acometido o autor e dispensava-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade. Assim, é de se presumir discriminatório o despedimento do reclamante.

Assim, a dispensa discriminatória caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil. Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade.

Desde então e, fruto da consolidação do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, a Súmula 443 foi publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT) em 25, 26 e 27 de setembro de 2012 e trouxe como inovação normativa a presunção de discriminação na despedida do empregado portador de doenças graves, *in verbis*:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego". *144*

144 Precedentes da Súmula nº 443 do TST:
ERR 36600-18.2000.5.15.0021 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 14.11.2008/J–06.11.2008 - Decisão unânime
EEDRR 7608900-33.2003.5.02.0900 - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DJ 30.11.2007/J-06.08.2007 - Decisão por maioria
ERR 439041-20.1998.5.02.5555 - Min. João Oreste Dalazen DJ 23.05.2003/J-05.05.2003 - Decisão unânime
ERR 217791-22.1995.5.09.5555 - Red. Min. Vantuil Abdala DJ 02.06.2000/J-07.02.2000 - Decisão por maioria
ERR 205359-36.1995.5.03.5555 - Min. Leonaldo Silva DJ 14.05.1999/J-27.04.1999 - Decisão unânime
RR 119500-97.2002.5.09.0007, 1ªT - Min. Lelio Bentes Corrêa DEJT 23.03.2012/J-03.08.2011 - Decisão unânime
RR 61600-92.2005.5.04.0201, 1ªT - Min. Lelio Bentes Corrêa DEJT 01.07.2011/J-22.06.2011 - Decisão unânime
RR 18900-65.2003.5.15.0072, 1ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho DEJT 06.08.2010/J-17.03.2010 - Decisão unânime
RR 1400-20.2004.5.02.0037, 1ªT - Min. Dora Maria da Costa DJ 07.12.2007/J-07.11.2007 - Decisão unânime
RR 1017500-36.2007.5.11.0018, 2ªT - Min. Renato de Lacerda Paiva DEJT 16.03.2012/J-07.03.2012 - Decisão unânime
RR 105500-32.2008.5.04.0101, 3ªT - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DEJT 05.08.2011/J-29.06.2011 - Decisão por maioria
RR 721340-83.2006.5.12.0035, 3ªT - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DEJT 22.10.2010/J-26.05.2010 - Decisão unânime
RR 45800-33.2002.5.02.0056, 3ªT - Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira DEJT 05.06.2009/J-13.05.2009 - Decisão unânime
RR 104600-17.2002.5.02.0036, 3ªT - Min. Carlos Alberto Reis de Paula DEJT 03.10.2008/J-20.08.2008 - Decisão unânime
RR 90600-77.2004.5.04.0006, 3ªT - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DJ 10.11.2006/J-18.10.2006 - Decisão unânime
RR 9951200-06.2006.5.09.0025, 4ªT - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 19.03.2010/J-10.03.2010 - Decisão unânime
RR 5093300-91.2002.5.02.0902 ,4ªT - Min. Antônio José de Barros Levenhagen DJ 22.04.2005/J-09.03.2005 - Decisão por maioria
RR 112900-36.2005.5.02.0432, 5ªT - Min. Katia Magalhães Arruda DEJT 06.05.2011/J-26.04.2011 - Decisão unânime
RR 171300-82.2005.5.02.0031, 5ªT - Min. João Batista Brito Pereira DEJT 15.10.2010/J-06.10.2010 - Decisão unânime

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Vale reproduzir uma ementa de julgado do TST, anterior à edição da súmula, que decidiu pela reintegração do empregado discriminado, reconhecendo a presunção a seu favor, *in verbis*:

> ***RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA***. *Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3 º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido". (Processo: RR 3178006420085120054 317800-64.2008.5.12.0054, Relator:*

RR 221500-10.2008.5.02.0057, 6ªT - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 24.02.2012/J-08.02.2012 - Decisão unânime

RR 317800-64.2008.5.12.0054 ,6ªT - Min. Mauricio Godinho Delgado DEJT 10.06.2011/J-01.06.2011 - Decisão unânime

RR 140700-19.2004.5.02.0062, 7ªT - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DEJT 19.12.2008/J-26.11.2008 - Decisão unânime

Mauricio Godinho Delgado, Julgamento: 01/06/2011, Órgão Julgador: 6ª T, Publicação: DEJT 10/06/2011)

O debate jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico.

Configurada a discriminação, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Entretanto, há casos em que a reintegração ao posto de trabalho não indeniza o desgaste psíquico por ele sofrido, sendo a reintegração convertida em indenização.

Passaremos ao estudo de outras doenças graves que suscitem estigma ou preconceito, elencadas de forma ampla na Súmula do TST em comento.

4.1.1 OUTRAS DOENÇAS GRAVES QUE SUSCITEM ESTIGMA OU PRECONCEITO.

O artigo 51 da legislação previdenciária cuida de elencar as doenças graves existentes no ordenamento jurídico brasileiro (Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 - Planos de Benefícios da Previdência Social).

Nesse espeque são doenças entendidas como graves: *"tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada"*.

Em específico, e sob outra perspectiva, a doutrina ainda esclarece recente legislação que tipifica o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS:

> O combate a discriminação tem se intensificado no Direito brasileiro. A recente Lei n. 12.984, publicada no diário Oficial de 3.6.2014, com efeitos imediatos, tipifica "o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS". Estabelece o diploma legal: "Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente: I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> qualquer curso ou grau, público ou privado; II - negar emprego ou trabalho; III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego; IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar; V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade; VI - recusar ou retardar atendimento de saúde".145

O enunciado da Súmula nº 443 TST não pontua a definição de doença grave, ficando a cargo de o magistrado trabalhista o fazer de forma subjetiva, como amparo na Portaria Interministerial MPAS/MS, Nº 2.998, de 23 de agosto de 20019, Ministério da Previdência e Assistência Social e da Saúde, respectivamente.

O alcance da jurisprudência em comento diz respeito ao "*portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito".* Desse modo faz-se pertinente a análise da expressão "estigma".

Estigma vem do grego *stígma* e do latim *stigma*. Ainda, na língua portuguesa, possui como classe gramatical o substantivo masculino; sendo sinônimo de: *espiráculo*, *mancha*, *sinal*, *marca*, *labéu*, *desonroso*, *ferrete*146.

Ao compatibilizar os estudos com o Dicionário Online de Português147, encontram-se diversas definições do termo, inclusive, sob o enfoque da medicina, biologia e zoologia:

> Cicatriz(es) ocasionada(s) por uma ferida ou por um machucado; sinal. Marca natural no corpo; toda marca e/ou sinal. **[Religião]** Marca que representa as chagas de Cristo, feita ou aplicada por alguns santos em seus corpos. **[Figurado]** O que pode ser considerado ou definido como indigno; desonroso. **[Zoologia]** Abertura localizada do lado externo da traqueia dos artrópodes terrestres; espiráculo. **[Medicina]** Indício próprio de uma patologia (doença). **[Botânica]** Reunião dos orifícios externos que compõem os órgãos respiratórios dos insetos. **[Antigo]** Marca que era feita com ferro quente nos ombros ou braços dos bandidos, criminosos, escravos etc.

Por outro lado, como já frisado em tópico anterior, o preconceito é uma mera predisposição negativa sem a prática de qualquer ato de exclusão.

---

145 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed., página 725, São Paulo: Editora LTR, 2016.

146 http://www.dicio.com.br/estigma/

147 http://www.dicio.com.br/estigma/

Nesse viés, os trabalhadores portadores de alguma doença grave, inegavelmente se tornam duplamente vitimados. Além da enfermidade acometida, passam a ser estigmatizados, ou seja, são tratados injustificadamente de forma diferenciada aos demais, suportando consequentemente o preconceito. É bem verdade que o estigma e o preconceito geram redução drástica da qualidade de vida e a exclusão social.

Há um novo debate que surge é a possibilidade da aplicação da jurisprudência em análise para a contaminação pelo COVID 19.

Ensina o Professor Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho148 que :

> *Ainda não se sabe ao certo como o judiciário reagirá a possíveis alegações de dis- pensa discriminatória em razão da contaminação pelo COVID 19, mas se há algo certo é de que a doença em questão já tem gerado muitos questionamentos sobre o tema. Em 27 de fevereiro do corrente ano, a Organização das Nações Unidas pediu que o mundo combata discriminação relacionada ao coronavírus*
>
> *Há muitas notícias de discriminação contra asiáticos, em especial chineses, em razão da pandemia do Coronavírus15.Para evitar, portanto, futuras demandas judiciais baseada em alegações de discriminação em razão do coronavírus, é recomendável que, dentro do possível, se evite dispensar quem adoecer de COVID – 19 ou apresentar sus- peitas de contaminação.*
>
> *Sendo certo, no entanto, que a vítima de enfermidade infamante não tem nenhum tipo de estabilidade, sendo a reintegração feita na forma da Lei 9.029 e Súmula 443 uma decorrência de uma nulidade decorrente de uma presunção de discriminação, as empresas sempre poderão demonstrar a sua boa-fé ao formalizar a dispensa. O simples fato de o diagnóstico ser posterior à dispensa é, registre-se, elemento suficiente para evidenciar que a dispensa não decorreu da doença. Como a presunção gera inversão do ônus da prova, é preciso que a empresa que quiser afastá-la evidencie que a enfermidade era desconhecida no momento da comunicação da dispensa.*

148 FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas.*Garantias provisórias de emprego no marco das Medidas Provisórias da Covid-19* ., página 431.In:O Direito do Trabalho na Crise da COVID-19.Coordenadores: Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão.Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Portanto, uma das críticas apontadas na súmula é que a subjetividade da expressão "*estigma ou preconceito*" gera insegurança jurídica.

4.2 Garantia de emprego conferida ao empregado portador de doença grave.

Como já esclarecido em tópico específico, a estabilidade é vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de circunstância de natureza geral, capaz de assegurar a manutenção no emprego por prazo indefinido.

Por sua vez, a garantia de emprego de caráter transitório, deferida ao obreiro em virtude de natureza contratual ou pessoal de caráter especial, assegurando a manutenção do emprego por um lapso temporal definido, a exemplo da gestante e do dirigente sindical.

Todavia, cabe ressaltar que o empregado portador de doença grave não goza de uma estabilidade propriamente dita, mas sim uma garantia de emprego, sendo que o trabalhador em tal condição somente poderá ser dispensado por um motivo justificado como, por exemplo, financeiro, técnico ou falta grave.

5. CONCLUSÃO

Demitir um empregado que possui doença grave que suscite estigma ou preconceito é discriminação presumida. A tese está estabelecida pela Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho e é baseada nela que diversos empregadores devem recontratar um trabalhador que sofre de esclerose múltipla, câncer ou AIDs, por exemplo. Além de reintegrá-lo, o condenado deve pagar os salários do período de afastamento e indenização por dano moral.

No tocante ao dano moral, é certo que a dispensa imotivada de um empregado doente, que necessita de tratamento, no momento em que mais precisa, constitui motivo suficiente para causar dor, humilhação, constrangimento e ofensa à dignidade do trabalhador.

Cumpre ressaltar, no entanto, que a presunção da despedida pode ser afastada por prova em contrário, recaindo sobre o empregador o ônus de demonstrar que o ato de dispensa se deu em desconhecimento do estado do empregado ou que decorreu de outra motivação lícita que não a sua condição de saúde.

Por sua vez, o conteúdo delineado assiste razão de que a abordagem deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à melhoria na condição social do trabalhador, que é retirado do artigo 7º, *caput*, da Lei Maior, bem como a promoção de condições dignas de labor, conforme artigos, 1º, III e IV, 170 e 193 da CF de 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse âmbito, é bem verdade que, ao empregado dispensado em virtude de doença grave deveria ser garantia uma estabilidade no emprego e não garantia, em virtude daquela possuir caráter permanente, capaz de assegurar a manutenção no emprego por prazo indefinido, o que propiciaria uma maior proteção ao mesmo.

É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante.

6-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA,Isis.**Manual de direito individual do Trabalho**.São Paulo: Editora LTr, 1998

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 38ª Ed revista e atual. Por Eduardo Carrion São Paulo: Saraiva 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª ed., São Paulo: Editora LTR, 2016.

Dicionário Online de Português Disponível em: <http://www.dicio.com.br/estigma>.

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas.*Garantias provisórias de emprego no marco das Medidas Provisórias da Covid-19* ., página 431.In:**O Direito do Trabalho na Crise da COVID-19**.Coordenadores: Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão.Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MARQUES, Fabíola e ABUD, Cláudia José - **Direito do Trabalho** - 8ª Ed. 2013 – Editora Atlas.

MATEUS DA SILVA, Homero Batista, **Comentários à Reforma Trabalhista**, Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro.**Iniciação ao Direito do Trabalho**.São Paulo: LTr, 2000, 26ª Edição.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ªed. São Paulo: LTR, 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho, vol. 1, parte 1. São Paulo: LTr, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL

MARCELA MITIURA VITALE: Discente do quinto ano do curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Parecerista na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

RESUMO: Esta dissertação analisa os contornos da ação popular no direito brasileiro, discorrendo acerca dos requisitos para a propositura da ação, os efeitos da sentença condenatória, bem como as polêmicas mais relevantes acerca do tema. Ao adentrar no profundo dos elementos desta ação coletiva, faz-se uma análise histórica do direito nacional e da tutela dos direitos extrapatrimoniais, da revolução trazida pela Constituição Federal de 1988 e o atual microssistema de proteção dos direitos difusos e coletivos. Esta *exordial* enfatiza as hipóteses autorizadoras da ação popular, tema que causa reflexão doutrinária, moral e democrática. Por fim, conclui-se o trabalho propondo uma interpretação ampliativa do rol de possibilidades da ação popular, instrumento constitucional garantidor da democracia nacional.

Sumário:1. Introdução – 2. A Ação Popular Brasileira; 2.1 A Legitimidade; 2.2 A Tutela Jurisdicional; 2.3 Lesividade; 2.4 Interesses Tutelados – Os direitos difusos; 3 Taxatividade de Hipóteses – 4. Conclusão

1 Introdução

A Ação Popular, espécie de ação coletiva prevista na Carta Magna de 1988 e na Lei 4.717/65, é espécie de controle jurisdicional e é instrumento de defesa dos interesses da coletividade, no qual todo e qualquer cidadão goza da atribuição de enfrentar o Poder Público com paridade de direitos e deveres dentro de um processo presidido por um juiz imparcial e competente.

A Ação Popular, pouco explorada e pouco conhecida dos brasileiros em geral, é instrumento de participação popular direta na administração pública, e por isso, arma contra abusos, fraudes, danos e ilegalidades.

Este trabalho visa não somente adentrar o cerne da lei, da doutrina e da jurisprudência acerca da Ação Popular, mas estruturar novas possibilidades de exploração deste recurso processual, defendendo, portanto, que a Ação Popular seja instrumento apto também a coagir o Poder Público a atender os anseios concretos da população.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, estrutura-se uma linha doutrinária sobre a possibilidade de ajuizamento da ação popular além das hipóteses legais, ampliando, pois, a utilização deste instrumento processual/constitucional.

A ampliação do rol de direitos tutelados pela ação popular torna-se interessante em um país onde os sistemas apresentam falhas, brechas e falta de poder de ação. Trata-se de empoderar os cidadãos a pleitearem e coagirem o poder público a atender seus anseios, sem a necessidade da intermediação do Ministério Público, por exemplo.

Por este motivo surge a indagação acerca da possibilidade de se ajuizar Ação Popular tendo como pedido mediato a tutela de outros interesses, exigindo do poder público a proteção da saúde, da segurança pública, da educação, bem como a efetivação de obra necessária à população, enfim, estender o rol dos direitos difusos passiveis de proteção.

2 Ação Popular Brasileira

O instituto da ação popular pode ser conceituado da seguinte forma:

> A ação popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios, mas, sim, interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao Governo honesto. 149

A Ação Popular está presente na história do direito nacional desde a Constituição Imperial de 1824, na qual estava restrita a atos ilícitos de juízes e oficiais de justiça no exercício do cargo, com natureza penal. Já a Constituição de 1891 não fez menção ao instituto.

Alguns anos depois, passou-se a discutir o projeto do Código Civil, sendo notória a decisão por não retratar o instituto no Código. Isto porque, à época não se sustentava a ideia de um indivíduo ir à Juízo defender interesses alheios, confundindo os conceitos de interesse de agir e legitimidade de parte.

As Constituições de 1934 e 1946 trouxeram o instituto da Ação Popular, enquanto a Constituição de 1937, neste lapso temporal, afastou a Ação Popular do cenário brasileiro.

149 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª edição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Somente em 1965 veio a regulamentação da Ação Popular com a edição de Lei nº 4.717, em vigor até hoje.

As Cartas seguintes mantiveram a previsão do instituto, sendo que a Constituição de 1967 também trouxe a Ação Popular, o que foi mantido pela Emenda de 1969, preceituando que: "Qualquer cidadão será parte legitima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas".

O Artigo 5º, LXXIII da Carta Magna de 1988 segue os ditames do texto legal da Constituição de 1967, ampliando, no entanto, a sua abrangência.

A técnica legislativa empregada foi meticulosa, afastando qualquer possibilidade de casuística das hipóteses, o que desde a vigência da Lei, incomodou alguns juristas: "A dinâmica jurídica não se prende em fórmulas definitivas e completas, sendo, pois, de esperar que a experiência descortine, nas relações concretas, hipóteses não figuradas".150

Percebe-se que a Ação Popular tem seu objeto mais restrito que o da Ação Civil Pública, que é capaz de tutelar qualquer interesse difuso e coletivo, já que a Lei 7.347/85 oferece rol exemplificativo de bens e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem tutelados.

Embora esta exordial busque defender a casuística do rol de direitos tutelados pela Ação Popular, existem autores que defendem uma interpretação restritiva da Lei:

> A Ação Popular é, sem dúvida, uma das espécies de ação coletiva e visa especificamente à proteção do patrimônio público. (...) tem se que o patrimônio público pode ser primário, isto é, de uso comum de todos, como o meio ambiente e os bens de valor artístico, estético, histórico ou turístico, ou secundário, assim entendidos aqueles direitos de valor econômico em especial o dinheiro público.151

A Lei 4.717/65 preceitua no artigo 1º, §1º: "Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico".

Por fim, vale mencionar que o objetivo da Ação Popular é questionar a ilegalidade de atos administrativos, bem como atos normativos em sentido concreto, que no caso, são atos administrativos em sentido amplo. A Ação popular não tem o

150 SILVA, da José Afonso: Ação Popular Constitucional – São Paulo, Malheiros. p. 141

151 COSTA, Susana Henriques Da. '' Comentários à Ação Civil Pública e Lei da Ação Popular'', pág. 32 – São Paulo: Quartier Latin, 2006

condão de invalidar qualquer conteúdo jurisdicional ou lei. É, portanto, uma ferramenta restrita aos atos do Poder Executivo.

2.1 A legitimidade

A Constituição Federal e a Lei optaram por reconhecer que "qualquer cidadão" é qualificado para ajuizar ação popular. Entende-se "cidadão" o brasileiro que esteja no gozo de seus direitos políticos, já que a própria Lei determina que para estar em juízo, é necessária a apresentação do título de eleitor (Artigo 9º).

> Essa opção do constituinte foi sábia. Se, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, '' todo poder emana do povo'', então nada mais natural que a ele – isto é, a todos os cidadãos – seja dada a possibilidade de intervir na administração pública, como forma de legítimo exercício de direitos políticos diretamente pelos seus titulares e em clara manifestação da soberania popular. Trata-se assim, de direito cívico-político do cidadão. 152

Por isso, pode-se dizer que "a participação político democrática do cidadão nos destinos da sociedade é a tônica central da ação popular".153

O autor da ação popular é parte formal no processo, já que postula perante o Poder Judiciário. No entanto, age com legitimidade extraordinária, um substituto processual que defende interesses de toda a coletividade.

Relevante pontuar o que decidiu o Supremo Tribunal Federal em dezembro de 1963 no Enunciado nº 365 da Súmula: "Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular". Diante deste Enunciado, e mesmo após a vigência da Lei em 1965, o entendimento prevaleceu, sendo parte legítima apenas o cidadão, como já mencionado.

A ação popular é instrumento interessantíssimo no que tange à legitimidade passiva, já que é capaz de alcançar: (art. 6º da Lei n. 4.717/65), i) as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado; ii) as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão; e iii) os beneficiários diretos do ato.

152 MIRRA, Álvaro Luiz Valery, "Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – a legitimação ordinária do autor popular", in Revista de Processo 618/43.
153 DINAMARCO, Candido Rangel, "Sobre a justificação política da ação popular", in Fundamentos do processo civil moderno, vol. I, 5º Ed., São Paulo, Malheiros Ed., 2002, m. 198, pp.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao trazer estas hipóteses, a Lei trata de um litisconsórcio passivo simples, já que ao decorrer da instrução processual, verificar-se-ão as responsabilidades de cada um dos envolvidos, podendo coexistir inúmeras condenações.

A Ação Popular é extremamente eficaz já que em caso de reconhecimento da prática de ato lesivo e ilegal no exercício da função, o agente público responderá com seu patrimônio pessoal.

2.2A tutela jurisdicional

Ao demandar do Estado-juiz uma prestação jurisdicional, formulamos o pedido, isto é, o objeto da ação. Deste partem inúmeros efeitos, sendo que o pedido é composto por dois subtipos, o pedido imediato (a tutela jurisdicional prestada pelo magistrado) e o pedido mediato, que elucida o bem pretendido.

Importante ressaltar que por muito tempo, fundamentando-se no artigo 11 da Lei, o pedido imediato da ação popular se restringia a uma sentença constitutiva negativa (portanto, desconstitutiva) e condenatória, anulando o ato lesivo, e em seguida, condenando ao ressarcimento os responsáveis.

Este entendimento foi evoluindo e com o advento da Carta Magna, estendeu-se um novo leque de possibilidades. A Lei da ação popular passou a ser interpretada à luz da Constituição.

Assim sendo, a partir da Carta de 1988 pensamentos modernos passaram a defender a adequação de outras prestações jurisdicionais à ação popular, abrangendo àquelas previstas no Código de Processo Civil, quais sejam: tutelas constitutiva, declaratórias, condenatórias, mandamentais e executivas.

Este ponto merece grande destaque e aprofundamento, pois, a partir deste entendimento, hoje já pacificado, é que se fundamenta a presente dissertação.

Em primeiro lugar, ponderam-se acerca dos textos legais referentes ao tema: Artigo. 1º da Lei prevê que a ação popular visa "pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público" e a Constituição Federal: "ação popular que vise a anular ato lesivo". Ao fazer uma interpretação literal da Lei, podemos cair em erro e assumir que a Ação Popular somente tem o caráter de ação desconstitutiva.

No entanto, não parece sensato limitar a abrangência da ação popular após a efetivação do dano, já que todos os direitos defendidos (patrimônio público, moralidade pública, meio ambiente e patrimônio histórico-cultural) são sensíveis e após a ocorrência do dano, quase irreversíveis de se reparar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tornou-se evidente, em consonância com os preceitos constitucionais da Carta Magna de 88, com o microssistema das Ações Coletivas, e principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor que a tutela efetiva não é aquela que condena, mas aquela capaz de prevenir a ocorrência do dano.

Por muito tempo no Brasil não se falava em tutelas preventivas, já que o conceito de responsabilidade do direito civil estava diretamente ligada à ocorrência de dano, e somente após este, o direito poderia "entrar em cena". Neste sentindo também não se aceitava a ideia de um indivíduo postular em juízo um direito coletivo, isto é, agir desprovido de interesse próprio. Estes preceitos foram óbices na evolução do instituto da ação popular, conforme discorre Clóvis Beviláqua:

> No livro referente aos factos juridicos, surgem as acções populares, que não tiveram entrada na codificação civil, após detido exame de sua desnecessidade. Qualquer cidadão, determina o art. 113, nº 38, da Constituição, será parte legitima para pleitear a declaração de nulidade ou annullação dos actos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municipios. Sem negar o caracter democrático dessa ressureição, receio que nos venham dahiincovenientes, que a boa organização do Ministério Público evita. Para funcções dessa classe, a sociedade possui orgãoes adequados, que melhor a desempenham do que qualquer do povo.154

Conclui-se que se trata, portanto, de texto legal que deve ser interpretado em consonância com toda a legislação pátria moderna.

A Ação Popular é capaz de evitar a ocorrência de dano iminente, sem a necessidade de esperar pela ação de órgãos de defesa e até mesmo do Ministério Público. A legitimidade ativa da ação popular é extremamente coincidente com as características do Brasil, com a impossibilidade estatal de proteger todos os territórios, de garantir uma boa fiscalização e de proteger o patrimônio nacional em geral. O cidadão brasileiro tem o direito de gozar desta tutela de proteção, de usufruir deste instrumento processual apto a zelar pelos direitos sociais:

> É talvez esta peculiaridade que torna ação popular mais interessante (com as ressalvas que a seu tempo virão) na perspectiva em que nos situamos aqui, sabido como é que os denominados "interesses difusos" não raro se mostram insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos - característica com a qual ·se relaciona de maneira direta a

154 BEVILÁQUA, Clóvis. "A Constituição e o Código Civil". Conferencia pronunciada em Fortaleza. *Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, nº 424, set. 1935.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> insuficiência, a seu respeito, da "tutela ressarcitória": é inconcebível que se compense mediante simples prestação em dinheiro o prejuízo consistente, v.g., na destruição da paisagem, na mutilação de monumentos históricos, na poluição do ambiente, etc.155

Por estas razões, embora a Constituição Federal e a Lei 4.717/65 delimitaram os objetos do instituto, parece sensato defender que um instituto constitucional com tamanha aplicabilidade não se restrinja a estas pouquíssimas hipóteses.

Trata-se de instrumento democrático capaz de repreender, anular, condenar individualmente, mas além, de prevenir danos.

2.3A lesividade

A Lei da ação popular apresenta as seguintes hipóteses de invalidação do ato administrativo, quando estes forem lesivos ao patrimônio público e incorram em (i) incompetência; (ii) vício de forma; (iii) ilegalidade do objeto; (iv) inexistência dos motivos e (v) desvio de finalidade.

É pacifico na doutrina que a Lei exige a averiguação do binômio ilegalidade ou ilegitimidade e lesividade. Na visão de Meirelles, conceituado doutrinador administrativista: "lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário e prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívica, cultural, ambiental ou histórica da comunidade".156

Até a vigência da Carta Cidadã de 1988, a Lei 4717/65 se restringia a observar as lesões patrimoniais que atingissem o erário público. Com o advento da Constituição Federal, a moralidade assumiu posição equivalente à proteção do patrimônio público:

> Com a vigência da Constituição, "a nova disciplina constitucional, contundo, ampliou a noção de lesão, que compreende além do patrimônio material, os valores espirituais e a moralidade. Assim, qualquer ato ilegítimo, ainda que não cause prejuízo ao erário e aos demais bens protegidos pela ação popular, será sempre lesivo à moralidade administrativa e,

155 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A Ação Popular do Direito Brasileiro como instrumento de Tutela Jurisdicional dos chamados "Interesses Difusos". Revista dos Tribunais, vol. 28/1982, dez. 1982.
156 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 129.

> nos termos do disposto no art. 5º, LXXIII, da CF, dá ensejo à propositura da ação popular.157

A moralidade administrativa é um princípio constitucional do direito administrativo retratado no caput do art. 37, da Constituição Federal, e assim, "a moralidade administrativa, a partir da Constituição de 1988, torna-se pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública".[158]

A questão que surgiu na doutrina foi mensurar se a imoralidade no âmbito administrativo seria passível de controle jurisdicional, mesmo que não houvesse ilegalidade ou dano ao patrimônio público.

Evidente que estas questões surgiriam, já que a Carta Magna revolucionou ao trazer um princípio subjetivo, sem muitos contornos doutrinários capaz de justificar a invalidação de atos do Poder Executivo. Neste sentindo, Meirelles amplia o significado de lesividade tendo em vista a inserção da proteção à moralidade como matéria constitucional: "A moralidade comum não se confunde com a moralidade administrativa, esta transcende a vaga indagação entre o Bem e o Mal, alcançando a ideia geral de administração, e especialmente, de boa administração".159

A moralidade administrativa exige do administrador público uma postura cívica, ética, democrática. Exige-se da autoridade, do administrador, do funcionário ou do servidor que represente todo o povo, atuando em nome do coletivo e atendendo, exclusivamente, aos interesses da sociedade.

Portanto, não é demais configurar que o ato de imoralidade enseje a propositura da Ação Popular. O ato imoral fere o sistema administrativo e seus princípios basilares, o ato imoral é ato atentatório à Constituição Federal:

> Todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa. Mas o texto constitucional não se conteve nesse aspecto apenas da moralidade. Quer que a moralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato administrativo. Deve-se partir da ideia de que a moralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato.160

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que para o cabimento da ação popular, torna-se dispensável a demonstração de prejuízo

157 NOHARA, Irene Patrícia. Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular, São Paulo: QuartierLatin, 2006.

158 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro, p. 83.

159 NOHARA, Irene Patrícia. Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular, São Paulo: QuartierLatin, 2006. p. 119.

160 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 465.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

material aos cofres públicos, uma vez que o texto constitucional também abrange os patrimônios moral, cultural e histórico.161

No entanto, vale mencionar a posição de Meirelles acerca da questão. Embora amplie o significado de lesividade, como já mencionado, o autor mostra-se intransigente à ideia de que a imoralidade administrativa dispense a prova de ilegalidade do ato, já que essa é "categoria vasta, fluida ou difusa e pautada em crenças pessoais, inclusive religiosas, que podem variar de pessoa para pessoa".

Ainda segundo o administrativista, a moral não se confunde com o direito, pois ela é influenciável pela opinião pública e pelos rumores políticos. Neste sentindo, argumenta que:

> Permitir que o juiz invalide um ato formalmente legal da Administração, sob o único argumento de que este ato seria imoral, implica em colocar o administrador público em permanente incerteza. O Judiciário poderia, sob o pretexto de defesa da moralidade, estabelecer uma ou outra prioridade para a Administração, e, desta forma, acabaria intervindo no âmbito da conveniência do ato, o que não deve ser admitido dentro do sistema de separação tripartite dos poderes.162

Esta posição, embora devidamente fundamentada e extremamente coerente, não é majoritária. Com o advento da Constituição de 1988, criou-se um microssistema de normas coletivas, trazendo novas diretrizes a serem seguidas. A Carta Magna revolucionou o instituto da ação popular, ampliando seu objeto e possibilidades.

Diante de todo o exposto, e tendo em vista que este trabalho busca a defesa da extensão do rol de possibilidades da ação popular, a imoralidade é fundamento capaz de ensejar a propositura da ação popular, já que é considerada, por si só, ato lesivo.

2.4 Interesses tutelados – os direitos difusos

A doutrina nacional demonstra a existência de certa confusão para tratar das expressões "direitos difusos e coletivos", sendo que alguns autores nem se atreviam a diferenciar as duas expressões, unindo-as em um único grupo, como direitos da coletividade, que interessam a todos.

161 RE 170.768/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.08.1999.
162MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 132.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No entanto, com a evolução do direito nacional e com a valorização dos direitos não patrimoniais, surgiram novas possibilidades jurídicas para concretizar esses direitos. Como consequência direta, aprofundaram-se também no estudo das expressões.

Hoje é mais pacífico o entendimento de que os chamados direitos coletivos são aqueles pertencentes à grupos ou categorias de pessoas determináveis que compartilham uma mesma base jurídica, enquanto os direitos difusos são aqueles de interesse de um grupo indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato.

A partir desta definição observamos que os interesses difusos são mais amplos, já que abrangem um número indeterminado de pessoas, podendo atingir toda a humanidade. É o direito pertencente ao homem simplesmente pela condição de ser humano. Já os direitos coletivos estão adstritos a uma relação entre indivíduos, um vínculo que une uma determinada quantidade de pessoas.

Esta brevíssima menção acerca dos direitos difusos e coletivos faz-se necessária para delimitarmos a seara de proteção de direitos da Ação Popular, já que as ações coletivas são os instrumentos processuais de tutela destes direitos chamados metaindividuais.

As Ações Coletivas são assim chamadas as ações que julgadas procedentes são capazes de tutelar direitos ou interesses sociais. Ao transitar em julgado, certo nível do universo coletivo será alvo dos efeitos da procedência, seja no âmbito de um grupo ou de um indeterminado número de pessoas.

> Impede ter presente, nesse passo, que uma ação recebe a qualificação de "coletiva" quando através dela se pretende alcançar uma dimensão coletiva, e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu polo ativo ou passivo; caso contrário, teríamos que chamar de "coletiva" toda ação civil onde se registrasse um litisconsórcio integrado por um número importante de pessoas, como se dá no chamado "multitudinário".163

As ações coletivas possuem, essencialmente, a função de tutelar os interesses da sociedade.

163DINAMARCO, Cândido Rangel – Litisconsórcio – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 269 e ss.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em especial, a ação popular tutela interesse difuso à preservação da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública, bem como o meio ambiente e o patrimônio público.

3 Taxatividade De Hipóteses?

Diante de todo o exposto, entende-se que a ação popular é instrumento processual constitucional valiosíssimo para a estabilidade da ordem pública e a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

A particularidade deste instituto é possibilitar que qualquer brasileiro exija do poder público a proteção de determinado direito ou interesse, controlando os atos administrativos lesivos ao Estado.

Hoje a doutrina nacional reverencia a Constituição Federal de 1988 por estender a aplicabilidade da ação popular, já que incluiu um rol de novas possibilidades para ajuizar a ação: a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e principalmente a moralidade administrativa.

Neste sentindo, a doutrina preocupa-se com a extensão, com os contornos e principalmente com o subjetivismo do termo "moralidade administrativa", deixando de lado qualquer outra discussão que possa aflorar acerca do tema.

No entanto, diante da incrível faculdade de oportunizar qualquer brasileiro a propor uma ação judicial que exija explicações do "servidor" público e que pode até mesmo condenar individualmente os responsáveis, esta discussão não pode pautar-se somente neste quesito.

Por esta razão busca-se formar um pensamento reflexivo acerca dos direitos tutelados pela ação popular, arguindo principalmente que o rol de possibilidades não deve ser taxativo.

Talvez o grande argumento para a limitação do rol de objetos da ação popular seja a existência de outros instrumentos processuais constitucionais que suprimam esta falta. Menciona-se aqui a ação civil pública, capaz de tutelar todos os direitos difusos e coletivos.

No entanto, embora a ação civil pública tenha se mostrado demasiadamente eficiente, ela apresenta como óbice a questão da legitimidade. Estar restrito à ação do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de outros órgão e entidades mencionados no art. 5º da Lei 7.347/85 é obstáculo para o sucesso do pedido pleiteado em um país onde faltam servidores, estrutura e estes órgãos estão limitados a poucos territórios.

Por esta razão, a ampliação do rol de possibilidades da ação popular é medida interessantíssima e tendente a novas discussões, tendo em vista o atual momento político no país e o crescente interesse do brasileiro na participação administrativa do Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Rodolfo Mancuso, exímio doutrinador de ações coletivas e interesses difusos, cita a possibilidade de uma interpretação ampliativa da proteção ao meio ambiente:

> (...) um exemplo da tendência ampliativa no manejo da ação popular está na sua aplicação no âmbito das relações de trabalho, até porque o citado inc. LXXIII do art. 5º da CF, ao mencionar o ''meio ambiente'', não exclui, naturalmente, as afrontas ao meio ambiente do trabalho (CF, art. 200, VIII), sabido que a expressão meio ambiente não restringe ao sentido de *biota* (Lei 6.938/1981, art. 3º, I), mas inclui os planos cultural, artificial (o que o homem agregou a natureza) e do trabalho, neste último caso induzindo a competência da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, I).164

Por fim, a CF 88 revolucionou o sistema das ações coletivas ao ampliar o rol da ação popular, e em comunhão com o Código de Defesa do Consumidor, a legislação brasileira tornou-se referência na proteção de direitos extrapatrimoniais: "O Brasil conta com uma das mais avançadas legislações sobre ação coletiva do mundo (...)". Assim sendo, diante da existência de uma legislação moderna, surge a questão: restam ainda quantos passos para a eficácia plena desse direito?

4 Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que a ação popular é ação constitucional capaz de atingir atos do executivo maculados pela lesividade e ilegalidade. É instrumento processual que foi ampliado pela Constituição de 1988 e em conjunto com os meios de proteção do Código de Defesa do Consumidor constitui sistema de tutela de direitos coletivos.

A ação popular, quando procedente, pode ter força condenatória desconstitutiva do ato maculado, mas também pode ser constitutiva, declaratória, mandamental ou executiva. Interessante pontuar a inovação de pensamento doutrinário e jurisprudencial que passou a aceitar uma tutela preventiva em sede de ação popular para evitar o acontecimento do dano.

Essencialmente, a ação popular tutela direitos difusos, aqueles atinentes à sociedade em um plano geral, a um número indeterminado de indivíduos. Surge a indagação, ao decorrer da exposição, se a ação popular poderia também abranger outros interesses difusos além dos expressos em lei, e até mesmo interesses coletivos, como faz a legislação portuguesa.

164 MANCUSO, Rodolfo de Camargo: Interesses difusos: conceito e legitimação para agir – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Isto posto, ponderou-se que o Brasil está em avançado patamar legislativo no que tange à proteção de direitos extrapatrimoniais. No entanto, diante das condições sociais ainda existentes na realidade do país, entende-se que a ação popular, se mais abrangente, seria capaz de tornar-se instrumento de eficácia protetiva de grande valia para o povo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marilene. **Ação Popular: exercício da cidadania e a defesa do interesse e dos bens pertencentes a todos**. Revista dos Tribunais Online. Publicação original na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 91, 2015.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1975, v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEM, Lourenço Maciel de. **Requiem para a ação popular**. Florianópolis: OAB/SC, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Lei nº 4.717,** de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. **Lei nº 6.513**, de 20 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6513.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. **Lei nº 7.347,** de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; GUIDONI FILHO, Antonio Carlos. **Noções gerais sobre a ação popular no direito brasileiro**. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coords.). Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS, 2006.

CALHEIROS, Maria Clara. **A ação popular revisitada. Notas à luz da atualidade jurídica e social portuguesa**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CANHEU, Gustavo Casagrande. **Ação popular no direito português: similaridades e disparidades com o direito brasileiro**. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coords.). Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Susana Henriques da. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DELGADO, José Augusto. **Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e Jurisprudência do STF**. Revista dos Tribunais Online. Publicação original na *Revista de Processo*, 98, 2000.

DIDIER Jr. Fredie. **Ações constitucionais**. Salvador: Editora Juspodivm. 4º Ed. 2009.

DIDIER Jr., Freddie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 Ed – Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **A Ação popular como instrumento de defesa da saúde ambiental em proveito da dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais Online. Publicação original na *Revista de Processo*, 279, 2018. p. 313-338.

FILHO, Ronaldo Fenelon Santos Filho; JUNIOR, Luiz Manoel Gomes. **Ação popular: Aspectos relevantes e controvertidos.** São Paulo: RCS Editora, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos Difusos e Coletivos II: ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandato de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A ação popular portuguesa: uma análise comparativa.** São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 83, 1996 São Paulo.

JÚNIOR, José Cortella. **Os ‘’Writs’’ na Constituição de 1988: mandado de segurança. ,amdadp de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus**. Rio de Janeiro:Editora Forense Universitária, 1996.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. **Análise comparativa da ação popular nos direitos português e brasileiro.** In: MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos (coords.). Ação popular. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio publica, da moralidade administrativa e do meio ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZEI, Rodrigo; DA’L COL, João Roberto de Sá. **Ação Popular no Brasil e em Portugal – alguns pontos de contato e distanciamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais: Revista de Processo vol. 240/2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros:1990.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; e SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança: ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 143.

SOTTO MAIOR, Mariana. **O direito de acção popular na constituição da república portuguesa. Documentação e direito comparado**. vol. 75/76. Lisboa: Fall, 1998.

TESHEINER, José Maria. **Ações coletivas relativas a interesses ou direitos coletivos stricto sensu.** Revista dos Tribunais Online. Publicação original na Revista de Processo, 228, 2014. p.241-256.

VITORELLI, Edilson. **Consolidação das Leis do Processo Coletivo**. Revista dos Tribunais Online. Publicação original na Revista de Processo, 290, 2019. p. 305-337.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VIOLÊNCIA COMO FONTE DE AUDIÊNCIA. UM DEBATE SOBRE A HISTÓRIA DAS PUNIÇÕES PUBLICAS

ANTONIO WILTON DA SILVA: Graduado em história Especialista em história contemporânea, bacharelando em Direito, com especializações em andamento em Direito Digital, Direito empresarial e Direito do consumidor e também professor.

RESUMO: O presente trabalho o qual parte de uma analise bibliográfica, objetiva traçar um entendimento sobre a pratica punitiva, e sua evolução no tempo e no espaço, as peculiaridades, no que tange a justiça privada e o rumo que o aparato punitivo estatal toma quando confrontado e submetido as mudanças no pensamento social trazidas pelo liberalismo, mudanças como a individualização e proporcionalização das penas.

PALAVRAS-CHAVE: justiça privada, aparato punitivo estatal, liberalismo.

ABSTRACT: The present work, which starts from a bibliographic analysis, aims to outline an understanding about punitive practice, and its evolution in time and space, the peculiarities, with regard to private justice and the direction that the state punitive apparatus takes when confronted and subjected to changes in social thinking brought about by liberalism, changes such as the individualization and proportionalization of penalties.

KEYWORDS: private justice, state punitive apparatus, liberalism.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A publicização dos fatos criminosos: conceitos básicos; 3. Da punição ao entretenimento; 4. Um debate sobre a história das punições públicas; 5. A influência do liberalismo na evolução da legislação e pratica punitiva. 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho busca sem exaurir o tema, desenvolver uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método hipotético dedutivo, sobre a evolução dos mecanismos de pretenção punitiva ao longo do tempo, tal como mecanismo de influência, não apenas na aplicação mas também até no desenvolvimento de legislação e pratica dentro do processo penal,esse que com o tempo vai da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prtenção punitiva privada, até a pratica punitiva sob os auspicios do estado, nesse inteirim discutem-se discussões sobre o papel estatal na efetivação da justiça

Dessa forma objetiva-se aqui que seja desenvolvido o tema, com foco nos conceitos históricos de publicidade e punições "especificamente as públicas" e a interseção entre os fenômenos ao longo da história, com fulcro nos elementos que se concatenaram, na atual noção de ambos. Serão investigados as raízes e fundamentos sobre as punições públicas, a perspectiva da finalidade última da aplicação de penas e a construção da individualização da pena na perspectiva liberal.

Faz-se necessario uma observação no que tange a perspectiva de terminos e retrocessos, quando analisam-se situações como a utilidade das punições publicas, a carga de preconceito, inclusive por parte do estado, direcionada a grupos especificos, os quais no passado eram visiveis e recorrentes, e que infelizmente em diversos momentos, evitando claro o anacronismo, podem sim ser comparadas com situações dos dias atuais, onde a barbarie, o despreso pela dignidade da pessoa humana, ou mesmo a omissão no que tange as proteções existentes no estado democratico de direito exteriorizam cenários atemporalmente criticos de violência e vingança, totalmente distânciados da real aplicação da justiça.

2. A PUBLICIZAÇÃO DOS FATOS CRIMINOSOS: CONCEITOS BÁSICOS

Quando se remete ao passado é fácil de se encontrar em diversos momentos da história, inúmeras praticas que ligavam a punição, a execução e a tortura de "criminosos" como uma ferramenta de imposição social, e até como uma forma de divertimento, quando muitos iam a praça pública assistir a execução de criminosos, ou mesmo nos tempos em que a igreja católica utilizou-se largamente da inquisição nos chamados autos da fé, onde centenas de "julgados" eram punidos das formas mais barbaras, em meio a um ritual religioso em que a comunidade sempre era convidada a assistir.

A Penalização de atos considerados criminosos ao longo de centenas de anos, era retroativa, tendo em vista que na perspectiva da legislação consuetudinária, a palavra do legislador, ou do soberano era o que definia, o que seria ou não fatos suscetíveis a pena, por diversas vezes a pena capital, suscitar a individualização da pena, era irrisório, basta a simples observação de como os julgamentos aplicados pela inquisição católica transcendiam a figura do apenado, estendendo a pena para as gerações seguintes.

Atualmente mesmo tais narrativas sendo vistas como barbaras, inimagináveis e desumanas, elas não estão de todo longe de determinadas situações as quais nos deparamos na atualidade, lembrando que práticas como as penas públicas e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

inquisição remetem a tempos em que a concepção iluminista de processo penal não existia absolutamente, aos moldes que temos hoje, punir como vingar-se, punir como fazer o trabalho de Deus, punir como meio de inibir pelo medo aqueles que vislumbravam as execuções.

Na atualidade basta apenas ligar a televisão em diversos canais da rede aberta que é possível se deparar com os mais variados tipos de crime, as mais variadas reações e a sempre presente figura de alguém direcionando opiniões e tecendo observações particulares sobre vítima e pretenso criminoso, quanto mais chamativas melhor, para atrair a atenção do público, é comum por exemplo, por parte desse tipo de narrativa, se pregar a ineficiência do estado punitivo, construir uma imagem estereotipada dos agentes da lei como violentos e despreparados, e não raras vezes, incitar a autotutela.

Para GUARESCHI (1991. p. 14) a mídia tem com absoluta facilidade, o poder de criar fatos novos simplesmente ao divulga-los, como também pode fazer com que esses inexistam, simplesmente omitindo a sua divulgação, de tal forma a mídia possui um poder de direcionar o olhar da coletividade, que não basta a simples existência de situações ou experiências positivas, se essas não forem publicitadas, simplesmente não existem, a exemplo, a ressocialização ou meios eficientes de aplicação de justiça, tais temáticas não são interessantes ou atraem tanta audiência quanto fatos negativos diante disso bem apresenta THOMPSON (2004, p. 182) ao apresentar que as pessoas recebem de forma seletiva as experiencias mediatas, dando atenção a o que lhes é interessante apenas.

O aparelho estatal se utiliza da mídia sempre que necessariamente precisa de apoio popular ou respaldo em relação a determinadas políticas públicas a serem implantadas.

> [...] são determinados problemas e conflitos que ao atingirem um certo grau de interesse e de alarme social no público se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada "opinião pública" (BARATTA, 1994, p. 23).

O espaço ocupado pela opinião pública é sempre amplo e efetivamente abrangente dentro dos estados democráticos, sendo a opinião pública que direciona os interesses ou mesmo o grau de aprovação e reprovação que a sociedade direciona ao seu próprio governo, o crivo da mídia, e da publicidade, apresenta-se par a população como um porta-voz de seus anseios e valores, ao mesmo tempo que um vigilante, eficaz, coerente, e supostamente imparcial.

Tendo em vista que mesmo estando e por vezes ligando-se direta u indiretamente ao estado a mídia raramente é reconhecida como parte ou auxiliar do aparato estatal.

> O fato de não estar sob o controle do governo, de ser a tribuna comum das minorias numa democracia, de separar o noticiário do que é opinativo, de se dispor a não omitir nada o que o público tem direito de conhecer, e de se corrigir ou de se retificar toda vez que comete um erro, aproxima o jornalismo de seu dever de ser imparcial. (BAHIA 1990 P.16)

Instrumentos de analise ou de mera instrumentalização da vontade da sociedade em relação a mudanças legislativas drásticas, como plebiscito ou referendo, a exemplo recente; o referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições, ocorrido no Brasil a 23 de outubro de 2005, o mesmo não aprovou o artigo 35 do Estatuto do Desarmamento Lei 10826/2003. Tais instrumentos sempre são acompanhados de uma enorme repercussão midiática, não apenas por parte da publicidade estatal, mas de uma grande comoção por parte do meio jornalístico, que convenientemente se direciona nos rumos que venham a tornar mais socialmente aceitável a mudança em destaque.

Um outro aspecto relevante a ser considerado no que tange a publicização dos fatos penais é que essa é impossível de ser desconsiderada, na perspectiva de um estado democrático de direito de tal forma que a constituição da república federativa do Brasil promulgada em 1988 em seu art. art.5°, inciso LV que diz "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Nesse sentido, também os artigos 5°, inciso XXXIII e 93, inciso IV, da Constituição Federal, falam sobre a publicidade como sendo esta indispensável à administração da justiça.

Faz-se aqui necessária a observação de que tal instrumento constitucionalmente garantido é um mecanismo de garantias indispensável, tendo em vista que a publicização dos atos a toda a coletividade, ou a quem vir a ter interesse, garante que os mesmos, não sublevarão a abusos ou obstruções e que todos os atos foram justos e seguiram uma dinâmica respaldada naquilo que a lei estabelece, garante essa um direito justo, equilibrado e que uniformemente trata todos os cidadãos. (MIRABETE,1997)

3. DA PUNIÇÃO AO ENTRETENIMENTO

Um dos instrumentos que de certa forma a partir do iluminismo galgou patamares gigantescos a ponto de hoje ser uma estrutura de poder que muitas vezes dita os rumos da politica e por vezes da justiça, é a mídia, a imprensa, essa tem o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

poder de guiar a sociedade na direção que bem entender, de certa forma ditando aquilo que deve ser tomado como verdade, que deve ser visto ou quisto como a realidade concreta dos fatos, valendo-se aqui do ditado popular, se é notícia é por que é verdade.

> A imagem tem a particularidade de poder produzir o que os críticos literários chamam o efeito do real, ela pode fazer ver e fazer crer no que faz ver. Esse poder de evocação tem efeitos de mobilização. [...] As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, ética, etc., capazes de desencadear sentimentos fortes (BOURDIEU. 1997, p.28):

Hoje é corriqueiro bastando apenas ligar a TV a qualquer hora do dia ou da noite, para o cidadão comum ser bombardeado por uma enorme gama de notícias das mais terríveis, estupros, assassinatos violência doméstica, crimes dos mais variados, se imputando e exibindo agressores e vítimas, e se tecendo diversos cenários pela capacidade imaginativa do repórter ou do apresentador, agora porque esse tipo de fatos são tão amplamente noticiados, nas palavras de Marta Bertolini (2003, p.1099), "a normalidade ou as boas notícias não dão matéria". Assim a superexploração da violência faz parecer que essa é absoluta e que a barbárie já toma conta da realidade, a mídia assim não distorce os fatos, mas seleciona aquilo que será mostrado e qual ênfase será dada como nas palavras de Sodre:

> O "espelho" midiático não é simples cópia, reprodução ou reflexo, porque implica uma forma nova de vida, com um novo espaço e modo de interpelação coletiva dos indivíduos, portanto, outros parâmetros para a constituição das identidades pessoais. Dispõe, consequentemente, de um potencial de transformação da realidade vivida, que não se confunde com manipulação de conteúdo ideológicos (SODRE 1992 P.23)

A mídia explora, algumas vezes, de forma descuidada as situações penais, o que me muitas situações afeta diretamente os direitos tanto de vítimas quanto daqueles que cometeram os atos criminosos, invadem a vida particular, não é incomum forçarem entrevistas de pessoas em estado de choque, tudo para ganhar atração do público, quando não fazem um verdadeiro interrogatório do pretenso infrator as vistas de milhares de pessoas, logo, o direito constitucional a não produzir provas contra si mesmo cai por terra diante das especulações de um repórter e suas perguntas invasivas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O descaso e a facilidade ao acesso a informações torna a mídia ao mesmo tempo que de uma utilidade tremenda, por vezes perigosíssima para a persecução penal, como por exemplo, não é incomum por exemplo a absoluta divulgação de todos os passos do inquérito policial, quando se trata de um crime de ampla repercussão popular, o que atrapalha e muito o trabalho dos responsáveis, ao ponto de divulgar "suspeitos" e esses tendo ou não algum lastro de culpa, são taxativa e amplamente apresentados ao público, colocando em risco a vida e a propriedade desses e de seus familiares.

uma informação infundada pode não só destruir a reputação de pessoas que podem sequer ter relação com o fato delituoso, e nenhuma nota de esclarecimento ou pedido de desculpa, poderiam reverter os efeitos da violência encoberta pelo desejo de justiça. Construir narrativas pela necessidade de ter um produto, "no caso a notícia" sendo consumido, não é algo simples, tendo em vista que aquilo que está sendo exposto são vidas humanas, e aquilo que está em risco e a saúde, segurança e até mesmo a vida das pessoas que se envolvem direta ou indiretamente com aquilo que está sendo mostrado.

> Os meios de massa, se não são diretamente responsáveis pelo aumento da violência e da criminalidade, seriam, quando menos, um canal de estruturação de sociabilidades violentas, já que aí a violência é, não raro, apresentada como um comportamento valorizado. (PORTO 2002.p. 160)

Não raro é a ocorrência de situações em que a mídia explora de forma descomedida determinados fatos penalmente puníveis, assim a mídia incita comportamentos ou apresenta determinadas respostas que da forma que são apresentadas induzem a sociedade a telas como aceitáveis, corretas, ou justificáveis, de tal forma por exemplo ações em que indivíduos passam de vítima a agressor, são vistas e celebradas pela mídia como corretas e justificadas,

4. UM DEBATE SOBRE A HISTÓRIA DAS PUNIÇÕES PÚBLICAS

É de conhecimento geral que ao longo do processo de evolução da sociedade a capacidade punitiva do estado ampliou-se intrinsecamente ligada a existência do mesmo, de tal forma que é impossível pensar em aglomerações humanas dentro de um corpo social, sem regras ou sansões estabelecidas, as quais objetivam cercear condutas moralmente aceitas e impedir a barbárie, porem tão comum quanto a capacidade punitiva é o objetivo simbólico desta que perdura no limiar dos séculos.

Não é preciso longas divagações para se analisar o papel simbólico das punições públicas, pegando por exemplo os grandes julgamentos da história, como o de Sócrates ou o do próprio Cristo, ou as execuções mais emblemáticas como a de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Luís XVI, ou Robespierre, arquétipo vivo da revolução francesa, todos esses exemplos são de punições que transcendem largamente a figura do condenado em direção a uma alegoria punitiva que deveria atingir toda uma sociedade, era o punir o indivíduo como uma representação da capacidade de se punir toda uma coletividade que se colocasse a transgredir.

Ao se analisar essa pratica, punições ou execuções públicas e carnavalescas, a exemplo no Brasil, é possível enxergar o atrelo entre essas ações e a própria existência institucionalizada de um governo, basta observar que no Brasil colonial para uma comunidade ser considerada vila, tinha de possuir um Pelourinho, tronco onde criminosos e escravos são punidos em praça pública. O punir violentamente, o esquartejar e desmembrar tipos criminosos, como o que fora feito com Tiradentes, perdura de tal forma na história das punições públicas no Brasil que transpassa colônia, império e republica.

Desde as cartas regias que chegaram a colônia Brasil, até a constituição imperial de 1824, perdurou a xenofobia, o racismo e o total barbarismo no que tange a forma como uma gigantesca parcela da população era tratada, das guerras justas que permitiam massacres as populações indígenas, a eliminação dos quilombos e das comunidades negras, tudo o que se publicitava era a manutenção da ordem social vigente, aponto de a própria igreja orientar e apoiar práticas como a escravidão e métodos de tortura, como instrumentos garantidores da ordem naquele quadro histórico especifico "Ao fundar o trono, Deus escolhera o próprio povo. [...] *Dessa forma, os lusos consideravam-se também como o povo eleito para conservar e expandir a fé católica* [...]" (AZZI, 2004, p. 23-24).

Assim o mais nobre de todos os motivos era uma justificativa socialmente aceita para o estabelecimento da violência para punir não apenas indivíduos, mas grupos inteiros, a violência, camuflada de justiça, como sinônimo de um instrumento de controle ou até de eliminação de grupos considerados, até mesmo não humanos, era algo tão simples e recorrente que se apresentava como aceitável e por vezes como uma ação benéfica, para toda a coletividade.

Conhecidíssimo e chocante caso da ilustração de poder de punir por parte do estado, e a representação que a mídia fez disso, foi um fenômeno constituído por verdadeiros massacres protagonizados pelo governo republicano, e o espaço dado a mídia de noticiar, relatar e se posicionar com apenas uma visão da história, assim Canudos, contestado, Caldeirão, Pau de colher, todos movimentos retratados como redutos de fanáticos e criminosos, comunistas e antirrepublicanos, punidos severamente por não se encaixarem na ordem vigente, tal represaria estatal toma sua versão mais grotesca nos anos 30 quando os cangaceiros, símbolos construídos midiaticamente, são caçados tendo vários deles como no caso de Virgulino Ferreira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

"lampião" suas cabeças exibidas em museu por décadas a fio, como simples espólios de guerra.

A demonização de determinados indivíduos ou grupos em face da construção de elementos socialmente aceitos, forçadamente ao longo do tempo deu espaço para uma permissiva e corriqueira política de punir e publicitar, literalmente exibir como troféus de caça aos holofotes, as feras que necessariamente devem e merecem ser tiradas do convívio, nesse contexto de exibição e holofotes para os fatos criminosos que a partir da década de 80 a espetacularização de crimes como sequestros de figuras conhecidas, como Abílio Diniz ou roberto Medina, levam a uma rediscussão legislativa tão abrangente que culmina com a lei n. º 8.072/90, a *Lei dos Crimes Hediondos,* essa legislação, que dará vasão a uma interpretação e uma perspectiva de punição bem mais rígida por parte do estado, para determinados crimes, é o pontapé inicial para diversas outras inovações draconianas no trato da legislação penal.

As questões relativas aos crimes, são social e politicamente construídas essas adquirem o seu significado a partir de processos que envolvem uma representação simbólica, ao se provocar a reação nas pessoas é possível direcional os mecanismos de controle social necessário para tanto, constrói-se então uma visão do aparato prisional, a máxima punitiva do estado, como um deposito de lixo humano (BAUMAN, 2005), que retira, pretos, pobres e estrangeiros do convívio social.

Não é preciso ir muito longe por exemplo para analisar a evolução dos mecanismos punitivos e sua relação direta com uma tentativa de ser um nivelador social de grupos ou indivíduos que não se encaixam ou são tidos como corpos anômicos dentro da sociedade, nesse patamar encontram-se as crianças.

> "[...] as crianças, a partir do início do século dezenove em diante, passaram a ser percebidas tanto como vítimas vulneráveis com necessidades de cuidado e proteção, quanto como ameaças precoces que requerem controle e correção" (GOLDSON, 2002, p. 120, tradução livre).

Ótimo exemplo de uma percepção tardia e deturpada da figura da criança e do adolescente, quando essa parte de grupos tidos como perigosos é código de menores criado no Brasil em 1927 e que perdurou até a criação do ECA intervalado por uma versão mais branda de 1979 ou lei 6697 de 10 de outubro de 1979, que inaugurava, ou tornava bem mais escancarada a chamada doutrina da "situação irregular do menor"

> A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e a juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (i) uma vez constatada a "situação irregular", o "menor" passava a ser objeto de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado "menor em situação irregular", legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do "menor" no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor.(LEITE,2005)

O código de menores é um exemplo de como a construção de uma imagem estereotipando um grupo especifico pode ser uma ferramenta socialmente aceita e de certa forma apoiada pela sociedade, no que tange a forma que a chamada opinião pública a apresenta, diga-se de passagem a substituição do código de menores pelo ECA (lei 8068/90), estatuto da criança e do Adolescente, que veio a inaugurar a chamada proteção integral do menor, foi diretamente ligada ao esforço de se construir uma imagem positiva de tal mudança, tal logo a mídia começou a direcionar esforços em sentido oposto esse instrumento que vinha a buscar uma nova roupagem em relação ao papel do estado no que tange a essa parcela vulnerável da sociedade, também mudou.

Não foram poucas as propostas parlamentares de revisão do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou mesmo de redução da maioridade penal, a surgirem em consonância com acontecimentos que tiveram ampla repercussão midiática, como por exemplo o sequestro e Assassinato dos jovens Liana e Felipe, de 16 e 19 anos, ocorrido em Novembro de 2003, crime protagonizado por um menor de 16 anos, Roberto Aparecido Alves Cardoso, que respondia pela alcunha de Chambinha, tal barbaridade chocou a sociedade brasileira e reacendeu diversas críticas ao eca e a atual limitação da maioridade penal, que no Brasil é irrefutavelmente aos 18 anos.

Houve uma gigantesca exploração desse e de diversos outros casos eu seguiam a mesma linha , a mídia concentrou-se totalmente sobre essa discussão, inclusive com diversas matérias e discussões comparadas entre a legislação penal brasileira e os códigos penais de países como os Estados Unidos da América, segundo nessa linha diversos grupo protagonizaram debates a favor e contra, mudanças legislativas nesse sentido, tal como as discussões relativas ao estatuto do desarmamento e a incapacidade do estado de suprir ou não a proteção necessária dos indivíduos.

5. A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO NA EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO E PRATICA PUNITIVA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De todas as épocas, o grande divisor de aguas no que tange a concepção de uma noção concreta de justiça, em relação a capacidade do estado de aplicar punições, surge com o nascimento do estado liberal burguês e da máxima iluminista que levou a criação de legislações como a declaração dos direitos do Homem, na França de 1789 ou a declaração de independência dos EUA de 1776, parte do iluminismo, todas as grandes discussões a respeito do reconhecimento do homem como um individuo dotado de direitos e obrigações universalmente presentes e individualmente delimitadas dentro do chamado contrato social, que impõe aos indivíduos a obediência como mecanismo de permanência:

> Suponhamos que homem chegando a aquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam pela sua resistência as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. Então, nesse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano parecia se não mudasse de modo de vida (ROUSSEAU, 1964, p. 360).

Na perspectiva do contrato social, os indivíduos entregam a autoridade estatal, mediante acordo preestabelecido, o poder sobre suas escolhas e comportamentos, em uma relação direta entre o coletivo e o individual, assim a grande inovação trazida pelas discussões que se avolumam a partir do séc. XVIII, é a noção de individuo em detrimento a coletividade, nasce dessa discussão por exemplo os primeiros questionamentos sobre a utilidade da pena de morte, assim como as críticas as punições desproporcionais (BECCARIA2012)

O art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, versa sobre o princípio da individualização da pena, pelo qual nenhuma punição pode perpassar a pessoa do acusado, essa é uma importantíssima garantia constitucional, que surge, ao mesmo tempo que é obscurecida, em seu aspecto pratico em um momento conturbado, na história. É até contraditório imaginar que uma das ferramentas que de certa forma inaugurou uma perspectiva de uniformização das práticas punitivas, foi a guilhotina, a navalha nacional, dos revolucionários franceses, instrumento que segundo os seus defensores, seria para democratizar a pena capital e expor o condenado ao mínimo suplicio.

Ao passo que o liberalismo toma conta do senário político as discussões acerca de direitos e garantias individuais, vão muito além de reflexões sobre governo e sufrágio e passam a adentrar no campo do direito penal e na aplicabilidade deste dentro da nova roupagem em que a sociedade passa a se apresentar a partir do século XVIII, novos paradigmas a respeito da justiça e da finalidade dela como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

instrumento garantidor não apenas da punição aos tipos criminosos, mas também de reparação e de manutenção da paz social.

Em uma análise superficial dos artigos 5 ao 9 da declaração dos direitos do homem e do cidadão, criada pelos revolucionários franceses de 1789 encontramos as seguintes garantias, todos serão iguais perante a lei, não a pena sem lei anterior que a defina, ninguém será punido sem que antes seja submetido a prova, traz também que todos são inocentes até que se prove o contrário, em resumo essas regras relativas à aplicação da justiça, inspiradas na carta de independência dos Estados Unidos, trazem uma máxima que será aplicada na elaboração e efetivação dos códigos penais presentes no ocidente ao longo dos séculos seguintes.

A mesma legislação em seu artigo 11, traz na integra a seguinte descrição: *Art. 11.º - A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever,* imprimir *livremente, respondendo, todavia, pelos abusos dessa liberdade nos termos previstos na lei.* Celebra-se nessa legislação o conceito de liberdade de imprensa, tão intricadamente ligado aos mencionados nos artigos anteriores a esse, tal artigo já acendia a discussão sobre os limites dessa liberdade e sobre eventuais abusos que poderiam vir a ocorrer por conta de um uso ou abuso dessa liberdade de se comunicar.

Um exemplo emblemático do uso desmedido dessa liberdade encontra-se nos anais da história da revolução francesa está na figura de Jean Paul Marat e seu jornal o *L 'Ami du peuple,* o amigo do povo, as denúncias e acusações apresentadas por ele em seu jornal direcionadas a grupos de oposição a ordem vigente acabaram em massacres tenebrosos, o fúnebre senário das execuções à revelia de diversas pessoas durante o período mais tenebroso da revolução francesa, chamado de terror pelos seus cronistas.

Na sociedade contemporânea como suprassumo do pensamento liberal, o individualismo deixou o campo ideológico e passou a ser a principal linha interpretativa, para a economia, politica e para o campo do direito, a proteção as garantias individuais, ao mesmo tempo que a propriedade individual, foram engrenagem para a elaboração de legislações bem mais amenas, no que tange a finalidade máxima da justiça, ao se abandonar a perspectiva de punição como meio de se transmitir uma mensagem para a coletividade, em detrimento ao ato de punir como mecanismo de reparação e reprovação individualizado.

6. CONCLUSÃO:

Através das discussões aqui apresentadas, buscou-se apresentar, partindo de uma bibliografia diversificada, inicialmente, a intricada relação entre a mídia e como essa se comporta em relação aos fatos criminosos, a exacerbada exposição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e exploração desses fatos e o discurso que é construído sobre a legislação penal que é posta e o grau de efetividade que o estado tem em conseguir estabelecer a proteção dos indivíduos e da própria sociedade como um todo.

Analisou-se a construção do discurso midiático, as motivações, e pretensões , que levam a construção de uma realidade, muitas vezes a quem dos fatos concretos, mas construída como um entretinimento a ser oferecido a um público, a construção do discurso, de vítima e vilão e a desumanização do indivíduo em face, do julgamento popularizado, pelos veículos de comunicação, a cobrança e ao mesmo tempo a criação de um mecanismo de julgamento que não enxerga as etapas processuais, mas apenas presume e aponta aos olhos da coletividade, culpados que devem ser punidos como verdadeiros monstros ausentes de direitos.

Foi apresentada uma análise linear da evolução da concepção de punição pública e punição publicitada, ao longo da história, como essa perspectiva se apresentou ao longo do tempo e como novos avanços no que tange a humanização, individualização e reinterpretação finalística da prática punitiva ocorreram ao longo dos séculos, culminando com a perspectiva liberal moderna e a construção dos códigos penais, que baseados na premissa iluminista, perduram ou trazem reflexo nas legislações e no garantismo do aparato punitivo estatal, até a atualidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS:

AZZI, Riolando. **A teologia católica na formação da sociedade colonial brasileira.** Petrópolis: Vozes, 2004.

BAHIA, Juarez. **Jornal, história e técnica: as técnicas do jornalismo**. v. 2. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Ática, 1990

BAUMAN, Zygmunt**. Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

Globalização: **as consequências humanas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BARATTA, Alessandro. ***Criminologia crítica e crítica do direito penal***. 3 ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

_____. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 2, n. 5, p. 05-24, janeiro-março 1994.

BECCARIA, CESSARE. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução: Neury Carvalho Lima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

São Paulo. Hunter Books Editora, 2012. p.125.

BOURDIEU, P. **Sobre a Televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. 144 p

GOLDSON, Barry. **Children, Crime and the State.** In: GOLDSON, Barry;

LAVALETTE, Michael; McKECHNIE, Jim (Eds.). Children, Welfare and the State. London: Sage, 2002. p. 120-135.

GUARESCHI, P. A. **Comunicação e Controle Social.** Editora Vozes. Petrópolis: 1991.71 p.

LEITE, Carla Carvalho. **Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas**. Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre, n. 5, p. 9-24, mar. 2005.

MIRABETE. Julio Fahhrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6 ed. São Paulo: Atlas. 1999

PORTO MSG. **Violência e meios de comunicação de massa na sociedade contemporânea.** Sociologias. 2002;4(8):152–71.

ROUSSEAU, J-J. **O contrato social. In: Oeuvres completes, tome III. Collection** "Pléiade". Paris: Gallimard, 1757._____. Discurso sobre a desigualdade. In: Obras. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril, 1979.

_____.
Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Nova Cultural, 1999,

SODRÉ, Muniz. **A comunicação do grotesco –** introdução à cultura de massa brasileira. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1992

THOMPSON, J. B. **A Mídia e a Modernidade: Uma história social da mídia.** Petrópolis: Vozes, 2004. 264 p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS E A POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA: ANÁLISE VOLTADA AO ÂMBITO FAMILIAR

SARAH FERNANDA SANTANA DIAS:
Bacharelanda em Direito do Centro Universitário UNINOVAFAP

DÉBORA DA CRUZ CARDOSO

(coautora)[165]

MARÍLIA MARTINS SOARES DE ANDRADE

(orientadora)

RESUMO: Os animais incluem-se, juntamente com os seres humanos, na categoria de seres vivos. Todavia, tal semelhança na classificação entre eles se contrapõem à medida que aqueles não possuem características intrínsecas aos humanos. Ademais, tal classificação inscreve no animal um sentido diminuto, de conotação pejorativa, traduzindo-se como um espelho negativo da dimensão não humana. Isso porque os animais são tidos como seres irracionais, brutos dentre outros sinônimos. Desse modo, em consequência disto, no campo jurídico os animais são qualificados convencionalmente como coisas, objetos; itens sujeitos às relações de dominação e de apropriação por parte do homem. Diante disto, esta pesquisa surge a partir da seguinte problemática: existe a possibilidade de atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos? Para tanto, no intuito de responder essa questão traçaram-se alguns objetivos a fim de auxiliar nesse percurso. Como objetivo geral tem-se: analisar os animais como sujeitos de direitos e a possibilidade de atribuição de personalidade jurídica. E objetivos específicos: identificar a legislação protetiva dos direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro; refletir sobre o dualismo homem-animal e, conhecer o modo o sistema jurídico pátrio se posiciona quanto a atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos. O método investigativo empregado no trabalho, baseou-se na pesquisa bibliográfica narrativa de caráter qualitativo, já que para a conceituação e análise das informações e dados utilizou-se de livros, artigos científicos, sites especializados, jurisprudências e outros materiais relacionados a temática. Observou-se que o sistema jurídico brasileiro ainda não consolidou um posicionamento quanto a atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos. O Código Civil se mostra na contramão da legislação constitucional ao classificar os animais como coisas. Porém, vê-se uma ampla possibilidade de defender a tese individualidade e dignidade desses seres.

Palavras-chave: Direito. Animal. Dignidade. Personalidade Jurídica.

ABSTRACT: Animals are included, together with humans, in the category of living beings. However, such similarity in the classification between them is opposed to the extent that they do not have characteristics intrinsic to humans. Furthermore, such a classification inscribes a diminutive meaning in the animal, with a pejorative connotation, translating itself as a negative mirror of the non-human dimension. That's because animals are seen as irrational beings, brutes among other synonyms. Thus, as a result of this, in the legal field animals are

165 Bacharelanda em Direito do Centro Universitário UNINOVAFAP

conventionally qualified as things, objects, items subject to the relations of domination and appropriation on the part of man. Given this, this research arises from the following problem: is there a possibility of attributing legal personality to non-human animals? Therefore, in order to answer this question, some objectives were outlined to assist in this path. The general objective is: to analyze animals as subjects of rights and the possibility of attributing legal personality. And specific objectives: to identify the animal rights protection legislation in the Brazilian legal system; reflect on the man-animal dualism and, know the way the national legal system is positioned regarding the attribution of legal personality to non-human animals. The investigative method employed in the work was based on qualitative narrative bibliographic research, since for the conceptualization and analysis of information and data, books, scientific articles, specialized websites, jurisprudence and other materials related to the theme were used. It was observed that the Brazilian legal system has not yet consolidated a position regarding the attribution of legal personality to non-human animals. The Civil Code is against the constitutional legislation when classifying animals as things. However, there is a wide possibility of defending the thesis of individuality and dignity of these beings.

Keywords: Law. Animal. Dignity. Legal Personality.

1 INTRODUÇÃO

Os animais incluem-se, juntamente com os seres humanos, na categoria de seres vivos. Todavia, tal semelhança na classificação entre eles se contrapõem à medida que aqueles não possuem características intrínsecas aos humanos (AGAMBEN, 2017). Tal classificação inscreve no animal um sentido diminuto, de conotação pejorativa, traduzindo-se como um espelho negativo da dimensão não humana. Isso porque, os animais são tidos como seres irracionais, brutos dentre outros sinônimos (SPAREMBERGER; LACERDA, 2015).

Nesse sentido, compreende-se que é amplamente difundida a ideia de o humano como ser possuidor exclusivo de dignidade existencial, e isso lhe outorga automaticamente o acesso aos direitos fundamentais. Por outro lado, os animais, enquanto também seres vivos, ficam tradicionalmente conectados ao mundo instrumental, sem serem possuidores de dignidade, e considerados apenas como coisas (*res*) e não seres (NACONECY, 2017).

Comumente, essa posição que confia estatuto moral próprio ao homem e, paralelamente a denega aos animais, está ligada ao antropocentrismo, ou seja, a concepção de que o mundo gira em torno do homem, e tudo aquilo que não é humano, serve apenas para atender, de forma direta ou indireta, às demandas, interesses, preferências, utilidades ou conveniências do ser humano (AGAMBEN, 2017).

De modo geral e sintético, significa afirmar que o homem é a única fonte de valor moral. Trata-se, portanto, de um dualismo homem/animal, e que vem demandando diversos debates no campo do Direito. Sabe-se que, os mais diversos sistemas jurídicos apoiam apreensões sobre a humanidade, e, analogamente, da concepção de pessoa, que são constituídas fundamentalmente a partir da sua posição antagônica à categoria dos animais, já que estes últimos são qualificados convencionalmente como coisas, objetos, itens sujeitos às relações de dominação e de apropriação por parte do homem (NACONECY, 2017).

Mesmo com um capítulo totalmente dedicado ao meio ambiente, a Constituição Federal Brasileira, traz em seu art. 225, § 1º, inciso VII, a determinação de que é dever do

Poder Público resguardar a fauna e de impedir as ações que ponham em risco sua função ecológica, gerem o aniquilamento de espécies ou reprimam os animais a crueldade, tal dispositivo é frequentemente explanado pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de adjudicar exclusivamente uma proteção indireta ou reflexa aos animais (LOURENÇO, 2016).

Diante do contexto exposto, esta pesquisa surge a partir da seguinte problemática: existe a possibilidade de atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos?

Para tanto, no intuito de responder essa questão traçaram-se alguns objetivos a fim de auxiliar nesse percurso. Como objetivo geral tem-se: analisar os animais como sujeitos de direitos e a possibilidade de atribuição de personalidade jurídica. E objetivos específicos: identificar a legislação protetiva dos direitos dos animais no ordenamento jurídico brasileiro; refletir sobre o dualismo homem-animal e, conhecer o modo o sistema jurídico pátrio se posiciona quanto a atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos.

O método investigativo empregado neste trabalho, baseou-se na pesquisa bibliográfica narrativa de caráter qualitativo, já que para a conceituação e análise das informações e dados utilizou-se de livros, artigos científicos, sites especializados, jurisprudências e outros materiais relacionados a temática.

Para uma melhor compreensão sobre a temática proposta na pesquisa, o trabalho se dividirá basicamente em três partes. O primeiro tópico trará uma um escorço histórico sobre a legislação brasileira relativa a proteção dos animais. Já o segundo tópico se incumbirá de realizar uma análise sócio jurídica da relação homem e animal. Por fim, caberá ao terceiro e último tópico apontar e analisar as teorias que atribuem a personalidade jurídica aos animais.

O trabalho se justifica por sua importância, haja vista a necessidade de um aprofundamento sobre o debate acerca da atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos, visto que seus direitos devem ser extrapolados o ramo do Direito Ambiental. Além disso, trata-se de um tema de suma relevância acadêmica, uma vez que é uma temática nova, e que merece uma maior atenção por parte dos futuros operadores de direito.

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO RELATIVO AOS ANIMAIS

A preocupação com a defesa e o bem estar dos animais tem sua gênese ainda na Antiguidade, quando os filósofos começaram a conferir certas capacidades humanas a esses seres. As discussões filosóficas de Plutarco e Porfirio, por exemplo, enveredavam para conferir aos animais certa racionalidade; já outros como Ovídio e Sêneca acreditavam na capacidade dos animais em sentirem dores, de se comunicar e de raciocinar. Apesar de não ser uma discussão tão recente, a preocupação com a defesa e o bem-estar animal duran

te muito tempo foi bastante tímida, e relegada a segundo plano.

Porém, no século XVIII, mais precisamente em 1776, o clérigo inglês Humphrey Primatt publicou sua tese de doutorado, intitulada "*A dissertation on the duty of mercy and the sinn of cruelty against brute animals*"[166]. O referido trabalho, tornou-se um marco

[166] Que traduzido quer dizer: "Uma dissertação sobre o dever de misericórdia e o pecado da crueldade contra animais selvagens" (Nota da autora).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

histórico na defesa dos animais, e apoiou-se nas discussões dos filósofos citados, que afirma a inexistência da superioridade dos seres humanos em relação aos animais. Para Primatt o ser humano e o animal estão no mesmo patamar enquanto seres vivos que sofrem e sentem dores, merecendo ambos, por tanto, respeito e compaixão. Mais tarde, o reconhecido filósofo e jurista Jeremy Betham, foi influenciado também por Primatt e escreveu em defesa dos animais (PRIMATT *apud* LOURENÇO, 2016).

Já mais recentemente, no século passado, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) realizou assembleia no dia 27 de janeiro de 1978, proclamando na ocasião a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, onde afirmou, dentre outros aspectos, que todos os animais existentes no planeta têm direito à vida, ao respeito a sua existência e ao seu habitat natural, e que nenhum animal deve ser usado em experimentos que lhe ocasionem sofrimento (UNESCO, 1978).

No Brasil, não diferente do restante do mundo, poucos autores se dispuseram a escrever e discutir sobre a defesa dos animais. A tradição jurídica brasileira seguiu em muito a doutrina romana clássica, que acabou outorgando aos animais um tratamento objetificado, considerando-o coisa, propriedade ou bem. Naconecy (2017), ressalta que esse posicionamento brasileiro se deu muito em função do antropocentrismo, vigente em todo o ocidente, o qual vê como natural, correto e necessário o domínio do homem sobre o animal.

No final do século XIX, todavia, apesar dessa tradição que rebaixou os animais a meras coisas, houve no Estado de São Paulo a criação de uma legislação que dispunha em algumas de suas tratativas a respeito da proteção animal. O Código de Postura do Município de São Paulo, criado em 1886, passou a prever em suas disposições a proteção a abusos ou crueldades contra animais. O art. 220 da referida legislação afirmava:

> Art. 220 - É proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d'água etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Bata disposição ê igualmente aplicável aos ferradores. Os infratores sofrerão a multa de 10$, de cada vez que se der a infração (SÃO PAULO, 1886).

Em âmbito nacional, a primeira legislação de cunho protecionista aos animais foi o Decreto Lei n. 24.645, do ano de 1934. O Decreto definiu em suas tratativas que todos os animais em solo nacional são protegidos pelo Estado, considerando maus tratos o ato abusivo ou cruel que atinja qualquer animal, bem como a manutenção ou permanência desses seres em locais anti-higiênicos, que privem a respiração, o movimento ou descanso, assim como impeçam a circulação de ar ou luz (BRASIL, 1934).

Posteriormente, em âmbito penal, foi editado no ano de 1941, a Lei das Contravenções Penais (Decreto Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941), que em seu artigo 64 trouxe a tipificação da prática de crueldade em face de animais, sujeitando o sujeito infrator a penas de prisão simples ou multa.

> 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.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 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).

Já na década de 1960, foi criado em âmbito federal o Código de Caça (Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967). A referida legislação criminalizou uma série de condutas danosas aos direitos dos animais. A legislação em comento também instituiu o Conselho Nacional de Proteção à Fauna, um importante órgão normativo e de consulta para a proteção da fauna brasileira (BRASIL, 1967).

Em 1981, foi criado a Política Nacional do Meio Ambiente, através da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que fixou diretrizes e responsabilidades da população e do governo em face ao meio ambiente. Tal legislação trouxe grandes consequências no que diz respeito ao direito dos animais, haja vista a busca pela proteção dos ecossistemas, incentivos e estudos sobre o meio ambiente, controle e zoneamento de atividades prejudiciais ao meio ambiente, entre outros fatores (BRASIL, 1981).

Ainda na mesma década, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil, que trouxe salvaguarda constitucional a fauna, considera a partir de então como elemento do patrimônio ambiental e bem de interesse difuso, conforme artigo 225:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético
>
> [...]
>
> 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).

Conforme Ataíde Junior (2018), a preocupação do constituinte ao dispor sobre o meio ambiente no texto constitucional, não foi necessariamente em proteger a fauna e a flora, mas sim buscar manter ou possibilitar a preservação de um ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é requisito indispensável para a sobrevivência dos seres humanos e animais.

Há que se sublinhar também em relação ao texto constitucional que, recentemente em 2017, houve a alteração da Constituição Brasileira através da Emenda nº 96/2017, que incluiu ao artigo 225 o parágrafo sétimo. O parágrafo suscitou discussões relativas aos direitos dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

animais, especialmente aquelas em razão aos maus tratos sofridos pelos animais na prática de esportes como a vaquejada. O texto incluso na Constituição não considerou como maus tratos, práticas desportivas que utilizam animais.

No que se refere à legislação civilista, o Código Civil de 2002, tratou sobre os animais no seu livro terceiro, referente ao direito das coisas, considerando-os, portanto, como bens. Neste sentido, o legislador assumiu a posição em que permite o uso, gozo, usufruto e disposição dos animais, implicando necessariamente na desvalorização de tais seres vivos, ausentes de personalidade jurídica. Veja que pelo artigo 82 do Código Civil, os animais são considerados bens móveis suscetíveis de movimento próprio. Portanto, para a lei os animais podem ser vendidos, locados, trocados e usados da forma que convir a seu dono, haja vista ele fazer parte de seu patrimônio (SPAREMBERGER; LACERDA, 2015).

3 A RELAÇÃO HOMEM E ANIMAL

A relação homem e animal está fincada desde os primórdios da história humana, como uma relação de dominação. Isso porque, o homem desde muito cedo explorou a natureza para sobreviver, usando dos recursos naturais e especialmente dos animais para suprir suas necessidades alimentares, de vestuário, lazer, trabalho ou locomoção. Assim, a lógica humana, desde o início, sempre se colocou em superioridade e domínio em relação a natureza e aos animais.

Veja que, segundo a narrativa bíblica cristã, por exemplo, no início da constituição do mundo, Deus havia criado o homem sua imagem e semelhança, dando a ele o aval para dominar todos os animais do planeta. Já na Antiguidade, pensadores como Pitágoras e Aristóteles, acreditavam que a distinção entre homens e animais se dava através da racionalidade. Para estes pensadores os homens eram seres racionais, enquanto os animais eram seres irracionais (ROSA, 2017).

Tal noção de superioridade humana em relação aos outros seres vivos, permaneceu forte ao longo dos tempos, e em pleno século XVII, o importante filósofo francês René Descartes defendia a tese de que os animais eram seres despossuídos de alma, e, portanto, não raciocinavam e nem sentiam dores. Tal condição permitia a exploração desses seres pelo homem (ROSA, 2017).

Já no século seguinte, Immanuel Kant (2009), apresenta a ideia de “dignidade humana” como valor absoluto que só os seres humanos possuem, e que lhes diferencia e põe em supremacia em relação aos demais seres. Conforme esclarece Sarlet sobre o conceito de dignidade da pessoa humana:

> [...] é uma 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 para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Entretanto, essa ideia antropocêntrica, de que o homem ocupa um lugar privilegiado na natureza, passa a dividir lugar com a visão biocêntrica[167]. Desse modo, surge a noção que passa a atribuir também dignidade a outros seres vivos, reconhecendo o valor intrínseco que cada um carrega, levando ao respeito e a responsabilidade com os animais.

A famosa obra de Charles Darwin (1978), "A Origem das Espécies" é um importante marco desta visão biocêntrica. Na referida obra, o autor se contrapõe a visão criacionista, que se refere a criação do mundo e das espécies que nele habitam por um ser superior que dá ao homem o *status* de espécie mais evoluída. Na verdade, para Darwin (1978), todos seres vivos advém de um ancestral em comum, e passaram ao longo dos tempos por uma seleção natural, sobrevivendo por meio de suas adaptações. Neste sentido, não haveria uma superioridade inata a uma espécie, já que todas seriam provenientes de um mesmo ancestral. Nas palavras de Darwin:

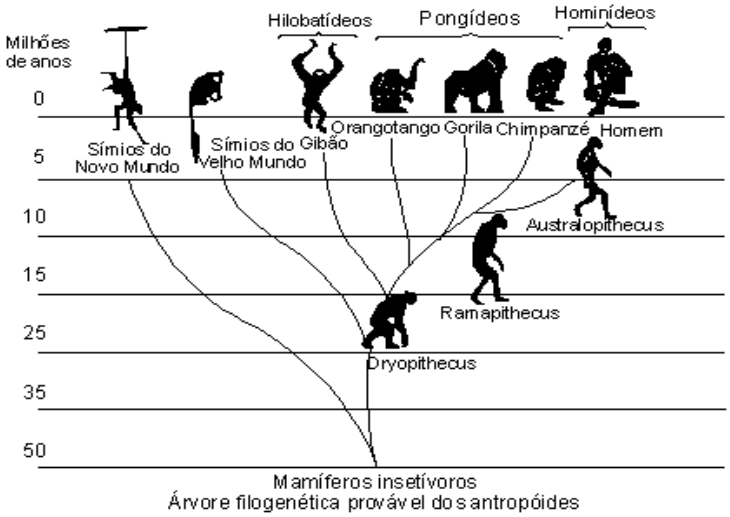
> Nada pode parecer tão cedo mais difícil de crer que o que os órgãos e instintos mais complexos se formaram, não por meios superiores - ainda que análogos - à razão humana, senão pela acumulação de inúmeras pequenas variações, cada uma delas boas para o indivíduo que a possuía [...] Dentro da teoria de que as espécies são só variedades muito assinaladas e permanentes, e de que cada espécie existiu primeiro como variedade, podemos compreender por que não se pode traçar uma linha de demarcação entre as espécies, que se supõe geralmente que foram produzidas por atos especiais de criação, e as variedades, que se sabe o foram por leis secundárias (DARWIN, 1978, p. 327).

A compreensão da origem dos seres vivos de Darwin (1978), pode melhor compreendida com a figura a seguir, que esboça a ancestralidade comum entre os antropoides e revela a parentalidade do homem com os animais.

Figura 01 - Árvore Filogenética dos Antropoides

[167] Conforme Soares (2011, p.9): O biocientista contemporâneo há tempos passou a questionar o antropocentrismo – situação na qual o homem se faz o protagonista do mundo. As exigências ditadas pelo próprio percurso do conhecimento levaram o homem de ciência a se aproximar do biocentrismo – situação na qual o homem consta apenas como um elemento a mais na natureza.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454



Fonte: MONTEIRO; URSI (2011, p. 15).

Já no século XIX, outro importante trabalho que contribui no modo de pensar em prol dos animais é do teórico Jeremy Bentham. Para o referido autor, o fundamento para que haja uma preocupação em prol dos animais, é capacidade que eles têm de sofrer, e não de raciocinar como os seres humanos (BETHAN *apud* COSTA; VELOSO; COSTA, 2018). Como mencionam Costa, Veloso e Costa (2018, p. 68): "para Bentham não são condições necessárias à proficiência linguística ou a racionalidade para que haja o reconhecimento de um estatuto moral para os animais. São eticamente consideráveis se sencientes, ou seja, dotados da capacidade de sentir dor ou prazer".

Ademais, como ressalta Rosa (2017), se a racionalidade fosse o critério exclusivo para a proteção jurídica e moral dos animais, até mesmo os seres humanos em fase infantil (como no caso dos bebês) ou com alguma incapacidade intelectual deveriam ser tratados como coisas.

Mais recentemente, no ano de 1975, o professor de Bioética da Universidade de Princeton, Peter Singer, lançou o livro intitulado "Libertação Animal", considerado por muitos como um grande marco para os defensores dos direitos dos animais. Na referida obra, Singer segue o raciocínio de Bentham, e vê na capacidade de sofrimento dos animais o grande fundamento para a reprovação de atos de crueldade.

> Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para desprezar esse sofrimento ou para recusar considerá-lo de forma igual ao sofrimento de qualquer outro ser. Mas o inverso é também verdadeiro. Se um ser não for capaz de sofrer, ou sentir prazer, não há nada a ter em conta (SINGER, 1990, p. 134).

Os vários estudos referenciados entre outros, tem cada vez mais pensado na relação homem e animal. É possível ver um esforço e uma tendência de cientistas, filósofos e da sociedade de modo geral para considerar a dignidade e o direito destes seres, o que tem levado na contemporaneidade a avanços, como por exemplo, nas diversas legislações pelo mundo que tem imposto atitudes humanitárias para com os animais, com a vedação de maus tratos e atitudes cruéis. Todavia, mesmo assim, a relação entre humanos e animais ainda se coloca fortemente em razão da dominação daquele sobre este, seja através da domesticação, da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

criação, da experimentação, da transgenose etc. Outrossim, muitas das vezes a pressão exercida por interesses econômicos intensificam ainda mais tais atitudes para com os animais (COSTA; VELOSO; COSTA, 2018).

Porém, certo é que, cada vez mais o tratamento para com o animal vem tornando-se um problema social, ativo com destaque em grupos de militância, na imprensa e na sociedade em geral, levando a difusão de novas percepções para com temáticas que cruzam o âmbito destes seres. A animalidade, por exemplo, não é mais vislumbrada como a faceta antagônica da humanidade (AGAMBEN, 2017). Assim, as visões tradicionais do tratamento ético animal tem sido cada vez mais questionadas, abrindo-se caminho para se refletir a dignidade (como conceito mais amplo) a partir do reconhecimento jusfilosófico e solidário de que a vida deve ser resguardada em toda sua plenitude mesmo na falta da racionalidade (LOURENÇO, 2016).

Neste sentido, o Direito como ferramenta social que é, deve acompanhar tais discussões e abarcar em sua sistemática as mudanças de pensamento social. Como lembram Sparemberger e Lacerda (2015), o direito é um fenômeno inconcluso, pois a sociedade sempre está em plena mudança, assim é necessário que ele acompanhe as influências e tendências de cada época. Portanto, as formas de tratamento para com os animais devem também ser pensadas através dessas mudanças que a sociedade passa e das formas como o direito se posiciona.

A seguir, se verá como o direito, especialmente o sistema jurídico brasileiro, passou a se posicionar quanto a atribuição de personalidade jurídica aos animais, repensando em certos momentos sua importância e dignidade frente à sociedade.

4 DA ATRIBUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA AOS ANIMAIS

Conforme a sistemática jurídica clássica adotada no Brasil, é considerado sujeito de direitos aquele que possui personalidade. A personalidade por sua vez é adquirida através do nascimento com vida, momento em que a pessoa se torna um sujeito de direito. Segundo ensina Flores (2017), o tradicional direito civil considera somente seres humanos, independente de seus atributos físicos, morais ou patrimoniais, como *persona*. Assim, todo ser humano, basta nascer com vida para adquirir personalidade no âmbito jurídico. Portanto,

> [...] todo aquele que possui personalidade é sujeito de direito, o que tem como consequência sua capacidade para adquirir direitos. A capacidade é a idoneidade para adquirir direitos, e se divide em capacidade de direito, ou seja, a possibilidade de adquirir direitos, e capacidade de fato, que é a possibilidade do sujeito de exercer por si próprio os direitos que possui (FLORES, 2017, p. 192).

Desse modo, com o nascimento, o ser humano passa a adquirir a chamada capacidade de direito ou de gozo, adquirida instantaneamente com a personalidade; de outro lado o exercício total de seus direitos será adquirido através da capacidade de fato quando atingir a condição imposta legalmente, que em regra é a maioridade ou a emancipação.

No caso dos animais, a interpretação literal do Código Civil os coloca como coisa, sendo classificados como bens semoventes (aqueles bens que possuem movimento próprio,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

conforme art. 82 CC) ou bens públicos (art. 96 do CC). Nos dois casos a natureza jurídica deles é de objeto, sobre o qual irá recair o direito subjetivo do ser humano que poderá exercer sobre eles o poder de domínio (FLORES, 2017). Como ensina Fiorillo:

> Os animais são bens sobre os quais incide a ação da pessoa humana. Com isso, deve-se frisar que animais e vegetais não são sujeitos de direitos, porquanto a proteção do meio ambiente existe para favorecer a própria pessoa humana e somente por via reflexa para proteger as demais espécies (FIORILLO, 2012, p. 280).

Portanto, o animal para os defensores da doutrina tradicional é considerado apenas uma coisa ou bem sobre o qual o homem, que é seu detentor, poderá exercer seu domínio e o seu direito subjetivo da forma como melhor lhe interessar, e nos limites legais.

A razão para o tratamento jurídico diferenciado entre homem e animais, como exposto neste trabalho, fundamenta-se no plano axiológico que coloca humanos em posição privilegiada, como única espécie viva capaz de ter e exercer direitos. Já os animais por outro lado, classificam-se como simples objetos ou bens, que podem ser adquiridos pelo homem ou pertençam a coletividade.

Porém, a doutrina jurídica moderna influenciada por discussões das diversas áreas, como a Filosofia, Sociologia e a Biologia; tem se voltado para questionar se a dogmática jurídica relativa a personalidade jurídica se encontra correta na forma de sua abordagem e perante o grau de evolução que da atual sociedade. Desse modo, há questionamentos que levam a pensar se ainda é válido considerar os animais apenas com objetos, já que há diferenças substanciais entre um cachorro e uma televisão por exemplo (BARBOSA, 2015).

Neste sentido Fiuza (2001), ao comentar sobre o instituto da personalidade jurídica analisa que:

> É interessante observar que personalidade é invenção do Direito. Daí dizemos que personalidade é atributo jurídico. A personalidade não é natural. Tanto não é natural, que antigamente havia seres humanos aos quais o Direito não atribuía personalidade. Eram escravos, considerados coisas perante o ordenamento jurídico (FIUZA, 2001, p. 23).

As mudanças sociais e jurídicas permitem traçar novos caminhos e horizontes para os operadores do direito conferirem novos sentidos aos institutos postos, considerados outrora inquestionáveis. Veja que, a qualidade de pessoa não é mais no mundo jurídico exclusivo dos seres humanos, há agrupamentos humanos, entes estatais, universalidades patrimoniais que têm tal status jurídico, e, portanto, personalidade jurídica (BARBOSA, 2015).

A convivência com esses seres têm gerado novas formas de interação e é fato que não se pode mais negar o desenvolvimento de fortes laços afetivos e consequências jurídicas para isto. Animais domésticos, por exemplo, cães e gatos, passaram a ser descritos como verdadeiros membros familiares, e isso tem gerado como consequência a discussão de sua personalidade ou não. Como ensina Reale (2014, p. 167), o direito "a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Veja que, a mudança no trato com os animais na sociedade pode ser visto por vários aspectos, um deles se refere a forma de tratamento linguístico. No passado era comum as pessoas se referirem aos animais como "criações"; atualmente há que se refira a eles como "filho". Ademais, o termo "adoção" se tornou comum para aqueles que passaram a terem animais em seu convívio familiar. Outro termo que passou a ser utilizado foi "guarda" em vez de posse".

Há vários casos emblemáticos que buscaram afirmar a condição de direito, e, portanto, a personalidade dos animais, no sistema jurídico pátrio. Um deles é a impetração de *habeas corpus* (HC n. 833085-3/2005) na 9º Vara Criminal de Salvador para proteger o direito de liberdade de uma chimpanzé chamada Suíça, que vivia em condições inadequadas em zoológico. O caso foi importante pois o juiz na análise inicial teve que discutir se a ação preenchia as condições processuais necessárias, e se a chimpanzé era ou não sujeita de direito. Conforme Gordilho e Trajano sobre o caso:

> A questão é bastante intrigante, pois trabalha com inúmeras questões processuais. O Habeas Corpus é a mais famosa garantia de liberdade. É considerado um direito fundamental, e o texto constitucional brasileiro utiliza o vocábulo alguém para indicar o sujeito. As discussões, além de envolverem a possibilidade de os animais terem personalidade jurídica para estarem em juízo e serem titulares de direito fundamental, também envolvem a aplicabilidade desse remédio a outro ser vivo não humano (GORDILHO; TRAJANO, 2012, p. 324).

Apesar da importância do caso para o tema, houve a extinção do *writ* sem julgamento do mérito, tendo a morte da paciente levado ao perecimento do objeto, que era a coação de sua liberdade de locomoção. Todavia, atualmente há outros habeas corpus impetrados envolvendo animais em condições de maus-tratos em zoológicos.

Outro caso a ser mencionado é o Recurso Extraordinário n. 153.531-8/SC. Na referida ação o STF foi chamado para se posicionar quanto a legalidade de um evento chamado "Farra do Boi", que era comum no Estado de Santa Catarina. O referido evento consistia no aprisionamento de bois por três dias, em local sem iluminação e sem comida para em seguida ser solto nas ruas da cidade e ser perseguidos pelos participantes nas ruas. Neste caso, a Corte Maior brasileira reconheceu a existência de interesses animais, considerando que as práticas violentas e cruéis feriam a dignidade animal. Sobre o caso Silvestre e Lorenzoni (2018) comentam, relacionando-o a outro caso que ocorre em 2011 no Rio de Janeiro com a prática de Rinhas de Galo:

> O julgamento do Recurso Extraordinário referente à Farra do Boi deixou em evidência um desvio da linha de pensamento antropocêntrica no âmbito jurisprudencial, em manifesto prestígio à vida e sentimento animal. Conduzido por esse entendimento, e novamente rejeitando a tese de que se trataria de uma manifestação cultura, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, frente à proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin 1.856/RJ) que impugnava a Lei Estadual 2.895/98, do Estado do Rio de Janeiro, autorizativa e regulamentadora da prática de Rinhas de Galo, decidiu por julgá-la procedente por unanimidade, ao fundamento de que a crueldade a que os animais eram submetidos seria inconteste, não sendo preciso inclusive, produção de provas para tal, tendo em vista a cristalina violação ao art. 225 da Constituição Federal, tanto no que pertence ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quanto no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> que se refere à vida animal individualmente considerada (SILVESTRE, LORENZONI, 2018, p. 446).

Caso mais recente também que muito tem a contribuir ao debate do tema é o que ocorreu no Ceará por meio do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.983 julgado no final de 2016. O Procurador Geral da República moveu a referida ADI em razão da Lei estadual n. 15.299/2013, que estabelecia regras para a vaquejada como atividade desportiva e cultural. A Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade da lei que regulamentava a Vaquejada[168], haja vista sua finalidade não compactuar com os ditames constitucionais e nem com a dignidade animal.

No caso das vaquejadas o voto do Ministro Luís Roberto Barroso foi bastante importante para firmar certos aspectos dos direitos dos animais, reconhecendo inclusive que o atraso da legislação civilista no reconhecimento do tratamento jurídico dado aos animais. No comentário de Ataíde Júnior (2018), o voto do Ministro Barroso foi:

> Didático e completo, esse voto elabora uma verdadeira síntese evolutiva das ideias animalistas e concilia as vertentes *abolicionistas* e *benestaristas* da causa animal. Apesar de não afirmar a existência de *direitos jurídicos* dos animais, o voto reconhece *direitos morais* e é enérgico em ressaltar a *autonomia* da regra da proibição da crueldade em relação à tutela do meio ambiente. O Ministro Barroso, nas discussões com os outros Ministros, reconhece inclusive a *inevitabilidade histórica* de uma *ética animal* capaz de, futuramente, mudar por completo as relações entre animais humanos e animais não-humanos, inclusive no que tange à alimentação humana ("em algum lugar do futuro seremos todos [vegetarianos]"). Ao final do voto, afirma que "o próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro – 'bens suscetíveis de movimento próprio' (art. 82, *caput*, CC) – revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão (ATAÍDE JÚNIOR, 2018, p. 58).

Vê-se que há um intenso embate entre aqueles que sustentam o reconhecimento de direitos aos animais e aqueles que apenas buscam formas para assegurar o bem-estar destes. O Supremo Tribunal Federal em suas posições em casos que buscavam a defesa dos animais, como os citados, basicamente sustentou a proibição do tratamento e a dignidade animal, tendo em vista que estes são seres que têm a capacidade de sentir dores. Todavia de forma geral, a legislação brasileira ainda é atrasada quanto a consideração de personalidade aos animais, tendo a doutrina e jurisprudencial importante papel na reinterpretação do direito pátrio levando ao avanço na consideração da personalidade e amparo jurídico destes seres.

[168] Conforme Silvestre e Lorenzoni (2018, p. 447):Importa acentuar, contudo, que o entendimento consignado acerca da Vaquejada não foi pacificado na sociedade, nem mesmo na própria Corte Suprema (SANTOS, 2017). O grupo de interessados na preservação da Vaquejada reagiu ao julgamento desfavorável de forma a acelerar a tramitação do projeto de lei da Câmara dos Deputados 24/2016, que tinha como objetivo a consolidação da Vaquejada e do Rodeio como patrimônio cultural imaterial da República. Frente a essa conjuntura instável, foi publicada, inclusive, a EC 96/2017, popularmente conhecida como "PEC da Vaquejada", eis que, ao inserir o §7º ao artigo 225 da Constituição, passa a não considerar cruel a realização de práticas desportivas que utilizem animais, desde que se tratem de manifestações culturais, dispositivo este que ainda será objeto de muitas discussões em sede doutrinária e jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, os animais adquiriram um importante espaço no meio social, tendo desde cedo despertado a preocupação quanto sua defesa. Na Antiguidade já havia discussões filosóficas que conferiam a estes, certa atenção. Com o passar dos anos, ao redor do mundo, também houve teóricos que continuaram a trazer questões que suscitassem a defesa e a possibilidade destes serem dotados de dignidade e direitos. Todavia, ainda hoje é presente a noção antropocêntrica de que os animais são seres inferiores ao ser humano feito à imagem e semelhança de Deus, por não possuírem a racionalidade.

No Brasil, não diferente do restante do mundo, esta visão antropocêntrica prevaleceu e poucos autores se dispuseram a escrever e discutir sobre a defesa dos animais. A tradição jurídica brasileira acompanhou em muito a doutrina romana clássica, que acabou outorgando aos animais um tratamento objetificado, considerando-os como coisa. Sublinhe-se que esse posicionamento brasileiro se deu muito em função do antropocentrismo vigente em todo o ocidente, o qual vê como natural, correto e necessário o domínio do homem sobre o animal.

Porém, não se pode negar que desde o século passado, em muito se avançou na legislação brasileira quanto a proteção jurídica destes seres, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe salvaguarda constitucional a fauna, considera a partir de então como elemento do patrimônio ambiental e bem de interesse difuso, conforme artigo 225. Porém, o Código Civil de 2002, ainda se mostra obsoleto ao classificar textualmente os animais como bens.

Assim, coube em muito a doutrina e a jurisprudência brasileira, em ampliarem a interpretação sobre a qual dá dignidade aos animais, e abre espaço para que estes seres sejam considerados como possuidores de direito. Na maioria das vezes, os tribunais não enfrentaram diretamente a questão da personalidade dos animais, referenciando-se nos julgados questões sobre a proibição dos maus-tratos e o direito ao bem-estar animal.

Desse modo, conclui-se através do presente trabalho que o sistema jurídico brasileiro ainda não consolidou um posicionamento quanto a atribuição de personalidade jurídica aos animais não humanos. O Código Civil se mostra na contramão da legislação constitucional ao classificar os animais como coisas. Porém, vê-se uma ampla possibilidade de defender a tese individualidade e dignidade desses seres. Certo que eles não são pessoas, no sentido literal da palavra, todavia, em muitas das vezes estes são sujeitos titulares de direito no âmbito constitucional e penal, faltando apenas seu reconhecimento na esfera cível.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O aberto:** o homem e o animal. Tradução de Pedro Mendes. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

ATAÍDE JUNIOR. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 03, p. 48-76, set./dez 2018. Disponível em: https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/28768/17032. Acesso em: 04 nov. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BARBOSA. Kleusa Ribeiro. **O *status* jurídico dos animais:** uma revisão necessária. 2015. Monografia (Graduação em Direito) - Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2015.

BRASIL**. Decreto Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei n. 24.645, de 10 de julho de 1934**. Estabelece medidas de proteção aos animais. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República,1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967**. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

COSTA, Fabrício Veiga; VELOSO, Natielli Efigênia Mucelli Rezende; COSTA, Janaina Velga. Direitos dos animais no Brasil e no Direito Comparado: a problemática da busca do reconhecimento da senciência. **Revista Húmús**, [*s. l.*], v. 8, n. 24, p. 64-83, 2018.

DARWIN, Charles. **A Origem das Espécies**. São Paulo: Hemus, 1978.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 4. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito Civil**: parte geral – das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

GORDILHO, Heron Santana; TRAJANO, Tagore. Habeas Corpus para os Grandes Primatas. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB**. Ano 1, Lisboa, 2012.

KANT, Immanuel**. Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

LOURENÇO, D. B. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no Congresso Nacional brasileiro. **Da derecho animal: la web center de los animales com derecho.** Marzo 2016. Disponível em: https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2016v7n1/da_a2016v7n1a3.pdf. Acesso em: 01 out. 2020.

MONTEIRO, Emiliano Carneiro; URSI, Suzi. **Introdução à Filogenética para Professores de Biologia**. São Paulo: Instituto de Biociências, 2011.

NACONECY, C. M. **Ética & animais**: um guia de argumentação filosófica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPURS, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Thaise Santos da. Os direitos fundamentais dos animais como seres sencientes. **Justiça & Sociedade**, [*s. l.*], v. 2, n.1, p. 395-433, 2017.

SÃO PAULO. (Estado). **Código de Posturas do Município de São Paulo**. São Paulo, 1886. Disponível em: http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/LCP-1886.pdf. Acesso em: 01 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. **Revista Jurídica**, [*s. l.*], v. 3, n. 52, p. 430-457, 2018.

SINGER, Peter. **Libertação Animal.** São Paulo: Lugano, 1990.

SOARES, Manoel do Carmo Pereira. Entre o antropocentrismo e o biocentrismo: colisão ou aproximação?. **Rev. Pan-Amaz. Saúd**e, [*s. l.*], v. 2, n. 4, p. 9, 2011.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no Direito Brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista Amicus Curiae**, Universidade do Extremo Sul Catarinense, v. 12, n. 2, p.183-202, jul./dez. 2015. Disponível em: http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/2334/2288. Acesso em: 20 out. 2020.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas, 1978. Disponível em: www.urca.br/ceua/arquivos/Os direitos dos animais UNESCO.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS PRÁTICOS E POLÊMICOS DO PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

MARCOS SCALERCIO: Juiz do Trabalho da 2° Região (SP); Aprovado nos Concursos para Magistratura do Trabalho dos TRT´s da 1ª e da 24ª Região; Mestrando em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-SP. Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie; Professor de Direito Material e Processual do Trabalho na Damásio Educional e na Universidade Nove de Julho; Professor convidado para ministrar palestras nas Escolas Judiciais dos TRT?s da 1°, 2°, 5°, 7,13,14,15,17°,19 e 20 Região.Autor de obras jurídicas.Palestrante.

Resumo: Antes do advento da Reforma Trabalhista, a jurisdição voluntária da Justiça do Trabalho estava limitada à homologação de opção pelo FGTS, prática que há muito tempo não ocorre, tendo em vista que empregados admitidos antes da Constituição Federal de 1988, que permanecem até hoje no mesmo emprego, são raros. Com a novel lei, foi ampliada pelo art. 855-B e seguintes da CLT, sendo que o Juiz do Trabalho poderá homologar qualquer tipo de acordo extrajudicial, desde que verse sobre questão trabalhista e que a petição seja em conjunto, assinada pelas partes e advogados, mas por advogados diferentes, um representando o empregado e outro o empregador. Este artigo contempla aspectos práticos e polêmicos do novo Procedimento de Jurisdição Voluntária, com o fito de demonstrar que mesmo com a positivação do novo capítulo celetista, o tema ainda é controvertido; havendo certezas, entretanto que as novas regras jurídicas processuais devem passar pela hermenêutica da filtragem constitucional e pelo respeito aos princípios norteadores do processo do trabalho. Todo e qualquer debate alusivo à jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho deve considerar como referência primária o princípio do amplo acesso à justiça.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Procedimento de Jurisdição Voluntária. Aspectos práticos e polêmicos

Sumário: 1. Homologação de acordo extrajudicial. 1.1 Competência das Varas do Trabalho para a homologação de acordo extrajudicial – art. 652, "f", CLT. 1.2 Novo Capítulo III – A da CLT - Procedimento de homologação judicial de acordo extrajudicial

2. A jurisdição voluntária no processo do trabalho. 2.1 Os efeitos da decisão que homologa acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho. 3. Aspectos práticos e polêmicos do novo Procedimento de Jurisdição Voluntária na Justiça do Trabalho. 4.Conclusão. 5.Referências bibliográficas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1. Homologação de acordo extrajudicial

1.1 Competência das Varas do Trabalho para a homologação de acordo extrajudicial - art. 652, "f", CLT

Preliminarmente, o legislador brasileiro alterou a redação original do caput do art. 652 da CLT, de maneira a proceder à adaptação formal do texto do dispositivo celetista à mudança promovida, em 1999, pela Emenda Constitucional n. 24, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho e, por consequência, fez desaparecer as antigas Juntas de Conciliação e Julgamento em favor da atuação jurisdicional do Juiz do Trabalho nas então novas Varas do Trabalho169.

Naturalmente que, com a EC n. 24, de 9 de dezembro de 1999 (Diário Oficial de 10.12.1999), houve revogação tácita do caput do art. 652 da CLT (e de outros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que se referiam à representação classista e às Juntas de Conciliação e Julgamento, é claro). Em decorrência da alteração constitucional de 1999, toda a função jurisdicional e conciliatória de primeira instância, na Justiça do Trabalho, passou a ser realizada pelo Juiz do Trabalho170.

Nessa linha estão as regras dispostas nos textos reformados do art. 111, III, e 116 da Constituição da República, os quais passaram a se referir, explicitamente, desde 1999, aos Juízes do Trabalho e/ou ao "juiz singular", em substituição às Juntas de Conciliação e Julgamento. Portanto, o caput do art. 652 da CLT tratava-se de preceito já revogado, desde 1999. Nesse quadro, a regra celetista passou a merecer explícita nova redação, em adaptação formal ao comando constitucional de 1999 (a adaptação substancial ocorreu no dia da publicação da EC n. 24/1999). Note-se que a autoridade judicial e jurisdicional de 1º grau não é a Vara do Trabalho, mas, tecnicamente, o Juiz (ou Juízo) da Vara do Trabalho. É cediço que a expressão adotada pela Lei n. 13.467/2017 corresponde a inegável atecnia ("Compete às Varas do Trabalho"); porém, de toda maneira, essa atecnia pode (e deve) ser corrigida pela interpretação jurídica. 171.

A segunda mudança, entretanto, ostenta impacto mais significativo. De fato, ao inserir a nova alínea "f' no corpo do art. 652 da CLT, a Lei da Reforma Trabalhista fixa a competência para o Juízo da Vara do Trabalho "decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho". Tal mudança visa explicitar a competência judicial do Juízo da Vara do Trabalho para o

169 DELGADO, Mauricio Godinho, DELGADO Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil., Editora Ltr, 1.a. Edição, São Paulo, 2017. P. 313
170 Idem. p 314
171 Ibidem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

instituto novo criado pela Lei da Reforma Trabalhista, por intermédio do novo Capítulo III-A que foi inserido no Título X da Consolidação (arts. 855-B até 855-E, CLT) e que trata do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial172.

O instituto novo pode estimular o surgimento de um largo fluxo de acordos extrajudiciais trabalhistas, em contraponto ao fluxo das ações judiciais trabalhistas (estas, claramente desestimuladas pela Lei n. 13.467/2017)173.

1.2-Novo Capítulo III – A da CLT - Procedimento de homologação judicial de acordo extrajudicial

O legislador inicia o regramento do instituto nos seguintes termos, "*in verbis*":

> Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> § 1o As partes não poderão ser representadas por advogado comum. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
>
> § 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Há, pois, uma atecnia defendia na doutrina.

A uma porque se se trata de jurisdição voluntária, não há que se falar em processo, mas sim, de procedimento. A duas porque utiliza-se o temo "partes" que, em verdade, seriam interessados, vez que que não haveria qualquer conflito de interesses.

Ademais, o Novo CPC acaba por disciplinar idêntica matéria, com expressa denominação de procedimento174.

Pois bem, o procedimento contido no Capítulo III-A, CLT incluído pela Lei nº 13.467, de 2017, tem início com uma petição conjunta dos interessados. Sendo assim,

172 DELGADO, Mauricio Godinho, DELGADO Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil., Editora Ltr, 1.a. Edição, São Paulo, 2017. P; 314
173 Ibidem.
174 Art. 725, inciso VIII, NCPC.

trata-se de uma petição de homologação de autocomposição, que deverá cumprir todos os requisitos da petição inicial.

Nesse aspecto Manoel Teixeira Filho ensina:

> Os requisitos legais para que o procedimento (e não, processo, como o legislador fez constar) da homologação do acordo extrajudicial seja instaurado são, basicamente, estes: a) petição conjunta, pelos interessados; b) representação por advogado. Conquanto seja compreensível a razão pela qual a norma está a exigir a representação dos interessados por advogado, não podemos deixar de reconhecer, nisso, uma certa desarmonia sistemática, pois a parte (agora, sim, parte), para promover ação (agora, sim, ação: direito subjetivo de invocar a prestação jurisdicional do Estado) não necessita de advogado, significa dizer, possui capacidade postulatória (ius postulandi), ex vi do disposto no art. 791, caput, da CLT, cuja norma está em vigor. (1) É evidente que se o trabalhador for advogado, o caput do art. 855-B estará atendido.

Há quem defenda que houve uma mitigação do *jus postulandi*[175], vez que o procedimento exige a representação das partes por advogado, todavia, veda a representação por advogado conjunto.

Desse modo, a petição conjunta exigida enfrentará a problemática prática do sistema PJe, o qual não foi programado para o peticionamento conjunto, sendo que a possível solução para o imbróglio será a assinatura conjunta e o posterior escaneamento da petição.

Como dito, a petição de acordo deverá ser assinada por advogados distintos o que enseja a análise dos requisitos da validade do negócio jurídico, a saber: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei[176].

Vale ressaltar que o último item apontado alhures, seguramente, será o maior impasse para as decisões homologatórias, surgindo o questionamento da existência ou não de vício de consentimento.

175 Art. 791 da CLT e Súmula 425 do TST.
176 Art. 104, CC.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em verdade, o Juiz do Trabalho deverá ater-se a elementos básicos do direito do trabalho para aferir de forma adequada quais serão os empecilhos que vedam a homologação do acordo.

Cumpre lembrar também que, nesta análise, o magistrado trabalhista deverá atrelar-se ao princípio da primazia da realidade, podendo, dentro de seu poder-dever jurisdicional homologar a avença ou não (art. 765, CLT). Negando a homologação, ou seja, indeferindo-se a homologação do acordo, caberá recurso ordinário ao Tribunal Regional competente.

Desta feita, caberá ao poder Judiciário analisar e equilibrar as homologações de acordo extrajudicial, ainda que com a possibilidade de designação de audiência para adequar os termos às exigências do direito e da justiça.

Cumpre esclarecer que na hipótese da necessidade de emenda poderá o Juiz do Trabalho conceder prazo ou mesmo fazê-lo na própria ata de audiência. Caso haja a negativa de um dos interessados, caberá mandado de segurança que poderá ser julgado prejudicado se decorrido o prazo para a emenda o magistrado originário, ora autoridade coatora, proceder ao indeferimento da homologação, caso em que ressurge o prazo para recurso ordinário.

Como ressaltado em tópico específico, a competência para a homologação é do magistrado da Vara do Trabalho.

> Art. 652. Compete às Varas do Trabalho: (...)
>
> f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho. (...)

Assim sendo, se o juiz tiver alguma dúvida relevante, diante do acordo que lhe é submetido para homologação, designará audiência, também dentro do menor período de tempo possível. Não há necessidade de observância do prazo mínimo, fixado pelo art. 841, da CLT, pois não se trata de conflito de interesses, de lide. As partes e seus advogados serão intimados a comparecer. Em princípio, o juiz ouvirá as partes, a fim de sanar dúvidas e obter esclarecimentos.

Manoel Antônio Texeira Filho destaca alguns aspectos importantes sobre o assunto:

> (...) o juiz poderá inquirir testemunhas? Entendemos que não. Em primeiro lugar, porque, conforme assinalamos, não se trata de lide, de conflito de interesses, e sim, de mero procedimento que traz, subjacente, uma convergência de

> interesses, sob a forma de negócio jurídico extrajudicial. A inquirição de testemunhas é incompatível com a natureza desse procedimento e poderia fazer, em concreto, com que ficasse desrespeitado o prazo máximo de quinze dias para a emissão da sentença (CLT, art. 855-D). Basta imaginar-se a possibilidade de a parte requerer a inquirição de testemunhas mediante carta precatória. Pelas mesmas razões, não será admissível perícia177.

Desse modo, caso as partes sejam ouvidas em audiência, cabe ao magistrado homologar ou não o acordo; sendo que no caso de não homologação, o acordo extrajudicial terá eficácia liberatória quanto às quantias nele especificadas, contanto tenham sido pagas ao trabalhador. Sendo assim, caberá ao trabalhador, ingressar em juízo com ação trabalhista tendente a receber.

Por outro lado, caso haja a homologação do acordo, esta decisão será irrecorrível aos interessados, exceto ao Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS que, nos termos do artigo 831 da CLT poderá recorrer178. O mesmo é reconhecido pela súmula 259 do TST.

A mais alta corte trabalhista, por sua vez, posicionou-se nos seguintes termos:

> Súmula nº 259 do TST - TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
>
> Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

Cumpre esclarecer que a faculdade do magistrado trabalhista em homologar o acordo, possui previsão expressa no artigo 652, inciso I, da CLT. Entretanto, conforme vaticina o artigo 93, CF de 1988, a decisão deve ser fundamentada.

Importante firmar que a quitação dada em juízo homologatório poderá ser, a critério do juízo, limitada ou não aos valores e títulos constantes na quitação. Havendo discordância entre interessados e Juízo, entendemos que não deve haver a homologação do acordo com limitação da quitação se assim não o for a vontade das partes, pois, neste caso, haveria violação ao princípio da boa fé objetiva e autonomia

177 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista: As Alterações Introduzidas no Processo do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017, editora Ltr, 1ª Edição, 2017, pág. 190.
178 Art. 831 – "A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação. Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

das vontades, eis que o dano processual decorrente da irrecorribilidade será quase irreversível, atingido, apenas, por ação rescisória, o que traria grandes danos aos interessados em razão da coisa julgada material com cláusula de limitação de quitação.

Percorrendo sobre o tema, trazemos a interpretação do dispositivo posto no primeiro plano desta discussão, sobre a exigência expressa de advogados diversos na representatividade.

No ponto, a doutrina defende que a o fito normativo é de evitar fraudes e simulações processuais.

Nesse sentido, parte da doutrina entende que caso o requisito seja violado, o procedimento deve ser extinto, vez que há a violação da boa fé processual179. Noutro giro, poderia ser aplicado o disposto no artigo 791, CLT.

Com efeito, o parágrafo 2º, faculta expressamente ao trabalhador a possibilidade de ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria, surgindo o questionamento de ser obrigatória ou não a assistência sindical. A resposta nos parece ser positiva.

Todavia, outra questão se impõe: Será gratuito este serviço? Pois bem. Acreditamos que os serviços do sindicato, na hipótese vertente não deverá ser remunerado, mesmo diante da revogação expressa do §7º do artigo 477 da CLT que preconizava que "O ato da assistência na rescisão contatual (§§ 1º e 2º) será sem ônus para o trabalhador e empregador." Entendemos aplicável ao caso, as disposições elencadas no artigo 18 da lei 5.584/1970, que preconiza: "A assistência judiciária, nos termos da presente lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo Sindicato." Este preceito não foi revogado, e em que pese haja revogação da previsão de assistência no ato rescisório, a assistência gratuita sindical na esfera judicial continua plenamente em vigor180.

Em continuação da análise do novo capítulo da CLT, analisaremos o artigo 855-C, da CLT:

179 Parte da doutrina defende que a violação do preceito, se configurado o dolo, poderá configurar o crime de tergiversação, artigo 355 do Código Penal além de aplicação de penalidade por litigância de má-fé aos patronos e interessados. Inexistindo dolo, a representação direta por um mesmo advogado poderá acarretar apenas eventual infração ética ou processual sob a análise interna corporis da instituição competente.

180 O processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/64463/o-procedimento-de-jurisdicao-voluntaria-para-homologacao-de-acordo-extrajudicial >. Acesso em: 01 de maio de 2018.

> O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6o do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8o art. 477 desta Consolidação.

Afim de se interpretar da melhor maneira o assunto, destacamos os parágrafos 6º e 8º do artigo 477 da CLT:

> § 6º - A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.
>
> § 8º - A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

Pois bem, caso haja o descumprimento desses preceitos, pode haver a obrigação do pagamento das multas destacadas. Todavia, muito é controverso se o não pagamento destas multas interferirão ou não na homologação do acordo extrajudicial.

Nesse cenário, o artigo 855-D da CLT, prevê um prazo de 15 dias para a realização de audiência.

Trata-se de prazo impróprio. A uma porque segue a ordem de distribuição prevista no artigo 783 da CLT. A duas porque é evidente excesso de processos havidos na Justiça do Trabalho.

Por sua vez, o artigo 855-E quanto trata da possibilidade de suspensão do prazo prescricional da ação trabalhista, tratando-se de uma nova previsão de espécie legal de suspensão da prescrição.

Sobre o tema, Manoel Teixeira Filho:

> Vimos, no comentário ao caput do art. 855-E, que o prazo prescricional é suspenso com o protocolo, em juízo, da petição de acordo extrajudicial, e que o seu curso será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> retomado após o trânsito em julgado da respectiva decisão. O parágrafo único esclarece que, para esse efeito, deverá ser considerado o primeiro dia útil que se seguir ao trânsito em julgado. O caput do art. 855-E alude à sentença; o seu parágrafo único, à decisão. Seriam expressões sinônimas, ou haveria razão de ordem técnica para o fato de o legislador haver utilizado vocábulos distintos? Na verdade, em ambas as situações o que se tem é sentença, pois se o juiz homologar, ou não, o acordo extrajudicial, o procedimento será extinto, cabendo ao trabalhador e ao empregador decidir se recorrerão da sentença (conjunta ou separadamente); ou ao trabalhador, se ingressará em juízo com ação (processo de conhecimento), visando a receber os valores especificados no instrumento do acordo não homologado, além de outros, que desse instrumento não constaram.

O autor ainda ensina que:

> Em 18 de março de 2015, entrou a viger um novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, modificada pela Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Consta do § 3º, do art. 966, desse Código: 'Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei'. Em face dessa disposição, volta à tona a indagação sobre se a sentença homologatória de transação (acordo), no plano da Justiça do Trabalho, deve 'quando for o caso' ser objeto de ação anulatória ou de ação rescisória.

Por outras palavras, passa-se a questionar se a Súmula n. 259, do TST, sobreviverá ao atual CPC. Não há dúvida de que, sob a perspectiva exclusiva do processo civil, a ação adequada a expungir a precitada sentença haverá de ser a anulatória. São de duas classes os atos judiciais que comportam anulação, na forma do art. 966, § 4º, do CPC: a) os de disposição de direitos; b) os homologatórios praticados no curso da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

execução. Como atos de disposição de direitos podemos referir, no plano do processo, brevitatis causae, a confissão, a desistência e a transação181.

Pois bem. Estamos serenamente convencidos de que, no sistema do processo do trabalho, deverá ser preservado o entendimento estampado na Súmula n. 259, do TST, pelas seguintes razões jurídicas, entre outras: a) por força do estatuído no art. 831, parágrafo único, da CLT, a sentença (?termo?, diz a Lei) homologatória da transação (acordo) valerá como decisão irrecorrível (exceto, conforme já ressalvamos, para a Previdência Social, quanto às contribuições que lhe forem devidas). Isso significa que a sentença produz, ato contínuo à sua emissão, o fenômeno da coisa julgada material, conceituada pelo CPC de 2015 como 'a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso'. b) conquanto a expressão legal: 'não mais sujeita a recurso', em rigor, não se aplique à sentença de que trata o art. 831, parágrafo único, da CLT, pois esta é, ontologicamente irrecorrível (por essa razão, dissemos que ela produz a res iudicata material ato contínuo ao seu proferimento), a isso sobreleva o fato de esse pronunciamento da jurisdição trabalhista ser gera- dor da coisa julgada182.

Fica difícil, portanto, admitir-se a possibilidade de a sentença producente de coisa julgada material ser desfeita pela via, meramente, anulatória. Devemos observar, mais uma vez, que o art. 487, inciso III, alínea 'b', do CPC atual, inclui no elenco dos atos jurisdicionais que implicam a extinção do processo mediante resolução do mérito, a decisão (sentença) homologatória da transação. c) cumpre-nos rememorar que a coisa julgada (material) constitui garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI), cuja autoridade (e efeitos) somente pode ser afastada por meio de ação rescisória, a única, prevista pela mesma Constituição Federal, para essa finalidade (art. 102, inciso I, letra 'j')183.

Cuida-se, pois, de uma ação constitucionalizada, destinada a desconstituir a res judicata, desde que esteja presente uma das causas relacionadas nos incisos I a VIII, do art. 966, do CPC. d) para o exercício de ação anulatória não se exige o depósito de 20% do valor da causa, que o art. 836, caput, da CLT, impõe em relação à rescisória, fato que haveria de estimular o ajuizamento de ações anulatórias, por forma a

181 O processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/64463/o-procedimento-de-jurisdicao-voluntaria-para-homologacao-de-acordo-extrajudicial >. Acesso em: 01 de maio de 2018.
182 Idem.
183 Ibidem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

agravar, ainda mais, a pletora de ações, em que hoje se vê engolfada a Justiça do Trabalho"184.

2. A jurisdição voluntária no processo do trabalho

Traçando o percurso regulatório do tema, trazemos destaque do que propõe Ana Paula Tauceda Branco.

A autora entende que é essencial que se fixe que enquanto a jurisdição contenciosa é uma jurisdição constitucionalmente necessária, vez que assegura a materialização da garantia constitucional da tutela efetiva de direitos trabalhistas, a jurisdição voluntária seria uma jurisdição constitucionalmente não necessária, posto que composta por atividades administrativas que, eventual e parcamente, a lei atribui a magistratura, mas que também podem ser atribuídas a outros órgãos do Estado ou mesmo ao sindicato185.

A autora complementa perfilhando o entendimento que mesmo aqueles que entendem que há uma jurisdição dita voluntária deve ela ser apresentada como um modelo restrito e acessório à jurisdição contenciosa, razão pela qual é necessário demarcar os limites constitucionais e legais pro seu exercício, inclusive para fins do presente estudo, qual seja, regula voltado à homologação dos acordos extrajudiciais pelo Juiz do Trabalho186.

Ademais, frise-se: o art. 855-B da Lei n. 13.467/2017 foi inserido no referido texto legal com a finalidade de estender, ao próprio Juiz do Trabalho a faculdade de homologação de acordos extrajudiciais, não para verdadeiramente exercer um escopo de pacificar conflitos através de um Juiz do Trabalho apto a mediar interesses187.

Para o juiz Guilherme Guimarães Feliciano, presidente da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), a jurisdição voluntária não pode servir para transformar o juiz em "mero homologador de acordo ou carimbador de termos de

184 O processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/64463/o-procedimento-de-jurisdicao-voluntaria-para-homologacao-de-acordo-extrajudicial >. Acesso em: 01 de maio de 2018.
185 BRANCO, Ana Paula Tauceda. Os acordos extrajudiciais na justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: Jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? Revista LTr 8203/271, Vol. 82, nº 03, Março de 2017.
186 Idem.
187 Idem.

rescisão". Segundo ele, há casos, como os que envolvem interesse público, que podem levar à não homologação do acordo188.

Para o magistrado, é importante que se construa uma jurisprudência sobre o novo procedimento, em vez de uma normatização imediata. "Talvez melhor do que normatizar seja sempre recomendar, na medida em que diversas ideias surjam e haja uma compreensão dos vários aspectos ligados ao mérito dessas ações de homologação", afirmou. "Com isso a jurisprudência pode se construir dentro dos padrões e independência técnica que os juízes terão caso a caso"189.

Nesse panorama, o o Capítulo III-A da Lei n. 13.467/2017 apesar de apresentar-se como "Do Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial", não se trata de um passo em direção ao uso eficiente da máquina estatal e nem da inculturação de uma perspectiva não adversarial de uma disputa de interesses.

Na realidade, tal trecho normativo nada mais é do que um retalho remendado no texto celetista destinado unicamente a contornar a limitação imposta pela Súmula n. 330 do TST e, nesse sentido, não é nada fiel e condizente com a posição daqueles que tecnicamente defendem existir a jurisdição voluntária no processo do trabalho, e, muito menos, com o ideal daqueles inúmeros colegas e profissionais do Direito que lutam pela institucionalização da cultura da pacificação dos conflitos trabalhistas de forma a auxiliar na melhoria das relações sociais190.

2.1 Os efeitos da decisão que homologa acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho

Em novembro de 2017, foram aprovadas 125 propostas de interpretação e aplicação da Lei 13.467/2017 na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento promovido pela Anamatra, em parceria com outras entidades, que reuniu mais de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do Trabalho, além de advogados e outros operadores do Direito que, divididos em oito comissões temáticas, debateram mais de 300 propostas sobre a nova norma191.

188 Jurisdição voluntária amplia possibilidade de acordo entre patrões e empregados. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24465052> Acesso em: 01 de maio de 2018.

189 Idem.

190 BRANCO, Ana Paula Tauceda. Os acordos extrajudiciais na justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: Jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? Revista LTr 8203/274, Vol. 82, nº 03, Março de 2017.

191 Ainda sobre o tema em destaque, foi aprovado o Enunciado 125 cujo teor disciplina:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desembocamos neste assunto, tratando em primeira monta o Enunciado 110 da de que não há a obrigatoriedade legal para o Juiz do Trabalho homologar acordo extrajudicial tal como fixado pelas partes.

> ENUNCIADO 110
>
> JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ACORDO EXTRAJUDICIAL. RECUSA À HOMOLOGAÇÃO O JUIZ PODE RECUSAR A HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO, NOS TERMOS PROPOSTOS, EM DECISÃO FUNDAMENTADA.

Desta feita, oportuno destacar algumas das justificativas que ensejaram a aprovação do enunciado destacado alhures:

> a) O artigo 723, parágrafo único, do NCPC/2015, reconhece o princípio da discricionariedade em matéria de tutela judicial de interesses submetidos à jurisdição voluntária, ao enunciar que: "o juiz não é obrigado s observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna".
>
> b) No processo do trabalho, o caráter discricionário do ato de homologação judicial de acordo entre as partes é reforçado pela jurisprudência consolidada na Súmula 418 do C. TST, que afasta a caracterização da homologação judicial como um direito líquido e certo das partes.
>
> **c)** O próprio artigo 855-D da CLT, trazido pela reforma trabalhista, à luz de sua interpretação literal e lógico-dedutiva, deixa claro que o Juiz do Trabalho analisará o acordo apresentado pelas partes, designando audiência se entender necessário, antes de proferir a sentença192.

"ENUNCIADO 125 PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL I - A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL SEGUE A SISTEMÁTICA DO ART. 651 DA CLT. II - APLICA-SE ANALOGICAMENTE O ART. 63, § 3º, DO CPC, PERMITINDO QUE O JUIZ REPUTE INEFICAZ DE OFÍCIO A ELEIÇÃO DE FORO DIFERENTE DO ESTABELECIDO NO ART. 651 DA CLT, REMETENDO OS AUTOS PARA O JUÍZO NATURAL E TERRITORIALMENTE COMPETENTE".

192 ENUNCIADOS APROVADOS NA 2ª JORNADA - EMENTAS E INTEIRO TEOR DAS TESES Disponível em: http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp. Acesso em: 01 de maio de 2018.

Nesse sentido, da decisão exarada no sentido de homologar ou não o acordo extrajudicial, não caberá recurso de nenhuma espécie, cabendo aos interessados – se insatisfeitos da decisão do magistrado do trabalho que nessa hipótese atua como Estado-administrador -, unicamente, voltarem a apresentar – quantas vezes entenderem necessário -, nova petição contendo seus interesses em transacionar extrajudicialmente, ou ajuizar a devida ação trabalhista para nela, então discutir os seus direitos e pretensões193.

Seguindo esse entendimento, os termos da decisão de um Juiz do Trabalho que venha a homologar uma petição de acordo extrajudicial não constituirá um título executivo extrajudicial194.

Entretanto, a autora esclarece que apesar do dissenso doutrinário, ela adota a corrente que defende serem os títulos executivos taxativos, ou serem, advém de leis ali devem ser mencionados. Daí porque entende que o rol do art. 784 do CPC é taxativo e, portanto, a petição de acordo extrajudicial homologada por Juiz do Trabalho, não será um título executivo extrajudicial por ausência de previsão legal quanto a tal qualidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, a autora defende que harmonizando a teoria adotada – a despeito do necessário respeito à independência do magistrado -, a postura mais adequada do Juiz do Trabalho que se defrontar com a hipótese do art. 855-B c/c o art. 652-F, é no sentido de limitar-se a – no todo -, homologar ou não tal avença; ou, ainda, a despachar para que os interessados revejam pontos que tem por equivocados, discriminem verbas, liquidem valores, tudo, sob pena de não homologar tal acordo; não devendo, em hipótese alguma, proceder à homologação parcial de pretensa autocomposição extrajudicial195.

3. Aspectos práticos e polêmicos do novo Procedimento de Jurisdição Voluntária

A inserção do novo capítulo celetista trouxe dissídio em diversos pontos. Muito embora tenhamos destacados alguns deles no capítulo atinente à sua análise, entendemos pertinente trazer-lhes à baila em tópico específico, com o objetivo de demonstrar os posicionamentos, até então, discutidos na melhor doutrina.

De primeira monta, numa primeira acepção, há quem vislumbre que a possibilidade de ajuizamento de ação trabalhista postulando o pagamento de

193 BRANCO, Ana Paula Tauceda. Os acordos extrajudiciais na justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: Jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? Revista LTr 8203/274, Vol. 82, nº 03, Março de 2017.
194 Idem.
195 Idem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

parcelas decorrentes da relação jurídica, mesmo após a pactuação de acordo extrajudicial, sempre se mostrou como um dos fatores que contribuíram para o grande volume de processos trabalhistas, notadamente quando se constatava que os acordos não eram espontâneos e envolviam valores que não refletiam a realidades dos direitos decorrentes da relação de trabalho196.

Nesse sentido, a nova previsão legal inserida na CLT vem de encontro ao propósito de solucionar o impasse que até então acabava desembocando em mais uma ação trabalhista, avolumando o trabalho do Judiciário e gerando custos muito maiores dos imaginados quando as partes cogitavam em realizar um acordo extrajudicial197.

Nesse sentido, defendem que se por um lado o processo de homologação de acordo extrajudicial é um instrumento favorável aos tomadores de mão de obra, por outro lado trata-se de forma eficaz do trabalhador buscar o cumprimento mais célere dos seus direitos.

Sob esse viés, trazemos recente decisão, o Juiz do Trabalho da 13ª Vara do Trabalho de Manaus aplicou as previsões da Reforma Trabalhista para homologar o acordo extrajudicial para rescisão de contrato, sem justa causa, mediante pagamento de verbas rescisórias de R$20.000,00, em 20 parcelas de R$1.000,00.

Em tal homologação, foi atribuída natureza indenizatória às parcelas, dispensando o empregador dos recolhimentos previdenciários, liberando para a empregada o FGTS e habilitação do seguro desemprego198.

Ademais, recente acordo extrajudicial homologado pela 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, em que o Juiz do Trabalho reconheceu alteração contratual para reduzir para 30 horas semanais a jornada de trabalho de uma empregada reintegrada, sem a redução do valor da hora trabalhada, que por razões pessoais não conseguiria mais cumprir jornada de 44 horas199.

Entretanto, nem sempre há unanimidade.

196 Entenda o que é o Acordo Extrajudicial incluído na Reforma Trabalhista. Disponível em: http://www.rmmgadvogados.com.br/index.php/pt-br/publicacoes-smart/artigos/item/acordo-extrajudicial Acesso em: 01 de maio de 2018.
197 Idem.
198 (Processo nº 0002153-43.2017.5.11.0013)
199 (Processo nº 0021904-35.2017.5.04.0005)

Como filtro dos aspectos práticos polêmicos e, por sua vez, contrários ao novo Procedimento de Jurisdição Voluntária, destacamos os dizeres de Ana Paula Tauceda Branco:

> As dúvidas? Existe jurisdição voluntária no Processo do Trabalho? O que o art. 855 da Reforma Trabalhista é, de fato, uma jurisdição voluntária? Se não, então como deverá ser interpretado e aplicado os arts. 855-B e 652, "f"? Se sim, mantém-se a mesma conduta adotada, por exemplo, para a liberação dos depósitos do FGTS? E,como se darão essas homologações de acordos extrajudiciais? E se as pautas estiverem assoberbadas? Poderão os interessados esperar meses afio na hipótese do magistrado entender que necessita colocá-lo em mesa? Deverá haver a homologação no todo ou em parte do conteúdo da avença extrajudicial? Quais as consequências jurídicas de tal homologação? E qual o procedimento a ser adotado na hipótese de dúvida sobre a existência de vício de consentimento? A decisão exarada deverá ser fundamentada em relação a cada parcela e valor homologado? Quem terá competência para homologar tais acordos extrajudiciais, o juiz a vara para o qual foi distribuído ou os CEJUSC'S? E qual será a validade jurídica da decisão que homologa um acordo extrajudicial? Fará coisa julgada material ou formal? Caberá recurso dela? Ela se trata de um título executivo extrajudicial? Em caso de descumprimento, pode ser executada?200

Dissecando-os mais didaticamente, os apontamentos perpetrados, a autora segue a linha de raciocínio da inexistência da jurisdição voluntária, em especial na justiça do Trabalho, sendo que o ato de homologação de acordo extrajudicial como inerente a um procedimento administrativo; ou, a uma modalidade especial de tutela assistencial de interesses de particulares; ou, ainda, a uma administração pública de interesses privados201.

Ademais, pela faculdade legal conferida ao Juiz do Trabalho para decidir, se é sua, de fato, tal competência ou, se por uma questão de conveniência e

200 BRANCO, Ana Paula Tauceda. Os acordos extrajudiciais na justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: Jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? Revista LTr 8203/270, Vol. 82, no 03, Março de 2017.

201 BRANCO, Ana Paula Tauceda. Os acordos extrajudiciais na justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: Jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? Revista LTr 8203/278, Vol. 82, nº 03, Março de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

oportunidade, deve atual em tal procedimento voltado à homologação de avença extrajudicial, devido aos fatos dos interessados não terem prejuízo com tal declinação de competência, já que poderão recorrer à legitimidade sindical para que suas pretensões sejam homologadas202.

A autora reconhece a inconveniência de homologação parcial da pretensa autocomposição extrajudicial, mas tão somente da homologação em todo ou da não homologação, a fim de não transformar tal procedimento administrativo (administração pública de interesses privados ou modalidade especial de tutela assistencial de interesses de particulares) ou em uma jurisdição contenciosa ou num espaço para incontáveis recursos administrativos destinados a uma mesma autoridade competente203.

Por sua vez, faz-se pertinente verificar a conveniência de se reservar espaço na pauta de audiência para as assentas administrativas voltadas à confirmação das partes quanto ao seu livre intento autocompositivo de exercício, como é praticado, inclusive, pelas entidades sindicais em tais situações204.

Seguindo o questionário, Ana Paula Tauceda Branco entende pela homologação da avença extrajudicial limitada e pela impossibilidade de quitação geral e irrestrita pelo objeto do pedido e extinto contrato de emprego; também pela impossibilidade que as verbas extintivas do contrato de emprego, sejam objeto de avença extrajudicial que se pretenda homologada, com fulcro no art. 855-C.

Além do mais, como destacamos anteriormente em tópico específico, também entende a autora de que o prazo do art. 855-D é impróprio, podendo ser feita a sua gestão, conforme conveniência e oportunidade do Juiz do Trabalho.

Elenca, ainda pela validação da decisão exarada para homologar um acordo extrajudicial como fazendo, no máximo, coisa julgada formal.

A autora entende pelo não cabimento de recurso em nenhuma espécie em face da decisão que venha a homologar ou não o acordo extrajudicial. Ademais, pela não aptidão à execução da decisão homologatória de autocomposição extrajudicial, por não constituir titulo executivo extrajudicial.

Ao revés, ensina pela viabilidade de, após a devida análise dos termos do acordo extrajudicial que se vise homologar, sejam proferidos despachos para que os

202 Idem.
203 Idem.
204 Idem.

interessados revejam pontos que tem por equivocados, discriminem verbas, liquidem valores; tudo, sob pena de não homologar tal acordo;

Por fim, postula sobre a competência comum do Juiz do Trabalho que atua nas Varas Trabalhistas e do magistrado que atua nos Centros Judiciários de Solução de Conflito (CEJUSC's).

4.Conclusão

Preferimos, pois, reconhecer todo e qualquer debate alusivo à jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho deve considerar como referência primária o princípio do amplo acesso à justiça.

Desse modo, em nossa visão, a independência do juiz funcional do magistrado do trabalho há de ser respeitada em todas as suas atividades, sejam elas relacionadas à jurisdição ou a atos administrativos comuns a outros órgãos do Estado.

Por fim, vale ressaltar que a pacificação de conflitos através do tratamento adequado do conflito de interesses é fundamental e há de ser estimulada, como missão social e institucional da Justiça do Trabalho, mas sempre de forma cuidadosa e responsável para que não seja sinônimo de fraude e, por outro lado, para que o processo nunca seja utilizado para maximizar o conflito, ao invés de solucioná-lo.

5.Referências

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **Os acordos extrajudiciais na justiça do Trabalho e a Lei n. 13.467/2017: Jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência?** Revista LTr 8203/271, Vol. 82, nº 03, Março de 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho, DELGADO Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**., Editora Ltr, 1.a. Edição, São Paulo, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários **À Reforma Trabalhista – Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo Por Artigo**, 1.a edição, Editora RT, São Paulo, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista: As Alterações Introduzidas no Processo do Trabalho pela Lei n. 13.467/2017**. Editora Ltr, 1.a. Edição, 2017.

ENUNCIADOS APROVADOS NA 2ª JORNADA - EMENTAS E INTEIRO TEOR DAS TESES. Disponível em: http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp. Acesso em: 01 de maio de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64463/o-procedimento-de-jurisdicao-voluntaria-para-homologacao-de-acordo-extrajudicial >. Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

Jurisdição voluntária amplia possibilidade de acordo entre patrões e empregados. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24465052> Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

Entenda o que é o Acordo Extrajudicial incluído na Reforma Trabalhista. Disponível em:http://www.rmmgadvogados.com.br/index.php/pt-br/publicacoes-smart/artigos/item/acordo-extrajudicial Acesso em: 01 de dezembro de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA NOVA SAÍDA PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

LUCIANA COSTA ESTÊVÃO: Graduanda do Curso de Direito, do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro.
ITALO NOGUEIRA DE MORO [205]
SERGIO MILANEZ GOMES [206]
STEPHANE KELLY DA SILVA LIMA [207]
(coautores)

RESUMO: Neste artigo foram desenvolvidas análises acerca dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, tão quanto suas respectivas particularidades. Observa-se que os métodos consensuais estão em constante aplicação nos relacionamentos entre particulares, devido ao sobrestamento e morosidade do judiciário. Com o objetivo de promover e difundir um maior conhecimento sobre resoluções consensuais de conflitos enquanto ferramentas eficazes, é indubitável a necessidade de um constante avanço no Poder Judiciário, uma vez que a sociedade tem se tornado cada vez mais complexa e demasiadamente litigante. Nesse sentido, é imprescindível a disseminação de conhecimentos a respeito dessa matéria para que dessa forma as pessoas sejam familiarizadas com esses institutos e tenham a possiblidade de escolher resolver seus conflitos de forma autônoma e cordial. Ademais, será abordado brevemente a evolução tecnológica dos métodos adequados de solução de conflitos. Portanto, é válido reiterar que os legisladores juntamente com o poder judiciário, buscam, favorecer esses mecanismos a fim de valorar as relações e incentivar a harmonia social.

Palavras-chave: conflito, consenso, meios adequados, litígio

INTRODUÇÃO

No presente artigo, será abordado uma temática do Direito que é de extrema relevância não só jurídica, mas social. Os meios adequados de solução de conflitos já ocupam um lugar de destaque no atual mundo jurídico e têm ganhado cada vez mais visibilidade em virtude dos bons resultados que produzem.

205 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro. E-mail: italo.demoro@hotmail.com
206 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro. E-mail: sergiomillanez@gmail.com
207 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – Unidade Barreiro. E-mail: stephane_k@hotmail.com

Todo o formalismo, a burocratização, a dificuldade de acesso ao Poder Judiciário são fatores que contribuem exponencialmente pela busca de novas maneiras de resolver conflitos, uma vez que deixar isso a cargo exclusivamente do Estado nunca foi suficientemente eficaz. A aprovação da Emenda Constitucional n° 45/04 trouxe alterações significativas nesse sentido, pois conforme dispões o inciso LXXVIII do art. 5° da Constituição Federal, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação."

Além do mais, no moderno mundo jurídico as mudanças e as evoluções da mentalidade dos próprios operadores do direito reconhecem a urgência de explorar alternativas que correspondam deveras uma sociedade que tem se tornado cada vez mais complexa e conflituosa.

Os pilares dos métodos adequados de solução de conflitos são a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. O conjunto desses institutos, com exceção da arbitragem, são denominados de meios autocompositivos cujo principal objetivo é fazer com que os próprios envolvidos, por intermédio de um terceiro facilitador, cheguem em um acordo onde as partes concordam em ceder em determinados aspectos para que no fim haja ganho mútuo e todos sejam beneficiados. A arbitragem, por sua vez, é classificada como um método heterocompositivo, pois o a decisão do conflito fica a cargo de um terceiro neutro e imparcial, que não precisa, necessariamente, integrar o Poder Judiciário.

Segundo a definição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. O novo Código de Processo Civil (NCPC) no art. 165, § 3º afirma que:

> O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Muito se questiona qual é a diferença da mediação para a conciliação. Ocorre que a conciliação é um método empregado em litígios considerados mais simples no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém sem deixar de lado a neutralidade e a imparcialidade com relação ao conflito. O novo Código de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Processo Civil no art. 165, § 2º, esclarece que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio.

Outrossim, a negociação é um método muito popular e geralmente é o primeiro meio de resolução alternativa utilizado pelas partes envolvidas para alinhar suas controvérsias. Nesse método autocompositivo, as partes, em regra, não são auxiliadas por um terceiro, pois os envolvidos podem negociar diretamente entre si.

É interessante destacar que a própria legislação cuidou de salientar a importância de se buscar maneiras alternativas para resolução de conflitos. No novo Código de Processo Civil é possível identificar, não somente o incentivo aos métodos adequados de solução de conflitos, mas o legislador também deixa claro que os métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, dessa forma, evidenciando que trata-se de um dever de todos.

Nesse sentido, serão abordados, adiante, mais detalhadamente, os meios adequados de solução de conflitos e a importância da procura pela resolução consensual dos litígios, além de uma breve abordagem da evolução tecnológica dos meios adequados de solução de conflitos.

MEDIAÇÃO

É indubitável que após um conflito entre partes, um acordo satisfatório é almejado, entretanto, para chegar a esse ponto de concordância, é preciso haver uma comunicação inteligível, e claramente, não é o que acontece após um desentendimento, tendo em vista que na maior parte do diálogo a emoção vai estar à frente da razão, impossibilitando ambas as partes de solucionarem o problema. Por esse motivo, houve a necessidade da criação e constitucionalização do método de solução de conflitos denominado "mediação", que visa a partir de uma terceira pessoa, restabelecer a comunicação entre os litigantes e assim poderem de forma pacífica decidirem sobre o caso. Além desses motivos constituintes, a mediação também tem grande importância em desafogar o poder judiciário ocasionado pela alta demanda de processos judiciais que diariamente são postulados ou da grande morosidade que o sistema jurídico enfrenta em solucioná-los, sendo a mediação uma alternativa para ter um conflito solucionado fora do sistema comum jurisdicional. Ou seja, não é preciso invocar o Poder Judiciário para haver uma solução de cunho litigioso, o que vai gerar mais celeridade, menos desgastes emocionais, menor custo monetário em comparação com outros meios, e além de contribuir com o judiciário, utilizando de outros meios alternativos para uma resolução conflituosa.

O Parágrafo Único do art. 1° da lei 13.140/2015 dispõe o seguinte:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Dessa forma, conforme o exposto supracitado, a mediação é um meio extrajudicial na qual um terceiro imparcial auxilia as partes a chegarem a um acordo amigável a partir do restabelecimento do diálogo entre os envolvidos.

Por se tratar de um mecanismo extrajudicial, a mediação não é vista com credibilidade em um primeiro momento, por esse motivo os advogados devem informar e estimular seus clientes sobre esse método de solução de conflitos. Inclusive, o parágrafo 3° do art. 3° da lei 13.140/2015 dispõe sobre essa publicidade:

> A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Além do mais, o mediador deverá ser capacitado com curso realizado por uma empresa credenciada com a grade curricular de acordo com o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça.

Dessa forma, é nítido perceber a quantidade de benefícios de quem adere a esse sistema extrajudicial e consensual pode usufruir.

CONCILIAÇÃO

O conflito é algo inerente ao ser humano, a partir dessa condição é necessário tratá-lo não como um problema, mas como uma possiblidade de consenso. O Brasil é marcado pela tradição do contencioso, ou seja, quaisquer tipos de conflitos, sejam eles complexos ou não, em grande parte são submetidos a apreciação jurisdicional.

Contudo, com o aumento significativo dos números de processos e com a utilidade de se obter meios eficazes de solução de conflitos, os chamados MASC (Meios Alternativos de Solução de Conflitos) vieram, com o passar dos anos, garantindo o seu espaço. Desse modo os próprios legisladores, entenderam a importância de favorecê-los, como dispõe o Código de Processo Civil:

> Artigo 3º § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A Conciliação, está inclusa dentro do MASC, ela é um meio autocompositivo e um mecanismo de solução de controvérsias extrajudicial, é caracterizada por um procedimento voluntário, flexível, confidencial e baseado em interesses permitindo que as próprias partes busquem a solução para o conflito, e ainda conta com o intermédio de um terceiro chamado conciliador, que atuará de forma neutra. Esse artificio extremamente útil possibilita a resolução rápida e prática de conflitos de menor complexidade, evitando que as partes se desgastem tendo que recorrer ao judicial. Assim como destaca Luiz Antonio Scavone Junior:

> "Se no passado o operador do Direito era formado para litigar, no presente devemos ensinar que existem outras opções. No mundo contemporâneo, o profissional deve estar preparado para negociar e buscar a conciliação, deixando a Jurisdição como via posterior e reservada a conflitos de maior complexidade." (JUNIOR, Luiz Antonio Scavone, 2018)

Ademais, é oportuno frisar o papel do conciliador, comumente a sua função pode ser passível de dúvidas, onde muitos se perguntam qual a sua utilidade em um método autocompositivo marcado pelo consenso entre as partes, entretanto o conciliador, é um facilitador do diálogo entre as partes, e age de forma neutra utilizando suas técnicas para aproximar as partes, também ele pode contribuir com sugestões para a resolução de determinado conflito, ou seja, diferentemente do judiciário o conciliador não pode impor a sua sugestão, todas as propostas ditas na audiência deverão necessariamente passar pela aprovação das partes, e assim constituir o acordo, havendo o consenso esse acordo depois de assinado pelas partes e conciliador será homologado pelo tribunal de justiça e constituirá validade jurídica.

MEDIAÇÃO X CONCILIAÇÃO

Após conhecer o conceito de mediação e conciliação indaga-se a real diferença desses dois meios adequados de solução de conflitos, tendo em vista que, ambos são autocompositivos e intermediados por um terceiro, contudo são necessários saber as suas particularidades para entender a aplicação adequada referente a cada caso.

A mediação visa recuperar o diálogo entre as partes de modo que, através das técnicas do mediador elas possam estabelecer por meio da comunicação a resolução para suas controvérsias, a diferença principal da conciliação é que, neste caso o mediador não se posiciona propondo soluções e sim facilitando o diálogo entres as partes . Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos, ela é um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

Em contrapartida a conciliação é indicada para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, além de que o conciliador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e obrigatoriamente assim como na mediação deve ser imparcial. O artigo 165 do Novo Código de Processo Civil explicita claramente essas diferenças.

> Art. 165 § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
>
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

NEGOCIAÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é repleto de situações conflituosas, justamente pelo fato de a Justiça ser a principal instituição responsável pela solução dos confrontos sociais. Nesse sentido, os cidadãos, por meio dos operadores do direito e demais participantes deste ambiente, acionam corriqueiramente o judiciário com a necessidade de resolver complexas disputas.

Os profissionais da área já perceberam que este tipo de litígio traz um alto desgaste para os participantes, e que de certa forma, os conflitos, nem sempre, são resolvidos adequadamente, uma vez que a sentença é prolatada por um terceiro estranho à relação que deu ensejo a lide. E vale dizer que, por mais que a decisão tenha como característica a imparcialidade do julgador, é inegável que o juiz estando numa posição de ser humano com convicções próprias, ocasionalmente não assemelhará a decisão às convicções de um ou de ambos os litigante, uma vez que a sentença é sempre vastamente favorável a uma das partes.

A partir dessa reflexão, observa-se que com o objetivo de ganhar celeridade e satisfação dos envolvidos, os meios auto compositivos, em especial a Negociação, vem ganhando espaço na sociedade.

Logo, percebemos que negociar é uma forma de resolver um conflito de interesses, tratando-se de um mecanismo que resulta na melhoria do convívio entre pessoas, uma vez que as próprias partes é quem decidem qual a forma mais justa de resolver o conflito.

Ainda, Marc Burbridge define que:

> "Negociação é um processo pelo qual duas ou mais pessoas se comunicam buscando chegar a algum acordo sobre valores escassos e/ou ações controladas, total ou parcialmente, por ambas as partes, ou ainda, por qualquer das partes envolvidas." (BURBRIDGE et al, 2007, p. 9).

Certamente, a negociação, é definida como comunicação feita com o propósito de persuasão, vista como o mais grandioso modo de resolução de conflitos em razão de seu baixo custo operacional.

Ainda em tempo, Howard Raiffa classificou a negociação em duas espécies: distributiva e integrativa. Na negociação distributiva, o importante é conseguir obter mais vantagem. Se tratando de dinheiro, por exemplo, quanto mais uma parte obtiver, menos a outra terá. Entende-se como negociação integrativa a que as partes cooperam entre si para obter o máximo possível de benefícios, aliando seus interesses em um acordo. Neste tipo de negociação, comumente é realizado concessões para chegarem pontos de interesse.

Reitera-se ainda que a introdução desta modalidade auto compositiva está apenas em seus estágios iniciais, uma vez que a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos é uma maneira eficaz, ágil, técnica e financeiramente viável. Ademais, a escolha da negociação, mediação e arbitragem é um passo para o reconhecimento da incapacidade de nosso Poder Judiciário. Acrescenta-se que, restabelecer e preservar o diálogo e compreensão entre as partes é sempre o melhor caminho.

ARBITRAGEM

Analisando os meios adequados de soluções de conflito, observa-se três formas distintas de resolução, sendo elas: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição. Dentre as formas heterocompositivas, observa-se a arbitragem, que historicamente se encontra numa crescente aplicação na sociedade.

Nesse sentido, em 1996, a partir da Lei 9.307, a Arbitragem conquistou uma maior formalidade e visibilidade, e em 2015, com a Lei 13.129, foi realizado uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

atualização no Código de Processo Civil, que formalmente se obriga cooperação entre os juízes e árbitros.

O artigo 237, inciso IV do CPC, relata que:

> Art. 237. Será expedida carta:
>
> IV – Arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

Desta forma, é considerável destacar que este instrumento jurídico não autoriza a juízes e desembargadores a revisão do mérito das decisões transitadas em julgado no campo arbitral, visto que os atos de cooperação se limitam as demarcações e prática de atos realizados em arbitragem.

Nesta perspectiva, o artigo 485, inciso VII do Código de Processo Civil expõe:

> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
>
> VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

Além disso, verifica-se que seu propósito de diligência é o direito disponível, e possui o objetivo de sanar o conflito entre as partes de maneira célere, informal e mais benéfica, porém, é de extrema relevância que a arbitragem seja estabelecida entre as partes, uma vez que nunca poderá ser imposta à qualquer indivíduo.

O jurista Thiago Rodovalho, leciona:

> "O crescente interesse pela arbitragem no Brasil está diretamente associado aos seus principais atrativos, quais sejam, especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade. (...)"

Além disso, Thiago complementa que:

Ainda em tempo, cumpre salientar alguns pontos negativos que esta modalidade traz. A priori, a sentença arbitral é um título executivo, portanto, os árbitros não têm poder de coerção, o que significa que se a parte derrotada não se submeter a decisão a decisão dos árbitros quando desfavorável, a parte vitoriosa terá,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

necessariamente, que ingressar no poder Judiciário para executar a decisão. Além disso, mesmo que mais benéfica como relatado anteriormente, a arbitragem ainda é muito onerosa as partes.

Portanto, conforme discorrido, observa-se que a arbitragem é uma forma heterocompositiva de solução de conflitos, através da qual as partes determinam por anuência ou contrato que irão utilizar o juízo arbitral para resolver os conflitos. A sentença arbitral possui efeito idêntico à sentença dada ao pelo judiciário, sendo obrigatório pelas partes cumprir o convencionado pelo árbitro. Além disso, a arbitragem é uma opção célere, porém mais custosa, opondo-se ao judiciário que possui sua vagarosidade, mas que ainda é de baixo custo financeiro.

Sabido que a Arbitragem não é aplicada a todos os casos, deve-se ter profunda atenção ao escolher este instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo foi possível evidenciar as diferentes formas de resolução de controvérsias, leia-se, mediação, a conciliação, a negociação e arbitragem, demonstrando que é admissível a resolução de conflitos sem necessariamente recorrer à justiça comum. Além disso, foi apresentado as características desses institutos, objetivando disseminar os benefícios de se optar por formas consensuais de tratar divergências e se obter resultados favoráveis para todos os envolvidos.

Outrossim, é notório que além da evolução dos pensamentos dos próprios operadores do direito, os institutos supracitados ganharam espaço em torno dos demais cidadãos, por possuírem um viés de mais celeridade e economia processual. Além disso, observa-se que a legislação se ocupou de salientar a importância de promover, sempre que possível, a resolução consensual de conflitos, conforme o art. 3º, § 2 do Novo Código de Processo Civil.

Indiscutivelmente, os resultados são melhores quando os próprios envolvidos são protagonistas da solução, sem que um terceiro alheio necessite tomar decisões que os comprometam, porém, é inegável que jurisdição clássica é de grande prestatividade, não podendo ser deixada de lado, sendo considerada a priori um dos pilares do Estado.

Dessa forma, os meios adequados complementam a jurisdição estatal, fornecendo uma gama de opções para resolução do litígio, de forma que contribua diretamente com a diminuição de processos no judiciário e que conceda autonomia para as partes resolverem a pendência, cooperando com uma maior liberdade individual e promovendo o diálogo como objetivo central.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Isso posto, é de grande valia que estes meios sejam aplicados em nossa sociedade, vez que estamos frente a constantes desafios por falta de comunicação, deste modo, deve ser promovido a continuidade e o aprimoramento destes meios, fazendo com que sejam realmente utilizados pelos indivíduos, pois a autocomposição é inexorável a um novo modelo de distribuição de processos, que traz consigo a ruptura do litígio e estimula a paz.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília,1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL,2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Brasília, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm> Acesso em: 07 mar. 2020.

Conciliação e Mediação. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/> Acesso em: 07 mar.2020.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Manual de Arbitragem Mediação e Conciliação**, edição 8º. Rio de Janeiro: Forense, 2018

VASCONCELOS, Carlos de**. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**, 5ª edição. Método, 2016.

FALECK, Diego**. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054**. Revista Brasileira de Arbitragem. Curitiba, 2009. Vol. 23. P. 7-32. Jun-Ago-Set. 2009.

BURBRIDGE, R. Marc et al. **Gestão de negociação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

RAIFFA, Howard, **The Art and Science of Negotíation**, Ed . Harvard University Press, 1 2" Edição, Boston, 1982.

FISHER, Roger, URY William e PATTON Bruce, **Como chegar ao Sim: A Negociação de Acordos Sem Concessões.** 3º ed.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. **Desenho de Sistema de Solução de Conflito: Sistemas Indenizatórios em Interesses Individuais Homogêneos.** São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-081205/publico/Dissertacao_Paulo_Henrique_Raiol_Ostia_5439266.pdf> Acesso em: 07 mar. 2020.

ZANGALLI, Luciana; TRENTIN, Fernanda. **E-resolutions: os meios virtuais de solução de conflitos**. Santa Catarina, 2017. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/e-resolutions-os-meios-virtuais-de-solucao-de-conflitos/> Acesso em: 07 mar.2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

QUANDO A MÍDIA É QUEM CONDENA REFLEXÕES SOBRE O DIREITO A PRIVACIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

ANTONIO WILTON DA SILVA: Universidade regional do Cariri (Urca) Qualificação acadêmica e profissional: Graduado em história Especialista em história contemporânea, bacharelando em Direito, com especializações em andamento em Direito Digital, Direito empresarial e Direito do consumidor e também professor.

RESUMO: O presente trabalho partindo de uma análise bibliográfica, objetiva estabelecer uma análise de princípios, como o direito a privacidade, liberdade de expressão e liberdade de imprensa, objetiva-se observar aqui o choque entre esses direitos e a sobreposição dos mesmos no caso concreto, enfatizando a observância de como tal relação principiológica impacta, garante ou limita a efetivação da supremacia da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade, liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The present work, starting from a bibliographic analysis, aims to establish an analysis of principles, such as the right to privacy, freedom of expression and freedom of the press, aiming to observe here the clash between these rights and their overlap in the specific case, emphasizing the observance of how such a principled relationship impacts, guarantees or limits the effectiveness of the supremacy of the dignity of the human person.

KEYWORDS: Privacy, freedom of expression, human dignity.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A liberdade de imprensa breves observações. 3. Direito à privacidade e liberdade de expressão, choque de direitos. 4. os perigos da autotutela 5. Repercussões jurídicas da exploração dos fatos criminosos. 6.Conclusão; 7. Referencias bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO:

O presente trabalho busca sem exaurir o tema, desenvolver uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método hipotético dedutivo, sobre o papel da mídia como mecanismo de influência, não apenas na aplicação mas também até no desenvolvimento de legislação e pratica dentro do processo penal, objetiva esse,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

outrossim identificar problemas e eventuais reflexos da ação midiática, no que tange os casos de abuso de direito e a efetivação da aplicação da justiça.

Partindo das discussões hora alencadas são discutidos temas como, os princípios da liberdade de imprensa e o direito à privacidade, como esses se apresentam no Brasil, e como se chocam, dando destaque ao ordenamento jurídico pátrio, no que tange a perspectiva de direito e garantias fundamentais, constitucionalmente protegidos, os efeitos nos julgados de tais conflitos principiológicos na aplicação da legislação penal pátria. Será exposto o cenário atual identificando a perspectiva da autotutela e a ampliação desta como consequência direta da lacuna entre a privacidade da persecução penal e os abusos na liberdade de imprensa.

A dicotomia entre a liberdade de imprensa e direitos como o direito a privacidade e direito ao esquecimento, representa um conflito dificil de ser sanado sem uma analise complexa do caso concreto, implica em situações onde a manutenção da permanencia de um direito pode acabar causando prejuizos irreversiveis para a segurança e a dignidade de outrem, de tal forma que sendo o estado a instancia maxima na tutela de tais discussões cabe a esse sempre dar prioridade a dignidade da pessoa humana, como o referencial maximo e finalidade da ponderação estatal em face desses embates principiologicos.

2. A LIBERDADE DE IMPRENSA BREVES OBSERVAÇÕES.

A constituição da república federativa do Brasil do ano de 1988, no inciso IV do celebre artigo 5º assegura a liberdade de expressão como um direito fundamental, tal direito não direciona-se somente a veículos e empresas ligadas ao ramo da comunicação, embora, assegure as mesmas a liberdade de produzir, divulgar e veicular em seus canais midiáticos, esse direito consiste em um conjunto de direitos formas e processos com a finalidade de se produzir e reproduzia amais variada gama de informações como expressa, (Jose Afonso da Silva 2000, p. 247).

De tal forma em consonância com a Constituição de 1988 o STF revoga uma legislação anterior que normatizava os limites e as sansões relativas ao uso e abuso da liberdade de expressão era a Lei n.5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), legislação criada em pleno regime militar, com a revogação da mesma a responsabilização dos meios de comunicação passou a vincular-se ao que imputa a legislação constitucional, civil e penal.

> "Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado inclusive seus juízes e tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> convicções manifestadas pelos profissionais da imprensa" (AI no 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22/3/2011, Segunda Turma, *DJE* de 6/4/2011).

O reconhecimento da impossibilidade do estado em cercear o exercício da liberdade de informação a partir de lei infraconstitucional é uma clara demonstração do vínculo entre essa liberdade e o exercício dos direitos emanados pela própria constituição.

> "Acrescenta-se que a liberdade de imprensa exige o princípio da verdade, haja vista que, se por um lado lhe é reconhecido o direito de informar a sociedade sobre fatos e ideias, por outro sob este direito incide o dever de informar objetivamente, ou seja, sem alterar-lhes a verdade ou modificar o sentido original, posto que assim agindo não temos informação, mas sim uma deformação." (Caldas1997, p.66-67)

Intricadamente ligado ao direito de produzir, transmitir, ou repassar as informações ao público, a imprensa carrega a responsabilidade de garantir, que as informações por ela vinculada, tendo em vista o peso e o gral de repercussão social que a mesma possui, sejam sempre pautadas na verdade, basta a simples vinculação de informações inverídicas para que essas venham a gerar diversos problemas aos indivíduos a elas vinculados e a própria coletividade, ao passo que a sociedade responde positiva ou negativamente a partir daquilo que está sendo noticiado, essa repercussão social não é facilmente desfeita com uma simples retratação por parte dos responsáveis.

Desde os primórdios da organização daquilo que é possível chamar de civilização, que a humanidade tem a necessidade de produzir e reproduzir informações, mas foi a partir do séc. XVI, com avanços como a prensa tipográfica, inventada por Gutemberg em com a perspectiva iluminista da liberdade de imprensa, que esse mecanismo toma proporções sociais, políticas e econômicas a ponto de em diversos aspectos equiparar, auxiliar ou mesmo rivalizar com as estruturas de poder que de certa forma, controlam a sociedade tal logo a mídia se torna um instrumento de direcionamento das massas, até a estrutura tripartite de estado, criada por Montesquieu se dobra diante dessa ferramenta absolutamente necessária e ambígua

> . os meios de informação que desempenham uma função determinante para a politização da opinião pública e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário. (BOBBIO 200, p.1040)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Se levada em consideração a ideia de que todas as decisões, posições interpretações e proposições legislativas, apresentadas, ponderadas ou sancionadas, por aqueles que compõem os três poderes, tem ligação direta com a repercussão social dessas posições, e de certa forma sobre como os veículos de comunicação apresentam tais situações a população. O efeito vinculante da publicização dos embates políticos e jurídicos está na repercussão social daquilo que está sendo discutido é ou sera implementado, tal poder de direcionamento das massas dado pelo direito à liberdade de expressão, coloca a mídia no patamar de um quarto poder, no que tange o gral de influência deste sobre a própria dinâmica política do Estado.

O reconhecimento do poder e da liberdade de ação decorrente da liberdade de expressão se dá pelo fato deste ser base para a efetivação de outros direitos, a consciência de crença, o pensamento político, a expressão artística, porém é preciso a observação de que tal liberdade não pode se sobrepor a outros direitos que eventualmente podem ser afligidos pelo uso exacerbado de tais liberdades, como por exemplo a dignidade da pessoa humana, ou o princípio da igualdade, como orienta, Miguel Reale Júnior (JUNIOR.2010, p. 382), Assim é necessário a ponderação, não de limites a liberdade, mas de fronteiras com as garantias individuais que tambem são fundamentais em uma democracia, como a privacidade do indivíduo, Com relação a privacidade do indivíduo, Mendes ressalta (2008, p. 381):

> "devido a vida em comunidade proporcionada pelo mundo atual, com os seus intensos relacionamentos entre as pessoas, não podemos conferir um valor radical no tocante a privacidade. Um certo acontecimento, ou uma pessoa que tem a sua imagem cultivada na sociedade pode ter o seu direito a intimidade reduzido pelo interesse público despertado."

O conflito entre direitos individuais e coletividade se apresenta nessa dicotomia, se por um lado o direito à liberdade de imprensa suprassumo da liberdade de expressão impõe que informações de interesse e repercussão social não podem ser impedidas de vir a público, por outro lado o direito à privacidade, intimidade e vida privada que se apresentam resguardados na constituição de 1988 art. 5º inciso X, traz uma redação que em muitos momentos se choca com a garantia constitucional anteriormente citada. Eventualmente esse conflito é dirimido por diversas circunstancias como por exemplo a delimitação dos espaços públicos e privados ou mesmo indivíduos que a sua vida particular reflete em informações de interesse público.

> "em princípio, se alguém se encontra num lugar público está sujeito a ser visto e a aparecer em alguma foto ou filmagem do mesmo lugar. Haveria, aí, um consentimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> tácito na exposição. A pessoa não poderá objetar a aparecer, sem proeminência, numa reportagem, se se encontra em lugar aberto ao público e é retratada como parte da cena como um todo." (MENDES 2008, p. 382)

Essa disposição de flexibilizar espaços privados como até mesmo o da privacidade em detrimento a supremacia do interesse público, tal qual como uma restrição a direitos como a propriedade ou o contratual, tambem se apresenta como um mecanismo regulador de dinâmicas sociais em prol da coletividade sendo que até a PGR tem um entendimento consoante com isso ao expressar a absoluta necessidade da informação como força motriz da cidadania.

> "A cidadania só será efetiva diante de uma sociedade bem informada. Para garantir essa efetiva participação no processo decisório do teatro político, deve-se equilibrar a relação existente entre direitos clássicos de liberdade, políticos, sociais, econômicos e culturais" (BRASIL, 2009).

Outrossim se direitos clássicos podem ser flexibilizados para que o direito a liberdade de expressão, e por conseguinte a liberdade de imprensa, possa ser efetivamente presente em um estado democrático, os direitos individuais tambem existem como um mecanismo para retrair tal liberdade midiática, no que tange a regulamentação de até onde ou que mecanismos essa pode ou deve estar utilizando, porem ao se criar limitações pautadas em conteúdo, ou ponto de vista teremos ai não a proteção de outras garantias, mas sim a mais reconhecível inconstitucionalidade(MACHADO, 2002, p. 712).

A constituição de 1988 apresenta em seu artigo 221 os princípios que regem a atividade comunicativa das emissoras, ao mesmo tempo que no Artigo 220 inicia com a seguinte redação: Art. 220 caput. "*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*" O mesmo artigo impõe que mediante lei federal a atividade midiática sera regulada, para que essa não seja utilizada de forma inadequada, assim o próprio texto constitucional abre um subjetivismo legislativo que muitas vezes, abre espaço a conflitos que muitas vezes só vem a ser resolvido no âmbito da análise de constitucionalidade de tais restrições ou liberdades priorizando como foco central da discussão, a primazia da dignidade da pessoa humana (REALE JÚNIOR, 2010, p. 397).

> A liberdade de expressão não é um direito absoluto, nem ilimitado. Nenhum direito fundamental o é. Como diria Justice Oliver Wendell Holmes, a liberdade de expressão não protege

> alguém que grite "fogo!" falsamente no interior de um teatro lotado. Assim, em caso de conflito, ela poderá, eventualmente, ceder lugar em favor de outros bens e valores constitucionalmente protegidos. (KOATZ 2011, P. 401).

3. DIREITO À PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CHOQUE DE DIREITOS.

Uma prerrogativa das democracias modernas é a proteção as liberdades individuais, o estado, ao mesmo tempo em que é detentor de mecanismos que promovem o controle sobre o indivíduo, através de suas instituições, tambem detém a responsabilidade através desses mesmos mecanismos de garantir a liberdade inerente a esfera privada de cada indivíduo.

> "o conflito entre a liberdade individual e a ingerência do Estado na vida do cidadão ocupou boa parte das discussões de cunho filosófico e político desde a antiguidade, e a sua resolução é a pedra de toque dos Estados democráticos" (CARVALHO 1994, p. 5),

Como anteriormente esmiuçado pela Carta constitucional de 1988 em seu artigo 5º inciso **X** -celebra a inviolabilidade do direito a intimidade e a vida privada, com a seguinte descrição: *"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;"* Sendo esse um direito negativo impõe a preservação ou não divulgação de informações que violem a esfera privada e a intimidade do indivíduo, tendo esse direito direta relação com a dignidade da pessoa humana, que inequivocamente está no rol de proteções constitucionais.(BRASIL 1988).

Entendendo que direitos fundamentais não podem ser tidos como absolutos, quando confrontados por outros direitos que seriam em sua extensão vilipendiados por estes, o direito à privacidade também se relativiza, em casos como, quando alegado o interesse público sobre determinadas informações, um alerta para tal está na situação em que esse alegado interesse público, acaba por vezes se apresentando como um mecanismo que sutilmente tem a possibilidade de restringir ou mesmo de inutilizar direitos fundamentais, como intimidade ou privacidade.(MACHADO 2002, p. 893)

No artigo 220 da Constituição Federal de 1988 em seu §1º é apresentada a limitação constitucional a liberdade de informação, no que tange ao direito à privacidade, tal limitação que na prática, é muitas vezes colocada em segundo plano, o que acaba por ferir a dignidade da pessoa humana, é tão comum inclusive no âmbito internacional, situações em que a alegação de interesse público vem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

confrontar o direito a intimidade que discussões acerca do reconhecimento desse direito advém de âmbitos internacionais como por exemplo a ONU que consagra o direito à privacidade como um dos direitos humanos fundamentais, como versa a declaração dos direitos humanos de 1948.

> Artigo 12º – Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicilio ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei. (ONU, 2003).

Sendo o direito a intimidade, inequivocamente uma garantia absolutamente necessária a todo e qualquer indivíduo no cerne da sociedade, direito esse que representa em sua subjetividade um ponto de refúgio para o indivíduo em detrimento a todo o espaço público que o cerca, esse domínio privado representa um mecanismo de proteção para pensamentos e crenças, convicções e anseios que não dizem respeito ao interesse coletivo , (ARENDT, 2010 p. 87)

Levando em consideração todas as demais garantias que a proteção à privacidade representa na esfera particular, um ataque a esse direito é um ataque a própria dignidade da pessoa humana, tendo em vista que bem jurídico tutelado se ponderado com os demais no caso concreto, não resvala espaço para a sua mitigação ou diminuição, claro não se fala em hierarquização de direitos fundamentais, mas de cuidados com o respeito à dignidade humana, que caso venha a ser depreciada leva a situações irreparáveis, mesmo diante de mecanismos que exigem tal possibilidade o artigo 5º inciso X versa que existe a responsabilidade de indenização para dano material moral e a imagem, decorrentes da violação ao direito à privacidade ou a intimidade, sendo esse invioláveis.(BRASIL 1988)

Cabe aqui a observação que a reparação em algumas situações ela dificilmente ocorre tendo em vista o impacto que a repercussão de determinadas informações pode ter em relação ao indivíduo, a impossibilidade de se delimitar até onde essa informações pode chegar assim como, não sendo simples de se calcular uma indenização que corresponda ao valor da imagem ou ao impacto moral que determinada informação ao ser vinculada no meio midiático pode causar, certos danos à imagem são irreversíveis, ao passo que reestabelecer o status quo completamente, muitas vezes é uma impossibilidade quando, se trata de abusos ao direito a intimidade. É necessário a ponderação com o absoluto cuidado para que se respeite a máxima harmonia com o que busca efetivamente o texto constitucional. (MORAES p.58)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, bem esse inequivocamente o centro da discussão no que tange as garantias constitucionais, essa pertence a toda e qualquer pessoa, independentemente de qualquer condição desconsiderando, atitudes, posições políticas ou eventualmente atos criminosos, todo e qualquer indivíduo no cerne da sociedade, todos devem ser reconhecidos como tal e possuidores de respeito e sigilo ao que tange a vida pessoal e seu espaço privado. (SARLET, 2002).

4.OS PERIGOS DA AUTOTUTELA

É absolutamente comum e infelizmente corriqueiro, o bombardeio de notícias de crimes impunes, ou mesmo de processos em que o eventual criminoso foi absolvido ou saiu do regime prisional, em um intervalo de tempo, que segundo a opinião pública construída era injusto, ou mesmo diversas notícias sobre situações em que a capacidade do estado de garantir proteção mostrou-se insuficiente ou inexistente. Tais notícias contribuem para a criação de um estado construído sobre o sinalagma da barbárie e da falta de justiça, esses discursos contribuem para inflamar uma percepção de justiça que a muito "em tese" fora abandonada a justiça física, pautada na vingança privada.

> : "O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força.[...] A justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível." (FOUCAULT 2009, p. 36)

O teatro das punições se resume em explicitar a pena, o suplício, a aflição direcionada a aquele o qual se imputa o fato criminoso, a justiça simbolicamente apresentada pelo castigo imputado ao corpo ou aos direitos do indivíduo apresentado como criminoso, tal premissa ressurge na atualidade e põe em cheque o caráter punitivo atualmente apresentado, no que tange a uma justiça reparativa, quando se apresenta a ideia de que somente o temor da punição é o que afasta o homem do intuito de praticar o ilícito (FOUCAULT, 2009. p. 14)

Se a interpretação que a mídia apresenta é do caráter falho do aparato punitivo estatal, seja no que tange a severidade das punições ou seja em relação a capacidade que o estado tem de apurar o ilícito ou de se chegar até o real infrator, todas essas situações levam a massa que absorve essa gama de informações a estar cada vez mais tolerante, ou por vezes receptiva a exemplos, cada vez mais corriqueiros de autotutela, essa que como qualquer outra forma de violência, não é sancionada pelo estado e é tipificada como crime, o código penal de 1940 a respeito da autotutela,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quando essa não está dentro de situações tidas como justificáveis em lei, como estado de necessidade ou legitima defesa, traz a seguinte redação;

> ***Art. 345*** *- Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.*

Embora a legislação apresente um tipo penal especifico para a autotutela, não são raros os são desproporcionais os exemplos do uso de jargões como, "bandido bom é bandido morto" empregados por apresentadores de programas policiais, inflasse o sentimento de descaso nas instituições e o medo mesclado com a vingança privada, sempre em relação ao indivíduo ou indivíduos que fora ou foram apresentados como tipos criminosos, irrepreensíveis pela mão punitiva do estado, que só podem ser contidos pela violência mais primitiva a ser produzida, cenas de espancamentos, ladrões sendo espancado ou reações apontadas como legitima defesa e que levaram a morte de infratores, são apresentadas com regozijo e repetidas descomedidamente, como algo corriqueiro e de certa forma como o correto a ser feito.

> Os linchamentos expressam uma crise de desagregação social. São, nesse sentido, muito mais do que um ato a mais de violência dentre tantos e cada vez mais frequente episódios de violência entre nós. Expressa o tumultuado empenho da sociedade em "reestabelecer" a ordem onde ela foi rompida por modalidades socialmente corrosivas de conduta social. (MARTINS, 2015).

Embora o artigo 23 do código penal apresente situações em que a autotutela é permitida, sendo essas; a legitima defesa, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal, porém o mesmo artigo traz em seu parágrafo único uma ressalva: *"O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.* Não a o que se discutir no que diz respeito a excessos, quando se está diante de linchamentos, ou espancamentos, quando a civilidade dá lugar a barbárie e os cidadão de bem, tomam para si, o direito ou a responsabilidade, de estabelecer a punição e fazer a justiça, com suas próprias mãos.(BRASIL 1940)

O argumento da incapacidade do estado de providenciar a proteção adequada, para os indivíduos e por conseguinte para toda a sociedade, é diariamente propagado por noticiários, dos mais variados veículos de comunicação, essa construção de uma impunidade descomedida, cria uma descrença nas instituições e na capacidade punitiva do estado de tal forma, que a violência, a vingança privada e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

até mesmo atos de tortura, surgem como uma resposta correta e socialmente aceita, pela mídia e por toda a população que a tem como referência de ideias e posições a serem adotadas, à medida que se amplia o discurso, multiplicam-se os casos de linchamento ou justiça popular, dentro de uma obsessão punitiva crescente (ADORNO 1996) .

Os chamados linchamentos, obedecem a uma ótica especifica sendo estranhamente parecidos, seja a ritualística da barbárie, o fato de não se buscar o anonimato, mas ser comum a aglomeração a exposição e o ímpeto de impactar os observadores com os atos praticados, não se trata de punir apenas o indivíduo, mas mostrar a sociedade composta por aquela multidão que observa de forma complacente, "a justiça sendo feita" a mais primitiva das penas sendo aplicada, a vista de todos, em todos os casos perdurando a irracionalidade da massa frente os atos praticados.(MARTINS 2015 p.78)

Tortura, mutilação, espancamentos castração e humilhação pública, fazem parte do caótico cenário que se estabelece quando a sociedade toma para si o jus puniendi, a mídia, em especial a televisiva, coloca todos os holofotes nessas macabras situações e assim cada vez mais vai se propagando a lógica da impunidade e a máscara fictícia de um tipo grotesco de adequação social, que vai se tornando cada vez mais corriqueira, quando as instituições responsáveis pela coesão social perdem a capacidade de fazê-la, ainda que apenas na interpretação midiatizada, a barbárie se dissemina com a quebra da chamada localidade moral.(DURKHEIM 1999)

Se as mídias convencionais podem eventualmente contribuir para esse tipo inaceitável de convulsão social, as mídias não convencionais, pouco ou nada cerceadas por mecanismos de controle daquilo que é vinculado como verdade, contribuem diretamente para uma gama cada vez mais crescente dos chamados Just içamentos, no julgamento das redes sociais, não existe processo penal, presunção de inocência ou duplo grau de jurisdição, o que existe é um factoide, que se repete cada vez mais sem controle ou compromisso com a veracidade, sendo que muitas vezes tais factoides só são confrontados ou retirados de circulação quando já é muito tarde, e seus efeitos já são irreversíveis ponderar limites a liberdade de expressão virtual é inconcebível segundo a constituição, mas fica a reflexão sobrea necessidade de se proporcional a preservação da dignidade do indivíduo em detrimento aos efeitos da liberdade exacerbada.(FILHO 2007, p. 104-105)

5.REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA EXPLORAÇÃO DOS FATOS CRIMINOSOS.

A logística da persecução penal, e o processo penal em si, não é necessariamente lento, mas atende a uma dinâmica de tempo absolutamente necessária para a aplicação efetiva da justiça e para o respeito a todos os direitos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

seja daquele que está ocupando o polo de vítima, seja em relação a aquele em que se imputa o fato criminoso, os princípios, do contraditório e da ampla defesa, a presunção de inocência, o duplo gral de jurisdição, demandam o tempo necessário para que todos os recursos sejam vistos, todas as provas sejam colhidas e todas as dúvidas sejam sanadas, porem para o meio jornalístico e a mídia em geral não se enxerga o processo ou as garantias inerentes ao indivíduo enquanto cidadão, o que se busca é a rápida satisfação da exibição da pena, a construção de um vilão e sua rápida e efetiva punição pelos crimes a ele imputados, a punição desenha-se como um anseio de toda a sociedade (FOUCAULT, 2009, p. 218).

A cobrança automática por parte do meio jornalístico em relação a ação das autoridades judiciais, no que tange a crimes de grande repercussão popular, é um fenômeno absolutamente comum, a comoção social e o furor midiático, o qual se reflete em críticas a uma justiça que segunda a mídia muitas vezes é apresentada, por sua morosidade, por leis penais fracas, por brechas legais que eventualmente favorecem tipos criminosos ´não é possível negar que alguns argumentos são validos, mas em suma, a generalização e o direcionamento da sociedade na descrença nas instituições, é um caminho por deveras perigoso, a contenção dos tipos criminosos é o sinônimo da proteção dos inocentes (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Casos emblemáticos como o do Bruno Fernandes, que fora goleiro de um dos maiores times do Brasil, em 2010, no auge de sua carreira ele foi acusado e posteriormente condenado pelo sequestro, assassinato e ocultação de cadáver da Modelo Elisa Samudio, esse fato tomou repercussão internacional, todas as etapas da persecução foram midiatizadas, a exposição dos fatos e de cada detalhe foi absoluta, enquanto em média a persecução penal encontra, um intercurso de tempo mais longo, por vezem bem mais longo, em crimes não midiatizados, processos onde a opinião pública está acompanhando quase que de forma contemporânea aos desdobramentos processuais, os quais tendem a ser muito mais rápidos em seu andamento, não necessariamente isso é algo positivo, tendo em vista que existe sempre a possibilidade de ao tentar atender aos anseios da coletividade o próprio judiciário acabe por atropelar direitos, na perspectiva de aplicar a justiça em tempo hábil.

Certo que em detrimento a mecanismos mais bárbaros de comoção social, o clamor pela aplicação da pena, o anseio pelo cárcere daqueles que são penalmente culpados é de longe uma situação mais fácil de se compreender, segundo Greco (2010, p.469) que "a pena de prisão, ou seja, a privação da liberdade como pena principal, foi um avanço na triste história das penas". Mesmo assim o direito penal é jamais deixara de ser a última rácio e a retirada da liberdade, ainda que por um período delimitado de tempo é a mais severa punição permitida pelo texto constitucional, o qual apresenta essa possibilidade na seguinte redação : Art. 5º [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade;(BRASIL 1988).

Vale ressaltar que o texto constitucional, veda as penas abusivas, exige a individualização da pena e proíbe terminantemente a prisão perpetua, ou o encarceramento sem condenação anterior, salvo é claro as prisões processuais, necessárias para salvaguardar o curso do processo. (GRECO 2010) à primeira vista, é um paradoxo a perspectiva da presunção de inocência e a vedação da prisão sem julgamento quando se observa a perspectiva das prisões processuais, sendo que essas se mal interpretadas contrapõem valores que estão na base do garantismo penal, dos últimos séculos

> "Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nern a sociedade pode tolherlhe a proteção pilíblica senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída" (BECCARIA. 2004, p. 38).

Mesmo tendo a máxima consideração pelo respeito a liberdade do individuo como garantia fundamental, as prisões cautelares são um instrumento necessário para a resolução da lide processual penal, dentre elas a mais emblemática, principalmente em relação a sua duração é a prisão preventiva apresentada no CPP com a seguinte descrição:

> **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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A própria redação do texto, apresenta limitações, mas tambem a tamanha abrangência dessa modalidade de prisão, o eixo base de requisitos dessa modalidade de prisão cautelar cerceia todas as demais, (GOMES, 1994. p 02), tendo em vista que a garantia da ordem pública pode ser interpretada de maneira subjetiva, existe aqui uma abertura, desde que os demais requisitos estejam presentes para a alegação da prisão preventiva, justo posto, fatos criminosos muito explorados pela mídia, seja para salvaguardar a vida, até mesmo do agressor ou em situações em que o judiciário devido ao clamor popular diante da comoção social em crimes que causem temor ou repulsa para a sociedade, opta até como meio de dar uma resposta a sociedade de utilizar-se da prisão preventiva. (CAPEZ. 2006, p. 265)

Um assustador espaço interpretativo se abriu com a justificativa do clamor social e da repercussão do crime, tendo em vista que fala-se de um processo em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

curso e de um réu que não foi condenado, mas eventualmente lhe foi imputada a autoria do fato criminoso, a mídia necessita apresentar um culpado, ao passo que as notícias sobre o fato constroem um cenário no qual é de fundamental relevância para a sociedade o encarceramento, mesmo que sem julgamento. tal corrente aos poucos veio cair por terra ou a ser dirimida, a partir de decisões do STF que interpretou partindo das garantias constitucionais quem A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva - RT, 549/417 (Id.p. 265.)

Embora o inquérito policial seja sigiloso, principalmente quando se trata de crimes de grande relevância ou repercussão social, dificilmente esse não sofre interferências, prejuízos e problemas por vezes irreversíveis, por parte da atuação descuidada e por vezes leviana do meio midiático, a divulgação de possíveis envolvidos, a exposição de vítimas, todo o circo que se monta sobre um processo, que no seu cerne tem de ser sigiloso para garantir a proteção de todos aqueles que o compõem, é importante o entendimento que aplicação de uma cautelar mediante essa comoção provocada, nada mais seria que uma antecipação de pena, para atender tais clamores. (LOPES JR. 2006, p. 213)

> Estardalhaço causado pela imprensa - STJ: Não se pode confundir ordem pública com estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime. Como ficar em liberdade é a regra geral, deverá o juiz justificai substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP. Ordem concedida - RSTJ 81/361 (MIRABETE, 1991, p. 390).

6.CONCLUSÃO:

Ante o exposto foi observado o conceito de liberdade de imprensa, como extensão do princípio da liberdade de expressão, a importância desse dentro do estado democrático de direito, a evolução e ampliação que tal princípio ganhou, e a intrínseca relação deste mecanismo, importantíssimo para a sociedade dentro de uma democracia, com a construção e modificação de valores e percepções sobre o que é socialmente aceito e tolerado, e o direcionamento em relação a posições que a sociedade deve tomar no que tange as mais variadas temáticas.

Foi apresentado a partir de uma análise bibliográfica, o paradigma entre dois princípios constitucionalmente postos e o entrechoque entre eles, que são, o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, o primeiro é consenso que em uma democracia, não pode ser vilipendiado ou deliberadamente, submetido a um controle que venha a impor qualquer modalidade de censura o silenciamento,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mas, no que tange ao direito à privacidade e vida privada, e em situações especificas, o direito ao esquecimento, esses fazem parte das garantias individuais, que estão no amago do que se apresenta na carta política, parcela inequívoca da proteção a dignidade da pessoa humana.

Tambem acrescentou-se a essa discussão, uma análise dos impactos da representação trazida pela mídia, em especial o meio telejornalístico, de um verdadeiro estado de exceção, onde o incomum tornou-se o comum, e a violência, a ingerência do estado e a total incapacidade desse de estabelecer mecanismos de proteção ao cidadão, ou mesmo de estabelecer punição para os chamados, "tipos perigosos" impôs ao cidadão comum a autotutela como mecanismo de sobrevivência, ao passo que a corriqueira exposição midiática de atos de violência, apresentado como uma legitima defesa coletiva em oposição ao estado de violência tornou-se comum e até celebrizado.

Foi observado, partindo da análise de discussões e de decisões dos tribunais, os impactos que a repercussão de fatos e processos em andamento, através da mídia, tem no desenrolar e na conclusão de determinadas demandas, a pressão social e os mecanismos de direcionamento dos anseios da coletividade, que acabam por refletir, inclusive na interpretação da lei e na forma que essa é aplicada, a comoção social, não respeita processos e muitas vezes, o aplacar o clamor coletivo, acaba em verdadeiras injustiças e não perca de garantias por parte daqueles que estão submetidos ao julgamento do estado, mas que já foram previamente condenados pela opinião pública.

4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **A Gestão Urbana do Medo e da Insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea.** Tese (Livre Docente em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p.87

BECCARIA, CESSARE. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução: Neury Carvalho Lima. São Paulo. Hunter Books Editora, 2012. p.125.

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

CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo: Saraiva, 1997.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 13 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DURKHEIM, F . Da divisão do trabalho social. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil.** 7º Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão;** tradução de Raquel Ramalhete. 37. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial** - v. 4. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015.

KOATZ, R.L.-F. 2011. **As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF.** *In:* D. SARMENTO; I.W. SARLET, *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 391-447

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 92

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **A liberdade de expressão.** Coimbra: Coimbra, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374)

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Atlas,1997. MPF-Ministério Público Federal. **caso lava jato**> http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato> Acesso:24/05/2020 as 22:57

MORAES, Alexandre**. Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 22. Apud ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 280.

REALE JÚNIOR. **Limites à liberdade de expressão.** Revista Espaço Jurídico, Florianópolis,v. 11, n. 2, p.; 374-401, jul./dez. 2010.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos: justiça popular no Brasil** – São Paulo:

Contexto, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da norma constitucional.** 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000._____. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

CAMILLA GAMBARRA MOREIRA: Formada pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, tendo cursado um período da graduação na Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito Civil pelo Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE.

RESUMO: A análise histórica remonta ao conturbado processo de formação do Direito do Trabalho e à importância de sua internacionalização e constitucionalização pelas Nações. O princípio da proteção jurídica ao trabalhador estabelecido no ordenamento jurídico pátrio visa estabelecer um grau de proteção mínimo à classe obreira como forma de regular a exploração do capital sobre o trabalho humano, evitando abusos. O artigo em apreço, elaborado por meio do método hipotético-dedutivo, faz um estudo acerca do processo de construção do Direito Laboral e uma análise dos princípios que o alicerçam. Conclui-se que, como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana se irradia assumindo a forma de outros princípios, sendo um deles, o princípio da proteção laboral.

Palavras-Chave: Direitos trabalhistas. Surgimento. Princípio da Proteção ao Trabalhador. Dignidade Humana.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Surgimento do Direito do Trabalho 3. Os Princípios Informativos do Direito do Trabalho no Brasil. 4. O Princípio da Proteção ao Trabalhador como Corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 5. Considerações Finais. 6. Referências

1.Introdução

A análise histórica remonta ao conturbado processo de formação do Direito do Trabalho e à importância de sua internacionalização e constitucionalização pelas Nações. Os direitos trabalhistas foram os primeiros que exigiram uma atuação por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

parte do Estado, confrontando a política liberal, caracterizada pelo '*laissez faire, laissez aller, laissez passer'.* 208

No Brasil, as normas que regem as relações juslaborais atualmente estão dispostas na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho e em leis esparsas, com destaque aos princípios (gerais e específicos), por serem os alicerces do ordenamento jurídico, ou seja, fontes informativas, normativas e interpretativas do Direito. A partir de uma análise principiológica, resta clara a importância, histórica e científica, dentre os princípios laborais, de laurear aquele que garante a proteção jurídica ao trabalhador, como forma de regular a exploração do capital sobre o trabalho humano, evitando abusos, e principalmente, visando à melhoria das condições da classe obreira.

Dessa forma, enfatizar-se-á o princípio da proteção ao trabalhador na medida em que se destaca a relevância que exerce para todo o ordenamento jurídico, colocando o obreiro, parte hipossuficiente, em paridade jurídica - formal com o empregador, sendo, assim, corolário do próprio princípio da dignidade humana.

2.O Surgimento do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho foi concebido a duras penas pelo trabalhador subjugado e explorado pelo capital num mundo marcado pela desigualdade econômica e social, tendo surgido após intensas lutas travadas por uma classe esquecida, coisificada, que se uniu em prol do reconhecimento jurídico e proteção mínima que possibilitassem uma vida digna.

O trabalho, em si, é tão antigo quanto o homem. Ele surgiu da necessidade de encontrar alimento e proteção e, assim, a perpetuação e desenvolvimento da espécie, tendo, ao longo do tempo, adquirido formas próprias, de modo que o seu conceito e suas implicações foram sendo desenvolvidos:

> A ressignificação da expressão "trabalho", como atributo de dignidade e de valor, decorreu de um novo sentido que lhe foi outorgado por aqueles que, sendo submissos (escravos e servos), encontravam nele a chave para a liberdade e por aqueles que, sendo livres, atribuíam a ele o valor de lazer e de aperfeiçoamento do espírito. Nessa ordem de coisas, o trabalho humano evoluiu "do sombrio ermo moral da escravidão para a aspereza relativa da servidão (à pessoa ou à gleba), que imperou na Idade Média, e desta para o remanso

208 A expressão francesa 'laissez faire, laissez aller, laissez passer' significa literalmente 'deixai fazer, deixai ir, deixai passar', trata-se da expressão-símbolo do liberalismo econômico, na versão mais pura de capitalismo de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência estatal, apenas com regulamentos suficientes para proteger os direitos de propriedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> do humanismo renascentista e do iluminismo da Idade Moderna, até chegar ao contrato de trabalho concebido no ventre da Revolução Industrial" (MARTINEZ, 2010, p. 35).

De início, o labor possuía um aspecto negativo, depreciativo, visto ser associado à ideia de castigo. Nesse sentido, "a primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o trabalho era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista" (MARTINS, 2001, p. 34).

Essa ideia perdurou durante a Antiguidade, época em que o trabalhador escravizado não passava de uma mercadoria para o seu senhor, não possuindo direito algum:

> [...] o escravo enquadrava-se como objeto do direito de propriedade, não como sujeito de direito, razão pela qual se torna inviável falar-se de um Direito do Trabalho enquanto predominava o trabalho escravo. É que o contrato de trabalho, núcleo de nossa disciplina, pressupõe a existência de dois sujeitos de direito: empregado e empregador. Ausente um deles, a relação jurídica está fora de sua tutela (BARROS, 2011, p. 45).

Na Idade Média, o trabalho escravo decai, mas para o trabalhador, em termos práticos, pouco muda. Havia o regime de servidão, em que os servos, como eram chamados, estavam subordinados aos senhores feudais, que lhes dava proteção militar e política, em troca do seu serviço: duras cargas de trabalho sendo possível, inclusive, castigos físicos:

> No período feudal, de economia predominantemente agrária, o trabalho era confiado ao servo da gleba, a quem se reconhecia a natureza de pessoa e não de coisa, ao contrário do que ocorria com os escravos. Não obstante, a situação do servo, pelo menos no Baixo Império Romano, era muito próxima à dos escravos (BARROS, 2011, p.47).

Com o passar do tempo, os feudos já não abasteciam satisfatoriamente as necessidades de seus moradores, de modo que foi formada, de início, relações de escambo entre eles e, posteriormente, foram sendo criadas as feiras e mercados para a comercialização de produtos naturais e manufaturados. Surgem, ainda nessa época, as corporações de ofício, que representam uma mudança gradual na forma como se davam as relações de trabalho, pois as relações predominantemente autônomas de trabalho foram sendo pouco a pouco substituídas por um regime heterônomo, que se exteriorizou nas corporações de ofício:

> A partir do século XI a sociedade medieval cede "à sociedade urbana, fundada no comércio e na indústria rudimentar". Com as cruzadas, pestes e invasões, os feudos enfraqueceram, facilitando a fuga dos colonos que se refugiavam nas cidades, onde passaram a procurar por trabalho e a reunirem-se em associações [...] ao lado dos artesãos e operários. A partir destas agremiações surgiram no século XII as corporações de ofício, que se caracterizavam em típicas empresas dirigidas pelos respectivos mestres. Desfrutavam de verdadeiro monopólio, pois nenhum outro trabalhador ou corporação poderia explorar a mesma atividade naquele local (CASSAR, 2008, p. 15).

Essas corporações prevaleceram do século XIII ao século XV e foram de grande importância para o insipiente capitalismo da época, não havendo o que se falar em proteção laboral. Nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2014, p. 30): "Apesar da existência de maior liberdade ao trabalhador, à relação das corporações com os trabalhadores era do tipo autoritário, sendo mais destinada à realização dos seus interesses do que à proteção destes".

A ideia negativa do trabalho foi alterada com o advento do Renascimento, responsável pelo surgimento de "[...] uma nova concepção de valorização do trabalho, passando a ser entendido como um valor e fonte de riquezas" (GARCIA, 2014, p. 30). Posteriormente, a partir da Revolução Francesa, que apregoava as ideias de liberdade contratual, a conjuntura foi verdadeiramente alterada: as corporações de ofício foram extintas, porque contrastavam com o liberalismo, doutrina que findava tudo que ameaçasse a liberdade individual, inclusive limitando a atuação do Estado que deveria se manter longe das relações econômicas.

É com o surgimento da sociedade industrial no século XVIII e do trabalho assalariado em substituição ao trabalho escravo, servil e corporativo que surge o Direito do Trabalho:

> Afirma-se que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial. Constata-se, nessa época, que a principal causa econômica do surgimento da Revolução Industrial foi o aparecimento da máquina a vapor como fonte energética. [...] Inicia-se, assim, a substituição do trabalho manual pelo trabalho com o uso de máquinas. Havia a necessidade que as pessoas viessem, também, a operar as máquinas não só a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> vapor, mas as máquinas têxteis, o que fez surgir o trabalho assalariado (MARTINS, 2001, p. 35).

Convém destacar a necessidade, nesse período, de uma sociedade consumidora: os salários eram imprescindíveis para movimentar o mercado. A produção e venda de produtos requeriam um mercado aquecido, com poder de compra, capaz de gerar lucro.

Um grande contingente de mão de obra disponível a procura de emprego, por sua vez, em quantidade insuficiente, transformou o trabalhador em mercadoria de pouca valia. A exploração desumana da força de trabalho com jornadas excessivas, inclusive de mulheres e crianças, aliada às péssimas condições de labor, uniu os trabalhadores por uma causa comum, condições dignas e melhores salários, o que ensejou o surgimento dos primeiros sindicatos.

A sociedade capitalista estava dividida em duas grandes classes: o proletariado, numeroso e sem força política alguma, e a burguesia, dona dos meios de produção e, consequentemente, quem detinha o poder político e econômico, ditando as condições de trabalho e todos os demais comandos, sem qualquer tipo de limitação. O trabalho estava subjugado ao capital, não havia direitos ou restrições legislativas a serem respeitados: "o Estado se portava como simples observador dos acontecimentos e, por isso, transformou-se em um instrumento de opressão contra os menos favorecidos" (BARROS, 2011, p. 52).

Por conseguinte, as ideias socialistas são concebidas como forma de resistência à exploração econômica, social, física e moral da classe proletária. O 'Manifesto Comunista' de Marx e Engels, em 1848, inspirava o proletariado e de acordo com Alice Monteiro de Barros (2011, p. 51) "sua doutrina contribuiu para que despertasse no trabalhador a consciência coletiva e sua extraordinária força".

A conjuntura tornava-se insustentável: a sociedade dividida entre o coletivo e o individual e o silêncio estatal fomentavam a necessidade de uma reestruturação social. Aliado a pressão popular, o Estado, até então inerte, passa a intervir para proteger o empregado, proibindo abusos nas relações laborais. Essas mudanças ocorreram em razão do fortalecimento da ideia de justiça social a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII. Essa doutrina social, segundo Maurício Godinho Delgado (2011, p. 97) "[...] traduz a manifestação oficial da Igreja Católica, de notável influência na época, com respeito à questão social, exigindo do Estado e das classes dirigentes postura mais compreensiva sobre a necessidade de regulação as relações trabalhistas".

Em 1918, surge o movimento do constitucionalismo social, com a inclusão de direitos sociais, em especial, trabalhistas nos diplomas constitucionais das Nações e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de forma precursora, se destacam a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Como Maurício Godinho Delgado (2011) assevera quando trata da institucionalização do Direito do Trabalho, a partir desse momento esse Direito torna-se um ramo jurídico, oficializa-se, sistematizando e consolidando duas dinâmicas diferenciadas de formulação de normas jurídicas, de um lado a dinâmica negocial autônoma, representada pela atuação dos trabalhadores, e de outro a dinâmica estatal heterônoma, produzida no âmbito do aparelho estatal.

Convém destacar que o grande avanço que a incorporação dos direitos trabalhistas representou foi resultado de um processo de internacionalização que culminou na instituição do trabalho como direito social e, consequentemente, na própria constituição do Estado de Bem Estar Social. Mais que uma etapa histórica deste ramo do Direito, alcançar a dimensão internacional teve um caráter revolucionário, pois expandiu o Direito do Trabalho, como ciência jurídica, para diversas Nações.

Dessarte, o desequilíbrio do mercado de trabalho, fruto da Revolução Industrial e da filosofia liberal-individualista, não foi fenômeno isolado, uma vez que vários países estavam na mesma situação, agravada, ainda, pela crescente insatisfação laboral assinalada pelas lutas operárias. A presença dos mesmos problemas acarretou a necessidade de idênticas soluções: a intervenção estatal para regular as relações laborais e garantir o mínimo de direitos.

Nesse sentido, a implementação de benefícios laborais de forma não generalizada ocasionaria desvantagens para os empregadores, que perderiam espaço no mercado frente à concorrência, que livre dos encargos laborais poderia oferecer seus produtos a preços inferiores.

Além disso, essa fase de surgimento do Direito do Trabalho é marcada pelo avanço dos meios de transporte e de comunicação, segundo João Carlos Casella (1995) "vê-se, assim que a generalização antes referida na verdade tinha dimensão maior, na medida em que ultrapassava fronteiras nacionais, demonstrando o caráter universal do problema e, em consequência, a busca de sua solução".

As necessidades comuns convergem para uma mudança de postura dos Estados e uma valorização do trabalhador:

> Os fatores da internacionalização são de ordem humanitária (de tutela ao trabalho) e econômica, ligadas à necessidade de evitar ou dissuadir as práticas de competição internacional, que impliquem redução dos patamares mínimos de condições de trabalho. Assim, pretende-se assegurar um nível mínimo e uniforme de condições de trabalho, que impeça os países com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> patamares mais baixos de proteção social de valerem-se dessa circunstância para competir de forma mais vantajosa (BARROS, 2011, p. 90).

Dessa maneira, com o encerramento da Primeira Guerra Mundial na Conferência da Paz foi assinada o Tratado de Versalhes, em 1919, que instituiu, dentre outras medidas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o intuito de estabelecer o mínimo de proteção ao trabalhador, em detrimento dos detentores do capital, e de trazer segurança as relações laborais, inclusive com a constitucionalização do Direito do Trabalho. Assim, restou estabelecida uma série de condutas entre os empregadores e os empregados, sob o crivo do Estado, delimitando a atuação destes, sendo, assim, o Direito Laboral ratificado como disciplina jurídica:

> Nas diretrizes ali traçadas e consubstanciadas no asseguramento da paz social por meio de melhores condições de trabalho, foram adotadas, pela Conferência Geral da OIT, diversas convenções e recomendações relativas aos setores que reclamavam uma proteção (BARROS, 2011, p. 90).

No Brasil, foi a Constituição de 1934, influenciada pelo constitucionalismo social, a primeira Carta a trazer normas relativas ao Direito Laboral. Muitos autores, ao analisar a constitucionalização dos direitos laborais no Brasil, defendem que os direitos consagrados aos trabalhadores brasileiros, diferentemente das lutas por direitos sociais digladiadas em outros países – principalmente os que foram berço da Revolução Industrial – resultaram de comportamentos paternalistas de governos, com intuito de conseguir apoio popular e, assim, a perpetuação no poder.209

Contrariando esse entendimento, Tarso Genro (1994, p. 31) considera essa visão ultrapassada, visto os direitos trabalhistas – em especial, a Consolidação das Leis do Trabalho – terem sido fruto de um intenso processo de lutas que repercutiram no âmbito interno através do movimento operário e no âmbito internacional pelas pressões advindas de países capitalistas.

Nesse ínterim, merece destaque o entendimento doutrinário de que a Carta de 1988 trouxe o mais relevante impulso já experimentado na evolução histórica jurídica brasileira, principalmente se comparado os regramentos anteriores do Direito Laboral (DELGADO, 2011, p. 121). Apesar de ainda existir incongruências, a *Lex Magna* atual trilha o caminho do progresso, buscando resolver os imbróglios

209 Segundo essa corrente, Getúlio Vargas foi o grande mentor de direitos, principalmente em decorrência da criação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e é considerado o "Pai dos Trabalhadores".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

próprios da conjuntura brasileira e, assim, construir o Estado de Bem Estar Social real que, até então, só existe no papel.

3. Os Princípios Informativos do Direito do Trabalho no Brasil

Na atualidade, o Direito laboral é regido pela Constituição Federal, pela Consolidação das Leis Trabalhistas e pelas fontes formais e materiais do Direito, com especial destaque aos princípios, que estão dispersos ao longo das normas no ordenamento jurídico. São estes os regimentos normativos que regulam a relação – muitas vezes, conflitiva – entre empregados, empregadores e sindicatos.

Convém destacar que a análise do regramento laboral requer o entendimento de que a relação empregado/empregador não é simples, abarcando uma complexidade de mecanismos - aspectos culturais, institucionais, políticos e sociais - que refletem em toda a sociedade, sobremodo no âmbito legal.

A Constituição Federal de 1988 elenca o trabalho como direito social em seu artigo 6º, e discorre ao longo do artigo 7º diversos direitos e garantias proporcionadas ao trabalhador, como horas extras, descanso semanal remunerado, gratificação natalina, adicional noturno, dentre outros. Ainda, estabelece normas referentes à proteção ao trabalhador, como a contextualização de sua valorização como princípio fundamental (artigo 1°, IV) e econômico (artigo 170); e a disposição de que a ordem social tem como base o primado do trabalho (artigo 193). Ademais, Consolidação das Leis Trabalhistas é detentora de uma compilação de normas que tutela o direito material trabalhista, de modo geral.

Os princípios no ordenamento jurídico atual não possuem apenas função hermenêutica da norma, são fontes formais que possuem, também, função orientadora do Direito:

> Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, [...], disposição que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 1995, p. 537 e 538).

Dessarte, os princípios, apesar de nem sempre se apresentarem como normas positivadas, têm o condão de transmitir valores e bens protegidos sob a égide do ordenamento, atuando desde a fase pré-jurídica a fase jurídica propriamente dita:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Na fase pré-jurídica, que é nitidamente política, voltada à construção das regras e institutos do Direito, os princípios despontam como proposições fundamentais que propiciam uma direção coerente na construção do Direito. [...] Nesse momento, os princípios atuam como verdadeiras fontes materiais do Direito, na medida em que se postam como fatores que influenciam na produção da ordem jurídica. [...] Na fase propriamente jurídica, [...] qualquer princípios geral do Direito, ou os específicos a ramo jurídico especial, cumprem os papéis interpretativos, normativos subsidiários e normativos concorrentes (DELGADO, 2011, p. 183).

A função interpretativa cumpre a função clássica de auxiliar a compreensão jurídica, não atuando como fonte formal, mas como instrumento hermenêutico. Ainda, nesse sentido, a própria Consolidação das Leis Trabalhistas assevera em seu artigo 8º que os princípios serão aplicados subsidiariamente, regendo as decisões judiciais em caso de falta de disposição contratual ou legal, desempenhando o papel de normativos subsidiários.

Ademais, segundo Maurício Godinho Delgado (2011), merece destaque o entendimento de que a atuação do princípio como norma, que ensejaria a prevalência destes frente às regras legais, deve ser relativa, pois do contrário, ocasionaria insegurança jurídica, de modo que o autor defende que o papel desempenhado por estas máximas seja a normativa concorrente, inspirando a aplicação das regras laborais existentes no ordenamento, a partir da prevalência do sentido mais abrangente firmado pelos princípios correlatos. Tem-se, assim, que a função interpretativa age em concurso com a função normativa, em um processo contínuo de construção caso a caso do Direito do Trabalho.

Por conseguinte, convém ressaltar que as normas constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, ao disporem acerca do trabalho, asseveram, ao longo da *Lex Magna,* a proteção ao trabalhador como direito social e o elencam como princípio. Segundo Plá Rodriguez (2000, p. 83), "enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes". Nesse sentido, aduz Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1999, p. 26):

> Dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho é o de proteção o mais relevante e mais geral, dele constituindo os demais simples derivações. A proteção do trabalhador é causa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> e fim do Direito do Trabalho, como revela a história deste (SILVA, 1999, p. 26).

Este princípio pode ser definido como o reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador na relação jurídica de trabalho que busca por meio dele uma atenuação da inferioridade econômica, intelectual e hierárquica. Segundo Maurício Godinho Delgado (2011, p. 192), "na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente". Logo, resta clarividente que o princípio em questão guarda a essência do Direito do Trabalho e influi em toda a sua estrutura e características, inspirando a tutela obreira em dimensões distintas, abrangendo todos os demais princípios especiais deste ramo do Direito:

> Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p.85).

Assim, a proteção ao empregado assume a forma de outros princípios característicos desse ramo do Direito, como o princípio da norma mais favorável, que é o mais amplo do Direito do Trabalho, sendo também uma fonte incontestavelmente específica não encontrada em qualquer outro ramo jurídico. Ele trata da aplicação da norma mais favorável dentre todas as outras ao trabalhador, ainda que esta seja hierarquicamente inferior:

> [...] o encontro da regra mais favorável não se pode fazer mediante uma separação tópica e casuística de regras, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado e praticamente criando-se ordens jurídicas próprias e provisórias em face de cada caso concreto – como resulta do enfoque proposto pela teoria da acumulação. Ao contrário, o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito (teoria do conglobamento) (DELGADO, 2011, p. 194).

Muitas teorias, dentre as quais se destacam a da acumulação e a do conglobamento, surgiram para definir o melhor método de determinação da norma mais favorável. No direito pátrio, notadamente, em alguns julgados que o Tribunal Superior do Trabalho, instância máxima da Justiça Laboral, se pronunciou sobre a matéria, adotou-se a teoria do conglobamento, que dispõe que quando da aplicação do referido princípio, deve-se comparar as fontes, verificando qual delas, em conjunto, é mais benéfica para o empregado, e aplicando-a, de modo a excluir todas as outras em bloco.

Apesar de a jurisprudência ter preferido adotar a teoria do conglobamento, convém ressaltar que, ao contrário desta, a doutrina tem aceitado mais a teoria intermediária ou do conglobamento mitigado, a exemplo do doutrinador Plá Rodriguez. Dessarte, consoante assevera Vólia Bonfim Cassar (2008, p.103):

> A teoria intermediária [...] que determina a aplicação do conjunto de normas agrupadas sob a mesma forma de instituto jurídico desde que mais favorável ao trabalhador, em detrimento daquela matéria prevista em outra fonte de direito também aplicável ao empregado. Assim, serão respeitadas as características de cada instituto, sem onerar de forma demasiada o empregador e sem beneficiar ilimitadamente o empregado. Desta forma, as duas fontes autônomas (ex.: convenção e acordo coletivo) são aplicadas à mesma relação de trabalho, sendo que a adoção do instituto jurídico de uma fonte exclui a aplicação do mesmo instituto ou matéria contida na outra (CASSAR, 2008, p. 103).

O artigo 3°, inciso II, da Lei 7.064/82 adotou essa teoria ao dispor que a empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido para prestar serviços no exterior assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços, a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na presente Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Ademais, merece destaque o fato de que o princípio da norma mais benéfica merece limitação, em razão de não se poder aplicá-lo sob a ótica do conglobamento ou do conglobamento mitigado às fontes heterônomas. Uma vez emanadas do

Estado, são imperativas e, assim, não podem deixar de ser cumpridas sob a justificativa de que outra norma é mais favorável em seu todo ou em relação a um instituto, não cabendo ao empregador a faculdade de aplicá-las ou não.

O Direito Laboral também é inspirado pelo princípio da condição mais benéfica, que igualmente ao da norma mais favorável, imprescinde a pluralidade normativa apesar de diferentemente da segunda, resolver um fenômeno de direito transitório ou intertemporal. Segundo Maurício Godinho Delgado (2011, p. 196), "este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido". Este princípio se reflete em diversas normas do ordenamento laboral brasileiro e, notadamente, no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho que dispõe que nos contratos individuais de trabalho só é lícita à alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao trabalhador, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Dessarte, também a súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho foi inspirada nesse entendimento e, dispõe, em seu inciso I, que as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. Assim, a referida súmula corrobora o entendimento de que as vantagens dispostas em contrato ao obreiro não podem ser relativizadas, possuindo força de direito adquirido, evitando, assim, que uma possível revogação ou alteração contratual dessas normas, lhe cause prejuízo.

Ainda, o princípio da proteção, basilar do Direito do Trabalho, teria por vertente também o princípio *in dubio pro operario,* que dispõe que entre várias interpretações que comporte uma norma, deve ser preferida a mais favorável ao trabalhador. Este princípio é, em si, uma regra de hermenêutica, não se confundindo nem com o que determina a aplicação da norma mais favorável, nem com o de condição mais benéfica, pelo fato de que estes dois princípios exigem uma pluralidade de normas como fato antecedente.

A interpretação deve tender a justiça social, pois se o propósito do Direito do Trabalho é o trabalhador, a não observância ao princípio *pro operario* consistiria em um benefício ao capital. Nesse sentido, a doutrina pátria reconhece o princípio divergindo apenas quanto à sua amplitude. Ainda, convém ressaltar que a máxima em comento não é absoluta, só devendo ser aplicado em casos que configurem a existência real de dúvida, bem como não contrariem a *ratio legis*, ou seja, a vontade do legislador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Direito Laboral também se encontra amparado pelo princípio da continuidade da relação de emprego, em razão de ser um contrato de trabalho de trato sucessivo. Isto quer dizer que a obrigação de fazer consistente na prestação de serviços dele originados se prolonga no tempo diferentemente do que ocorre em contratos instantâneos em que a satisfação das prestações pode se realizar em um só momento. Dessa forma, o contrato laboral deve perdurar segundo essa máxima até que sobrevenham circunstâncias previstas pelas partes ou em lei como idôneas para fazê-lo parar.

Dessa forma, o referido princípio constitui presunção favorável ao empregado, conforme estabelece a súmula 212, do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe que o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador.

A doutrina valora os benefícios que advêm desse princípio, pois eles repercutem para ambos os sujeitos da relação laboral, para o trabalhador por lhe proporcionar segurança econômica, uma vez que a continuidade do emprego significa, consequentemente, a continuidade do salário, indispensável para o seu sustento e o de sua família, bem como traz benefícios também para o empregador porque lhe possibilita dispor de mão de obra experimentada, economizando, assim, no recrutamento de novos empregados que exigiria trabalho, tempo, treinamento, entre outros.

Vê-se, por conseguinte, que o Direito Laboral está permeado de princípios ditos especiais, característicos deste ramo do Direito, que atuam inspirando e condicionando a própria percepção jurídica. Malgrado, é mister destacar a existência no Direito Laboral dos princípios gerais do Direito, que têm inquestionável aplicação no âmbito especializado do Direito do Trabalho, visto se irradiarem por todos os segmentos da ordem jurídica, mantendo o Direito como um efetivo sistema:

> Qualquer dos princípios gerais que se aplique ao Direito do Trabalho sofrerá, evidentemente, uma adequada compatibilização com os princípios e regras próprias a este ramo jurídico especializado, de modo que a inserção da diretriz geral não se choque com a especificidade inerente ao ramo justrabalhista (DELGADO, 2011, p. 186 e 187).

Dessarte, dentre os princípios gerais merece destaque o princípio da igualdade que também se faz presente do Direito do Trabalho ainda que, à primeira vista, essa ideia pareça ilógica, uma vez que se trata de um ramo do Direito claramente desigualitário. De modo que, na aplicação deste princípio não são observadas as diferenças irrelevantes, mas apenas as essenciais, de forma que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quando diante de determinadas situações não se observar, em uma análise comparativa, discrepâncias relevantes, deve-se considerá-las iguais.

Ainda, também estão presentes os princípios da boa-fé, da razoabilidade associada ao da proporcionalidade, o da não alegação da própria torpeza, dentre outros. A respeito de um possível conflito entre os princípios gerais e os específicos do Direito Laboral, deve prevalecer os segundos, principalmente pela prevalência estabelecida ao longo do artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, que aduz que em caso de lacuna, deve-se aplicar os princípios e normas gerais de Direito, principalmente de Direito do Trabalho. Conquanto, resta difícil imaginar esse conflito na prática, tendo em vista o entendimento de que os princípios, gerais ou especiais, se coadunam na busca por uma melhor prestação jurisdicional, de modo que se promova por ela não apenas a justiça, mas, sobremodo, a pacificação social.

4.O Princípio da Proteção ao Trabalhador como Corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O direito ao trabalho digno e remunerado encontra relação umbilical com o direito à vida, pois é a partir da remuneração obtida pelo labor prestado que se conquista a própria sobrevivência, a partir da obtenção dos elementos indispensáveis à vida humana digna.

A intenção do legislador ao eleger os direitos laborais como direito social foi dar a eles proteção especial, exigindo prestações positivas do Estado. Eles, em si, são uma expressão de liberdade e igualdade, assegurando condições de trabalho e, consequentemente, de vida digna aos empregados, sendo, o princípio da proteção ao trabalhador, basilar do Direito do Trabalho, a própria concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Este princípio, disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Brasileira, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo árdua a busca por uma definição precisa para ele, em razão dos diversos espectros que o tornam uma categoria axiológica aberta: um conceito em permanente processo de construção. Apesar disso, sabe-se que além das muitas facetas que possui, a dignidade é característica inerente ao homem e, assim, constitui um núcleo intangível e irrenunciável, autônomo em relação à necessidade de qualquer reconhecimento seja pelo Direito, seja pelo Estado.

Ademais, o princípio da dignidade carrega em si a incumbência da entidade estatal protegê-la, preservá-la e criar condições necessárias a seu pleno exercício, sendo, assim, função e limite para o Estado:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> [...] 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2004, p. 59 e 60)

Apesar de não estar elencado expressamente nas cláusulas pétreas, dispostas no artigo 60, parágrafo 4° da Constituição Federal, é notório que o princípio da dignidade é limite implícito ao poder de reforma constitucional e deve vincular a interpretação das diversas normas infra e, até mesmo, as constitucionais, pois integra a essência da ordem constitucional vigente. Segundo Sarlet (2004), aliar a dignidade da pessoa humana as diversas normas do ordenamento, inclusive aos direitos fundamentais, asseveram o princípio da proibição ao retrocesso, que veda qualquer supressão e restrição de direitos caso firam o núcleo essencial da dignidade, definindo-os como inconstitucionais, uma vez que deve ser assegurado o mínimo existencial, isto é, as condições existenciais básicas garantidoras de vida digna:

> Quando fica dito demonstra que a Constituição, a despeito do seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no seu art. 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado (MIRANDA, 1993, v.4, p.166).210

Ademais, vincular o princípio da proteção ao trabalho ao princípio da dignidade humana tem importância inequívoca, primeiro porque as relações laborais se apresentam como relações necessárias na sociedade, segundo porque é por meio do labor que o homem encontra meios para a concretização da sua dignidade como pessoa humana.

Dessarte, a existência de um ordenamento internacional para assegurar os direitos mínimos do trabalhador, estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho, evidencia a tendência atual de proteção à dignidade da pessoa humana

210 A presente citação trata do art. 1° da Constituição de Portugal, que coincide com a Constituição brasileira que também elencou em seu art. 1°, IV, o princípio da dignidade da pessoa humana.

em todas as áreas da vida social e, especialmente, nas relações interpessoais, quando há subordinação jurídica entre as partes.

Nesse sentido, levantam-se questionamentos acerca da eficácia dos direitos trabalhistas elencados na Constituição, tendo em vista alguns dependerem de normas infraconstitucionais para regular sua incidência. Amparado nesse assenso, resta claro que nem todas as normas jurídicas possuem o mesmo grau de eficácia no ordenamento pátrio, no entanto, diante de direitos fundamentais, a exemplo dos laborais, ainda que diante de um quadro de regulamentação deficiente, deve-se buscar a implementação dessas normas em sua máxima potencialidade.

Consoante este entendimento, a própria Constituição estabelece em seu artigo 5°, parágrafo 1°, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – o que inclui os direitos laborais – têm aplicabilidade imediata. Dessa forma, o direito constitucional não deixa de existir apesar da lacuna infraconstitucional, logo, a concepção de que sua aplicação não é possível devido à falta de lei que a regulamente é inconcebível, pois a *Lex Magna* não é desrespeitada apenas quando os atos por ela proibidos são perpetrados, mas também quando se omite diante de uma ação, um *facere*, por ela, determinado.

Importante destacar, neste ínterim, que pelo fato dos direitos sociais – trabalhistas – estarem sempre associados ao Estado e, este, ao mercado e a conjuntura política da vez, restam eles enquadrados em um quadro mais suscetível às mudanças, isto é, em maior vulnerabilidade:

> Dos direitos fundamentais, os direitos sociais são os que guardam maior relação com as questões econômicas, tanto em nível estrutural como em nível conjuntural, e talvez por isso sejam os mais ameaçados e susceptíveis à interferência dos fatores de poder econômico dominantes no País (ARRUDA, 1998, p.19).

Dessa forma, o constitucionalismo e a associação dos direitos laborais ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento precípuo do nosso ordenamento, é mister no combate ao retrocesso contra o qual o capital pode macular as estruturas que constituem o Estado Democrático de Direito brasileiro:

> O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural -, o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho (DELGADO, 2011, p. 82).

A preocupação com a precarização que a força do capital pode ocasionar à questão social, especialmente no âmbito trabalhista, fez com que o legislador estendesse o princípio da proteção ao trabalho à própria Ordem Econômica e Financeira. Dessa forma, está garantida na própria Constituição Federal, nas bases constitucionais do atual sistema econômico brasileiro, a valorização do trabalho humano como forma de fomentar a justiça social.

Dessarte, as relações juslaborais protegidas como extensão da própria dignidade humana traduzem a valorização do empregado além do seu aspecto individual, concebendo - o a partir da perspectiva social, como indivíduo atuante no crescimento econômico e social. É a partir da contraposição entre a dignidade do labor e, consequentemente, do trabalhador à livre iniciativa que se percebe a dimensão do princípio de proteção no Direito Laboral, que se mostra fundamental no combate às desigualdades que o poder do capital origina, dispondo condições ao empregado de exercer seu ofício com dignidade.

5. Considerações Finais

O homem encontra no labor a sua dignidade. Tão antigo quanto ele, o trabalho surgiu da necessidade de sobrevivência, que exigia que homens e mulheres encontrassem alimento e proteção e, posteriormente, adquirissem salário para seu sustento e de sua família.

De início, o contexto histórico que remonta ao advento do Direito do Trabalho tal qual se conhece hoje assevera o processo conturbado em que se deu o seu surgimento, marcado por lutas da classe obreira que se uniu em prol de reconhecimento jurídico e proteção mínima que possibilitassem uma vida digna. Em concisa análise, viu-se, desde o início, o capital subjugar o trabalhador.

Dessarte, foi a partir da Revolução Industrial e do surgimento do trabalho assalariado em substituição ao trabalho escravo, servil e corporativo, no século XVIII, que surgiu o Direito do Trabalho, tendo, no entanto, este ramo do Direito se

modificado ao longo do tempo, adquirindo formas próprias, de modo que o seu conceito e suas implicações foram sendo desenvolvidos até o atual estágio de regulamentação.

Em 1918, a partir do movimento do constitucionalismo social, os direitos sociais, em especial, os trabalhistas foram incluídos nas Constituições das Nações e, de forma precursora, se destacaram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

Com vistas a estabelecer uma proteção real e regular a relação entre empregados, empregadores e sindicatos, o ordenamento jurídico pátrio elencou ao longo da Constituição Federal, da Consolidação das Leis Trabalhistas e das fontes formais e materiais, os princípios que regem as relações laborais e, em especial, o princípio da proteção ao trabalhador, reconhecendo seu papel como agente decisivo no desenvolvimento da sociedade.

Por conseguinte, o trabalho digno e remunerado é *conditio sine qua non* à vida, sendo a partir da remuneração obtida pelo labor prestado que o obreiro obterá os demais meios de que necessita para uma vida digna, como habitação, alimentação, lazer. O trabalho, assim, é uma extensão do próprio homem, sendo sua tutela, portanto, corolário do princípio da dignidade humana.

Dessa forma, os direitos trabalhistas por estarem diretamente relacionados ao mercado e a conjuntura política da vez encontram-se em maior grau de vulnerabilidade, de modo que, associá-los ao princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, aduz uma maior proteção a estes direitos.

Essa preocupação, inclusive, fez com que o legislador pátrio estendesse o princípio da proteção ao trabalho à própria Ordem Econômica e Financeira, concebendo a valorização do empregado além do seu aspecto individual, como indivíduo atuante no crescimento econômico e social.

Por fim, é a partir da contraposição entre a dignidade do labor e, consequentemente, do trabalhador à livre iniciativa que se percebe a importância do princípio da proteção ao obreiro, haja vista ser ele uma das personificações do princípio da dignidade da pessoa humana, desempenhando um papel fundamental no combate às desigualdades que o poder do capital pode vir a originar.

6. Referências

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho** – 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). /Acesso em: 18 de jul. de 2020.

CASELLA, João Carlos. **Fundamentos da Internacionalização do Direito do Trabalho.** 1995. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67305/69915. /Acesso em: 13 de jul de 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho** – Niterói: Impetus, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho** – 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho** – 8º. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

GENRO, Tarso. **Direito individual do trabalho**. 2º ed., São Paulo: LTr, 1994.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** – São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho** – 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Malheiros Editores, São Paulo, 7. ed., 1995.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2º ed., Coimbra, 1993, v.4.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho: tradução de Wagner D. Giglio** – 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** – 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho** – São Paulo: LTr, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO NA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE OBRA PÚBLICA

MATEUS OLIVEIRA TEIXEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Especialista em Direito Administrativo pela PUC-MG, Especialista em Direito Constitucional pela Univali, Especialista em Direito e Gestão Pública pela UniFCV, Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Servidor do Tribunal de Contas da União (TCU), Ex-servidor do Banco Central do Brasil (BACEN);

RESUMO: O artigo analisa a responsabilidade civil do município decorrente da contratação emergencial de obra pública. Abordou-se as situações que envolvem irregularidade na dispensa de licitação, na fiscalização da obra e na confecção dos laudos autorizadores. De igual modo, analisou-se o campo de incidência da responsabilidade civil em vista de danos causados por força de obra desenvolvida por particular contrato pelo município. Todas as considerações levaram em conta, quando cabível, aspectos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e da recente Lei nº 13.655/2018, que alterou dispositivos da LINDB.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do município, Contratação emergencial, Obra pública, Improbidade Administrativa, LINDB

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. FUNDAMENTAÇÃO - 2.1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO POR OBRAS REALIZADAS, COM IMPERÍCIA, POR EMPRESAS PRIVADAS – 2.2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PREFEITO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – 2.3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO PELO COMETIMENTO DE ERRO GROSSEIRO – 2.4. DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DA EMPRESA PÚBLICA RESPONSÁVEL PELA FISCALIZAÇÃO DA OBRA – 2.5. DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE – 3. CONCLUSÕES – 4. REFERÊNCIAS

1 - INTRODUÇÃO

Trata-se de consulta formulada pelo prefeito municipal objetivando o esclarecimento de aspectos relacionados a responsabilidade civil, em face dos atos a seguir narrados.

Em consequência das últimas chuvas de verão, o consulente (prefeito municipal) viu-se obrigado a realizar obras emergenciais de infraestrutura em vias públicas locais, porquanto o risco do asfalto ceder era elevado, vez que as vias estavam em áreas inundadas e o município não dispõe de sistema pluvial para drenagem das águas de chuva.

Sucede que, no decorrer das obras, a Controladoria Geral do município recebeu denúncia anônima informando que as obras haviam sido autorizadas sem considerar nascente localizada às margens da via e que esta, após a movimentação de terras, teria ficado totalmente soterrada.

Ainda, foi relatado que o engenheiro responsável técnico pela obra incorreu em erro grosseiro quando da elaboração do laudo técnico, de igual modo, indicou-se que o fiscal responsável pelo licenciamento agiu de modo negligente, haja vista não ter considerado o erro contido no supramencionado laudo.

Por fim, a denúncia indica que, para reduzir custos, a empresa responsável pela obra estaria utilizando funcionários sem capacitação técnica e materiais de baixa qualidade.

Em vista disso, o prefeito municipal, temendo possíveis ações indenizatórias e de responsabilidade administrativa e criminal, elabora consulta, nos seguintes termos (*ipsis litteris*):

a) Pode o Município responder objetivamente pelos danos, inclusive os causados a terceiros não usuários das vias, advindos das obras mesmo tendo estes sido provocados por imperícia da empresa privada contratada para a realização da obra?
b) Pode o Prefeito ser acionado judicialmente por improbidade decorrente de ineficiência administrativa? E por lesão ao erário?
c) Caso seja comprovada falha técnica no licenciamento urbanístico-ambiental da obra, o engenheiro responsável responde por improbidade administrativa decorrente de lesão ao erário?
d) Caso seja comprovado fraude no licenciamento urbanístico-ambiental, poderá ser aberto processo administrativo de responsabilização para apuração de responsabilidade administrativa da empresa pública responsável pela fiscalização da obra?
e) Por se tratar de danos ambientais, seriam estes considerados imprescritíveis face ao disposto no artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição de 1988?

É o suscinto relatório.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO POR OBRAS REALIZADAS, COM IMPERÍCIA, POR EMPRESAS PRIVADAS

A primeira indagação da autoridade consulente diz respeito à responsabilidade civil do município por danos ocasionados a partir de obras executadas por empresa privada. Para melhor entendimento da matéria, faz-se mister realizar breves considerações a respeito da responsabilidade civil do Estado.

Nesse sentido, a responsabilidade civil do Estado, no direito brasileiro, encontra fundamento normativo no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)211:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> (...)
> § 6º As *pessoas jurídicas de direito público* e as de *direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*.
> (Grifos nossos)

Previsão semelhante é encontrada, também, no art. 43, do Código Civil (CC): "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo". Denota-se, porém, que, diferentemente do que prevê a CF/88, o CC omite as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos.212

Trata-se, pois, em ambas as hipóteses normativas, da responsabilidade civil objetiva do Estado, baseada na teoria do risco administrativo que, para sua incidência, requer a presença de três elementos: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

---

211 Conforme destaca Alexandre Mazza, o art. 37, §6º, da CF/88 é o fundamento normativo de cinco teorias fundamentais em matéria de responsabilidade do Estado: a) teoria da responsabilidade objetiva do Estado, b) teoria da imputação volitiva de Otto Gierke, c) teoria do risco administrativo, d) teoria da responsabilidade subjetiva do agente, e e) teoria da ação regressiva como dupla garantia. (MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019)

212 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 369.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A conduta tem que ser praticada por agente público que, necessariamente, deve atuar nessa condição.213 Por sua vez, o dano é o elemento indispensável para a caracterização do dever de indenizar. Conforme observa Matheus Carvalho: "os danos que geram responsabilidade do Estado são os danos jurídicos, ou seja, o dano a um bem tutelado pelo direito, ainda que exclusivamente moral".214 A seu turno, o nexo de causalidade se manifesta na constatação de que a conduta praticada pelos agentes do Estado foi determinante para o dano causado ao particular.

Importante salientar que, como a responsabilidade fundada no art. 37, §6º, da CF/88 é objetiva, não se faz necessário que a vítima comprove o dolo ou a culpa do agente público. O elemento subjetivo é relevante apenas para o Estado quando este oferece ação de regresso contra o agente causador do dano, porquanto a responsabilidade do servidor público, nesse caso (ação de regresso) é subjetiva. Odete Meduar bem esclarece a questão:

> "(...) O preceito constitucional estabelece *duas relações de responsabilidade*: a) a do *Poder Público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano*, de *caráter objetivo, baseada no nexo causal*; b) a do *agente causador do dano*, perante a Administração ou empregador, de *caráter subjetivo, calcada no dolo ou culpa*".215

(Grifos nossos)

Assim, como primeira premissa, temos que a responsabilidade civil do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, conforme art. 37, § 6º, da CF/88 c/c art. 43, do CC. Os elementos para caracterizar essa responsabilidade, que pode ocorrer tanto em relação aos atos lícitos quantos aos ilícitos, são, frise-se: conduta, dano e nexo de causalidade.

O fundamento filosófico que justifica a responsabilidade objetiva do Estado concentra-se no princípio do Estado de Direito, pelo qual faz-se necessário indenizar as violações de direito cometidas, e no princípio da solidariedade social, pelo qual apenas uma ou algumas pessoas não devem sofrer individualmente o ônus a elas infringido para beneficiar todos os membros da coletividade.216

213 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 820.
214 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 349.
215 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 369.
216 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 561.

É por isso que, em homenagem ao princípio da solidariedade social, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público em relação a terceiro não usuário do serviço é objetiva. Segue, no que interessa, ementa do aresto:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM REALÇAO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO.
>
> I – *A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal*.
>
> II – A inequívoca presença do nexo de casualidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.
>
> III – Recurso extraordinário desprovido.217
> (Grifos nossos)

Pois bem: regressando à indagação formulada pela autoridade consulente, observa-se que, a nosso ver, o município não pode ser responsabilizado objetivamente pelos danos causados, inclusive a terceiros não usuários das vias, por força de obra pública executada com imperícia pela empresa privada contratada.

Para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado, faz-se necessário, como já dito, a conduta do agente público (além do dano e nexo de causalidade). Ou seja, a presença do Estado na relação que ensejou o dano é elemento exigido pelo ordenamento jurídico (art. 37, §6º, da CF/88 c/c art. 43, do CC), sem o qual não há como se configurar o nexo de causalidade.

Desse modo, o município, ao contratar empresa privada para executar as obras emergenciais, delegou a execução do serviço. Portanto, não houve atuação direta do Estado. Nesse caso, por tratar-se de relação baseada em contrato administrativo, lastreada na Lei nº 8.666/1993, a contratada deve responder, posto que agiu

217 STF. *Recurso Extraordinário 591.874/MS*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

negligentemente, pelos danos causados, tanto em relação aos usuários quando aos não usuários das vias, de maneira direta.

Não é o caso, frise-se, de dano ocasionado pelo simples fato da obra. É, em verdade, dano provocado pela negligência da empresa contratada para executar os serviços. Assim, incide, indubitavelmente, o art. 70, da Lei nº 8.666/1993:

> Art. 70. O contratado é *responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato*, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.
>
> (Grifos nossos)

Nesse lastro, a responsabilidade da empresa privada contratada é subjetiva, devendo ser comprovado o dolo ou a culpa, nos termos do artigo supramencionado, bem como conforme os arts. 186, 187 e 927, todos do CC:

> 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*.
>
> Art. 187. 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.
>
> (...)
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, *fica obrigado a repará-lo*.
>
> (Grifos nossos)

Na hipótese do patrimônio da contratada não ser suficiente para ressarcir os danos provocados, o município poderá responder subsidiariamente. Mas apenas nessa hipótese. Em sede doutrinária, colhe-se o entendimento de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

> A leitura do dispositivo em comento (art. 70) permite concluir pela *responsabilidade primária do contratado pela má execução do contrato*. (...) *não há que falar em solidariedade entre o Poder Público e o contratado pelos danos causados a terceiros*. *A responsabilidade do Estado é eventual e subsidiária*. Eventual ação de ressarcimento

> por danos causados pelo cumprimento inadequado do contrato deve ser direcionada ao contratado, e não ao Poder Público.218
>
> (Grifos nossos)

Também é esse o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho que, ao analisar os casos de danos provocados por obras executadas por particulares contratados pelo Estado, na hipótese em que há dolo ou culpa do contratado, rechaça a ideia de responsabilidade objetiva e solidária do Estado:

> Uma segunda hipótese pressupõe que o Estado tenha cometido a execução da obra a um empreiteiro através de contrato administrativo, e que o dano tenha sido provocado exclusivamente por culpa do executor. *A solução será a de atribuir-se ao empreiteiro a responsabilidade subjetiva comum de direito privado, sabido que cumpre o contrato sob sua conta e risco. A ação deve ser movida, no caso, somente contra o empreiteiro, sem participação do Estado no processo. A responsabilidade do Estado é subsidiária, isto é, só estará configurada se o executor não lograr reparar os prejuízos que causou ao prejudicado.*219
>
> (Grifos nossos)

Em síntese conclusiva, temos que, no presente caso, a empresa contratada responde diretamente pelos danos provocados, ensejando a responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 70, da Lei nº 8.666/1993, e dos arts. 186, 187 e 927, todos do CC. A responsabilidade do município ocorrerá apenas de modo subsidiário, caso o património da empresa não seja suficiente.220

---

218 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 295.

219 CARVALHO FILHO, José dos Santo. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 682.

220Essa é a conclusão que encontra amparo na doutrina majoritária, bem como guarda coerência lógica com os normativos supramencionados. Todavia, há respeitáveis autores que entendem, minoritariamente, ser possível a responsabilidade solidária do Estado, nesses casos. É a posição defendida por Fernando Dias Menezes de Almeida: "(...) De todo modo, essa regra do art. 70 da Lei 8.666/1993 apenas seria aplicável, em seus próprios termos, em hipótese de dolo ou culpa do prestador de serviços, não abrangendo a situação de danos causados sem culpa a terceiros – quando o Estado seria chamado a responder por força do art. 37, § 6 .º, da CF. E isso não afasta, certamente, que o prestador de serviço seja, a seu turno, responsável perante o Estado, tanto por danos que lhe causar diretamente como por danos causados a terceiros os quais tenham sido indenizados pelo Estado. É essa uma responsabilidade contratual, ou, eventualmente, responsabilidade extracontratual, mas não abrangida pelo regime do art. 37, § 6.º, da CF. Caberá à vítima do dano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PREFEITO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O prefeito indaga se é possível que ele seja responsabilizado por improbidade administrativa decorrente de ineficiência administrativa e lesão ao erário. De início, necessário pontuar que os prefeitos podem responder por improbidade administrativa, Lei nº 8.429/1992, e, também, pelos crimes de responsabilidade, Decreto-Lei 201/67.221

Pois bem: como é cediço, os atos de improbidade administrativa, conforme prevê a Lei nº 8.429/1992, podem ser enquadrados em quatro tipos (espécies): os que ensejam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10), os que importam em concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A), e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

O elemento comum a todos os atos em destaque é a necessidade de se perquirir o elemento subjetivo do agente222: dolo, para os atos que ensejam enriquecimento ilícito; dolo ou culpa, para os atos que causam prejuízo ao erário; dolo, para os atos que importam em concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; e dolo, para os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). A configuração do elemento subjetivo é necessária porquanto, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ): "(...) a conduta do agente não pode ser considerada ímproba analisando-se a questão apenas do ponto de vista objetivo, o que iria gerar a responsabilidade objetiva".223

---

escolher contra quem dirigirá a demanda de indenização, havendo solidariedade entre o Estado e o prestador de serviços por ele contratado, nos termos do Código Civil (...)". (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de Direito administrativo – Volume 7*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 370.)

Na mesma sintonia, é a doutrina de Odete Medauar: "Quanto às obras públicas realizadas por empreiteiras privadas contratadas, as tendências atuais sobre responsabilização assim se apresentam: (a) pelo fato da obra, isto é, pela existência da obra, responde somente a Administração – por exemplo: obra pública que impede acesso a garagem; (b) por dolo, negligência, imprudência, imperícia da empreiteira na construção, a responsabilidade é solidária, da Administração e da empreiteira, podendo a vítima escolher quem vai acionar ou acionar ambas". (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 369.)

221STJ. *Recurso Especial 1.066.772/MS*. Primeira Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves.

222Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que: "(...) a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública". (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1035.)

223STJ. *Recurso Especial 1.193.248/MG*. Primeira Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

Nesse sentido, para ensejar responsabilidade civil por ato de improbidade violador dos princípios da Administração Pública, que seria o caso de ineficiência administrativa (violação ao art. 37 da CF/88)224, faz-se necessário comprovar o dolo do agente. O STJ entende que o dolo pode ser genérico225, porém, não há possibilidade de condenação com base no art. 11 apenas ocorrendo culpa do agente. O dolo é, pois, elementar.

In casu, a nosso ver, não há elementos que comprovem a ocorrência de conduta dolosa por parte do prefeito em violar o princípio da eficiência administrativa (art. 37, da CF/88). Ao revés, a autoridade adotou medida que lhe pareceu melhor atender ao interesse público naquela situação particular. Assim, levando em consideração os dados fornecidos pelo consulente, não é possível, repita-se, apontar para o cometimento de ato de improbidade violador do princípio da eficiência. Até porque, como entende o STJ226, não basta um elemento para caracterizar o ato de improbidade, mas, sim, uma série de atos que unidos possam ensejar a improbidade administrativa.227

Em verdade, o que se desenvolveu foi a dispensa de licitação com fulcro no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, haja vista se tratar de situação emergencial:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> IV - nos *casos de emergência* ou de calamidade pública, quando caracterizada *urgência de atendimento de situação* que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, *e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos*, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

224Em que pese a Lei nº 8.429/1992, em seu art. 11, não indicar expressamente o mencionado princípio, deve-se entender que ele está contido implicitamente no disposto, posto que o rol do art. 11 não é taxativo e que a lei de improbidade é anterior à CF/88. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 28.)

225STJ. *Recurso Especial 307.583/RN*. Segunda Turma. Relator: Min. Castro Meira.

226STJ. *Recurso Especial 980.706/RS*. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux.

227CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 989.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(Grifos nossos)

Nesse caso, se ficar comprovado que o prefeito não adotou, propositadamente, as medidas administrativas pertinentes para evitar a situação emergencial, é que poderia ser, em tese, responsabilizado com base no art. 11, da Lei nº 8.429/1992. Importa salientar, ainda, que, tais medidas devem ser factíveis. Ou seja, o prefeito poderia agir de determinada forma, posto que estava ao seu alcance, mas optou (quis) não realizar. No dizer de Marino Pazzaglini Filho:

> (...) a norma do art. 11 exige, para sua configuração, que a afronta a princípio constitucional da administração pública *decorra de comportamento doloso do agente público devidamente comprovado, ou seja, que ele aja de forma ilícita, consciente da violação de preceito da administração, motivado por desonestidade, por falta de probidade*.228
>
> (Grifos nossos)

Ainda assim, porém, a responsabilidade com fundamento no art. 11 é residual229, bem dizer: só se manifesta caso não seja comprovado o enriquecimento ilícito do agente e/ou lesão ao erário. Portanto, a nosso ver, dado o caráter residual do art. 11, não há elementos que evidenciam o cometimento de conduta violadora do princípio da eficiência administrativa.

No tocante à responsabilização por ato de improbidade que causa lesão ao erário (art. 10), a lei exige, como já comentado, o dolo ou a culpa do agente. Além, é claro, do prejuízo ao erário. As considerações feitas a respeito do dolo exigido pelo art. 11, aqui se repetem.

Contudo, é possível que, em se comprovando a irregularidade da dispensa de licitação, o prefeito possa responder por lesão ao erário, uma vez que o STJ entende que a dispensa indevida de licitação causa dano *in re ipsa* ao Estado, de modo que a lesão já é, nesse caso, presumida.230

Assim, para que seja afastada a alegação de irregularidade da dispensa, necessário comprovar que, de fato, tenha ocorrido a situação que ensejou a

228PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 105.

229PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 120.

230STJ. *Recurso Especial 817.921/SP*. Segunda Turma. Relator: Min. Castro Meira.

emergência e que a contratação tenha se restringido aos bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial, conforme impõe o art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993. Nesse caminhar, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira sustenta que:

> No tocante à emergência e à calamidade pública, as situações deverão ser analisadas concretamente. *A contratação direta, quando houver emergência ou calamidade pública, limita-se aos bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa.* Desta forma *a lei não autoriza a contratação de qualquer bem ou serviço*. A contratação emergencial é devida mesmo na hipótese em que a situação de emergência seja atribuída ao agente público (emergência "fabricada" ou "provocada"), sob pena de não se atender o interesse da coletividade.231
>
> (Grifos nossos)

Em suma, caso seja comprovada a irregularidade da dispensa de licitação, é possível, a nosso ver, que o prefeito possa ser acionado judicialmente por ato de improbidade que causa lesão ao erário (art. 10, da Lei nº 8.429/1992), o que afastaria, nessa circunstância, a incidência do art. 11, posto que esse último ostenta caráter residual.

2.3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO PELO COMETIMENTO DE ERRO GROSSEIRO

A terceira indagação gira em torno da responsabilidade do engenheiro por ato de improbidade administrativa decorrente de lesão ao erário, caso seja comprovada falha técnica no licenciamento ambiental. Nesse quadrante, a denúncia anônima informa que o engenheiro, agente público, incorreu em erro grosseiro, quando da emissão do laudo.

Já destacamos que, para configurar a incidência do art. 10, da Lei nº 8.429/1992, necessário comprovar o dolo ou culpa do agente, além da lesão (prejuízo) ao erário, em regra (vez que há hipóteses, como a dispensa irregular de licitação, em que a lesão ao erário é presumida).

Sucede que, *in casu*, o enquadramento da conduta do engenheiro requer uma análise detida e acurada, porquanto a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018, na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), novos paradigmas foram estabelecidos, no tocante à

231OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 67-68.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Administração Pública. Ao que se faz relevante no presente caso, cite-se os arts. 22, § 1º, e 28, da LINDB:

> Art. 22. Na *interpretação de normas sobre gestão pública*, serão *considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo*, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
>
> §1º Em *decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias* práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.
>
> (...)
>
> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por *suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*.

(Grifos nossos)

O art. 22, § 1º, da LINDB, traz ao direito público o princípio da realidade, de modo que a atuação do agente público tem que ser analisada a partir das circunstâncias que ensejaram a ação. O controle a ser realizado tem que olhar para o passado não com os olhos do presente, mas com as lentes do tempo em que o ato foi praticado. É o que impõe a lei ao prescrever que "serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente". Irene Patrícia Nohara, ao comentar o artigo em destaque, aduz que:

> Quer-se, com a redação deste dispositivo, *combater aplicações jurídicas excessivas, descontextualizadas, injustas*, em que haja sanções impostas aos gestores de forma arbitrária, sem considerar que ele tinha dificuldades e obstáculos diante das exigências das políticas públicas que lhe incumbia cumprir.232

(Grifos nossos)

Ao lado desse novo paradigma, o art. 28 vem dizer que o agente público "responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro". Essa é uma disposição que, conforme abalizada doutrina233, vem

232NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público – coleção soluções de direito administrativo – v. 10*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 92.

233Essa é a observação de Floriano de Azevedo Marques Neto: "(...) É, justamente, esse o racional do art. 28. Busca basear na certeza de que o agente não será punido pelo seu atuar de boa-fé ou por

tutelar a boa-fé do agente público. É, em verdade, um aceno aos servidores que exercem suas funções com zelo, qualidade, honestidade e responsabilidade. Na síntese lapidar de Gustavo Binenbojm e André Cyrino, tem-se que:

> O art. 28, LINDB, tem *o escopo de proteger o gestor com boas motivações*. Para que ele possa *assumir o risco de deferir e dormir bem*. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato da coisa pública.234

(Grifos nossos)

Nesse quadrante, pois, para o agente público ser responsabilizado por suas opiniões técnicas, faz-se necessário o dolo ou erro grosseiro. O dolo é o elemento subjetivo que se caracteriza pelo designo autônomo de praticar o ato com intuito fraudulento e desonesto. O erro grosseiro, contudo, é o erro evidente, não escusável.

Em âmbito federal, o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os dispositivos da LINDB alterados pela Lei nº 13.655/2018, traz a definição de erro grosseiro, bem como as hipóteses em que ele não se configura:

> Art. 12. O agente público *somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções*.
>
> § 1º Considera-se erro grosseiro *aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*.
>
> § 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

---

divergências de interpretação ou concepção doutrinária". (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública).* Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 136.)

234BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. *O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo.* Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 206, nov. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.
>
> (...)
>
> § 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

(Grifos nossos)

Desse modo, o erro grosseiro, frise-se, é o que se manifesta de modo evidente e inescusável, praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado caráter de negligência, imprudência e/ou imperícia.

Assim sendo, para que o agente público responda por improbidade administrativa, na espécie lesão ao erário (art. 10, da Lei nº 8.429/1992), em vista do erro grosseiro cometido, os requisitos acima destacados têm que ser comprovados, mormente a culpa grave. Esse é o entendimento de Irene Patrícia Nohara, para quem:

> (...) analisando-se a legislação infraconstitucional, o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretado de acordo com o art. 28 da LINDB, *afastando-se a possibilidade de configuração da improbidade sem a presença de erro grosseiro do agente (culpa grave)*." Outrossim, também se entendeu que: "o art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o § 6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir o dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da reponsabilidade regressiva do agente público.235

(Grifos nossos)

No mesmo caminhar, Gustavo Binenbojm e André Cyrino entendem que:

> (...) o art. 28 da LINDB, como lei posterior e de mesma hierarquia que a Lei de Improbidade Administrativa, *opera a sua derrogação parcial, para redefinir as modalidades de ato ímprobo que admitem a modalidade culposa e passar a exigir a configuração de erro grosseiro*. Pelas razões já acima desenvolvidas, trata-se de uma

235NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público – coleção soluções de direito administrativo – v. 10*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 96.

> válida opção legislativa, efetuada de acordo com os princípios e regras constitucionais aplicáveis.
>
> (Grifos nossos)

Assim, entendemos que, caso seja comprovado o erro grosseiro do engenheiro, culpa grave, nos termos do art. 28 da LINDB, além da comprovação do efetivo prejuízo ao erário, o agente público pode ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário (art. 10, da Lei nº 8.429/1992).

2.4. DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DA EMPRESA PÚBLICA RESPONSÁVEL PELA FISCALIZAÇÃO DA OBRA

Questão suscitada pelo prefeito envolve a possibilidade de autuação de processo administrativo objetivando apurar a responsabilidade da empresa pública incumbida da fiscalização da obra. Nesse quadrante, necessário construir breves esclarecimentos.

De início, deve-se compreender que a responsabilidade pela fiscalização do contrato administrativo, ou seja, da obra, *in casu*, é do contratante, por força do que determina o art. 58, III, e o art. 67, ambos da Lei nº 8.666/1993:

> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
>
> (...)
>
> III - *fiscalizar-lhes a execução*;
>
> (...)
>
> Art. 67. A execução do contrato deverá *ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição*.
>
> (Grifos nossos)

Assim, a responsabilidade pela fiscalização da obra é do município, que deve indicar servidor para acompanhar a execução dos trabalhos, possibilitando a lei que seja contratado terceiro para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

fiscalização.236 Em vista disso, conclui-se que a Administração Pública tem o poder-dever de fiscalizar a correta execução do contrato.237 Como destaca Lucas Rocha Furtado:

> Em decorrência da supremacia do interesse público, *não pode a Administração assumir posição passiva e aguardar que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais*. Não pode a Administração esperar o fim do termo do contrato para verificar se seu objetivo foi efetivamente alcançado, se seu objeto foi cumprido. *Durante a própria execução do contrato deverá ser verificado se o contratado está cumprindo todas as etapas e fases do contrato*.238

(Grifos nossos)

Contudo, se o município contrata pessoa jurídica pertencente a sua administração indireta para fiscalizar as obras239, tal fato não interfere na conclusão acima ventilada, porquanto, frise-se, a responsabilidade pela fiscalização é do contratante. Nesse passo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) não deixa dúvidas: "A contratação de empresa para auxiliar a fiscalização de obra pública não exclui a responsabilidade dos fiscais da Administração (art. 67, caput, da Lei 8.666/1993)".240

Bem se sabe que o vínculo estabelecido entre os entes da Administração direta com as entidades da Administração indireta é um vínculo de tutela, de supervisão. Bem dizer, não há hierarquia.241 Assim, nessa circunstância, não incide o poder

236Conforme observa Matheus Carvalho: "O representante da Administração deverá realizar anotações, em registro próprio, de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados e todas as decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes". (CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 556.)

237OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 251.

238FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 771.

239Trata-se, no caso, de contrato de gerenciamento, conforme definição de Lucas Rocha Furtado: "(...) O contratado, no contrato de obra, teria o dever de executar a obra, ao passo que o contratado no contrato de gerenciamento teria a incumbência de acompanhar a execução da obra, reportando-se e relatando à Administração todos os fatos relacionados a sua execução". (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 774.)

240TCU. *Acórdão 5.562/2019*. Primeira Câmara. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues

241CARVALHO FILHO, José dos Santo. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 126.

disciplinar da Administração em relação, por exemplo, a suas empresas públicas, quando essas executam suas atividades finalísticas.

Todavia, se a Administração direta contrata (estabelece vínculo obrigacional, pois) com entidade da Administração indireta, no caso, empresa pública, pelo vínculo de obrigações e direitos estabelecido entre as partes, surge, nesse particular, o poder disciplinar.242 De maneira que, caso a empresa pública descumpra os termos do contrato estabelecido, a Administração tem o poder-dever de apurar a responsabilidade da empresa243, e, a partir das provas colhidas e dos danos causados, aplicar-lhe as sanções cominadas no respectivo contrato firmado entre as partes, por força da autorização conferida pelo art. 87, da Lei nº 8.666/1993.244

A denúncia informa que a empresa privada responsável pelas obras utilizou matérias de baixa qualidade e funcionários sem capacitação técnica, esse fato pode causar danos não apenas à Administração Pública, mas, também, aos particulares, de modo que a fiscalização do contrato deveria (deve) verificar a execução da avença nos termos do contrato estabelecido, que exige matérias de qualidade e funcionários qualificados, nos termos da Lei nº 8.666/1993.

De igual modo, como é cediço, a empresa pública é pessoa jurídica de direito privado que possui patrimônio próprio, nos termos do art. 3º, da Lei 13.303/2016: "empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios". Portanto, a empresa pública pode responder patrimonialmente pelos danos porventura ocasionados.

Quanto ao processo administrativo de responsabilização, este deve seguir as regras estabelecidas na lei do processo administrativo municipal, bem como as

242PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 119.

243O TCU, em várias oportunidades, já se manifestou a respeito do poder-dever imposto à Administração Pública, no que toca à aplicação de sanção contratual, a saber: "A aplicação de multa a empresa pela Administração Pública, quando verificada a ocorrência de infração especificada em contrato, configura obrigação e não faculdade do gestor". (TCU. *Acordão 2.445/2012*. Plenário. Relator: Min. Valmir Campelo)

244Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

disposições contidas na Lei nº 9.784/1999, no que for cabível. Ainda, deve ser garantido, conforme previsão constitucional, o pleno contraditório e ampla defesa à empresa pública, nos termos do art. 5º, LV, da CF/88.

Por fim, entendemos que a denuncia anônima não obsta a abertura do supramencionado processo administrativo de responsabilização, porquanto já decidiu o STJ que desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima. Tal entendimento está registrado na Súmula 611:

> Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração.

Desse modo, registre-se, a empresa pública pode ser responsabilizada pela má fiscalização da obra, posto que descumpriu obrigação contratual estabelecida com o município. Ainda, a responsabilização da empresa, nessa hipótese, não obsta, de igual modo, a responsabilidade do município pelo dever imposto por lei de bem fiscalizar seus contratos administrativos, ainda que esse mister (fiscalizar) tenha sido delegado a terceiros.

2.5. DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE

O consulente deseja esclarecimentos a respeito da prescrição dos danos ambientais. Pois bem: de início, já se antecipa o deslinde da questão e afirma-se que, com base na atual jurisprudência dos tribunais superiores, mormente a do STF, são imprescritíveis os danos ao meio ambiente, por força do art. 37, § 5º, da CF/88.

Nesse lastro, a tradição do direito brasileiro sempre foi no sentido de estabelecer prazos prescricionais, em prestígio ao princípio da segurança jurídica, de maneira que a imprescritibilidade (ou seja, a exceção), em matéria de reparação de danos, há de se legitimar a partir da CF/88.

Daí, portanto, a regra contida no art. 37, § 5º, segundo a qual: "(...) a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento". Ou seja, as ações de ressarcimento ao erário (leia-se: coletividade) são imprescritíveis.

De outra banda, observa-se que o meio ambiente ostenta nítida proteção constitucional, encontrando abrigo no art. 225 da Carta Política. A tutela do meio ambiente - a sua proteção -, é dever que incumbe a toda sociedade, não apenas ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estado, dado que a vida só existe, em sua plenitude, se houver equilíbrio ambiental. Por isso, então, que o art. 225, § 2º, impõe o dever de reparação dos danos ambientais245: "aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei".

Na mesma sintonia, o §3º, do artigo em destaque, informa que 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.246 Resta consagrada, pois, a tríplice responsabilidade: penal, administrativa e civil.247

Em sede infraconstitucional, a Lei nº 6.938/1981 já estabelecia, de há muito, a responsabilidade objetiva dos causadores de danos ambientais, conforme se extrai do art. 4º, VII: "(...) imposição ao poluidor da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados". Nesse passo, observa Romeu Thomé que:

> (...) ao poluidor será imposta a obrigação de recuperar os danos causados, na maior medida possível, restaurando o bem lesado ao *status quo ante*. Caso o dano seja irrecuperável, caberá *ao poluidor indenizar os danos causados por meio do pagamento de um montante em dinheiro, que deverá ser revertido à preservação do meio ambiente*. O intuito do legislador é possibilitar a integral reparação do meio ambiente degradado.248
>
> (Grifos nossos)

O STJ, galgado na ideia de indisponibilidade do bem ambiental, na sua dimensão coletiva e fundamental, rechaça a hipótese de prescrição dos danos causados ao meu ambiente. É o que se observa, pois, na seguinte passagem: "(...) as infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis".249

Forte na ideia de essencialidade do meio ambiente, também já decidiu o STJ que: "O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se

245THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 586.
246THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 587.
247THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 587.
248THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 587.
249STJ. *Recurso Especial 1.421.163/SP*. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal".250

No aspecto da dimensão coletiva, o STJ manifestou-se no seguinte sentido: "Em sua dimensão coletiva, a jurisprudência desta Corte superior entende que a pretensão de reparação do dano ambiental não é atingida pela prescrição, em função da essencialidade do meio ambiente".251

A Suprema Corte, ao analisar a matéria, concluiu que, de fato, a prescrição é a regra, contudo, considerando o direito fundamental coletivo e indisponível ao meio ambiente, o art. 37, § 5º, ostenta uma não prescrição implícita, de modo que a segurança jurídica há de ser estendida para as futuras gerações, que poderão cobrar dos respectivos causadores o ressarcimento pelos danos ambientais provocados. No que interessa, segue ementa do acórdão que sedimentou o assunto (Recurso Extraordinário 654.833/AC):

> Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Debate-se nestes autos se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, que beneficia o autor do dano ambiental diante da inércia do Poder Público; ou se devem prevalecer os princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação do meio ambiente, que beneficiam toda a coletividade.
>
> 2. Em nosso ordenamento jurídico, *a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo*.
>
> 3. Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, *a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis*.
>
> 4. *O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados*

250STJ. *Recurso Especial 1.120.117/AC.* Primeira Turma. Relator: Min. Eliana Calmon.
251STJ. *Recurso Especial 1.641.167/RS*. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi.

> *internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual*.
>
> 5. *A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais*. (...)252

(Grifos nossos)

Portanto, em matéria de ressarcimento à coletividade pelos danos ambientais, não há que se falar em prescrição, por força da interpretação dada ao art. 37, § 5º, da CF/88, pelo STF.

3 – CONCLUSÕES

Ante o exposto, conclui-se objetivamente que:

a) O município não responde objetivamente pelos danos provocados por obras realizadas por empresa privada quando esta age de maneira negligente na execução do contrato. Nesse caso, a empresa contratada responde diretamente pelos danos provocados, ensejando a responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 70, da Lei nº 8.666/1993, e dos arts. 186, 187 e 927, todos do CC;
b) O prefeito poderá ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário (art. 10, da Lei nº 8.429/1992) caso fique comprovada irregularidade na dispensa de licitação.

Por sua vez, a responsabilidade por ato de improbidade que viole o princípio da eficiência administrativa ostenta caráter residual, além de exigir o elemento subjetivo dolo. Portanto, entendemos não ser possível a responsabilização do prefeito com fulcro no art. 11, da Lei nº 8.429/1992;

c) O engenheiro poderá ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário (art. 10, da Lei nº 8.429/1992) caso fique demonstrado: I) o erro grosseiro cometido, que exige o elemento subjetivo culpa grave; e II) o efetivo prejuízo ao erário;

252STF. *Recurso Extraordinário 654.833/AC*. Plenário. Relator: Min. Alexandre de Moraes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

d) A empresa pública responsável pela fiscalização da obra pode responder administrativamente pelo descumprimento das suas obrigações contratuais para com o município. Contudo, a responsabilização da empresa não obsta, de igual modo, a responsabilidade do município pelo dever imposto por lei (art. 58, III, e o art. 67, ambos da Lei nº 8.666/1993) de bem fiscalizar seus contratos administrativos, ainda que esse mister (fiscalizar) tenha sido delegado a terceiros; e
e) Os danos ambientais são, conforme atual jurisprudência dos tribunais superiores, mormente a do STF (Recurso Extraordinário 654.833/AC), violações ao direito fundamental coletivo e indisponível ao meio ambiente, de maneira que a sua imprescritibilidade é amparada pelo art. 37, § 5º, da CF/88, que ostenta uma não prescrição implícita.

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de Direito administrativo – Volume 7*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. *O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo.* Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 203-224, nov. 2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santo. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública).* Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público – coleção soluções de direito administrativo – v. 10*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 998 de 23/01/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Unichristus
Centro Universitário Christus

CURSO DE DIREITO

WINNIE SOUSA CRUZ

A EXPOSIÇÃO VIRTUAL ÍNTIMA NÃO CONSENTIDA DA MULHER

FORTALEZA

2019

WINNIE SOUSA CRUZ

A EXPOSIÇÃO VIRTUAL ÍNTIMA NÃO CONSENTIDA DA MULHER

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Christus – Unichristus como requisito parcial necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Sousa Bessa

Fortaleza

2019

Dedico este trabalho, especialmente, aos meus pais e à Inara, por todo o apoio e compreensão durante a minha formação, e por serem o meu alicerce.

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sempre me abençoar e ter me dado forças e saúde ao longo dessa árdua caminhada.

Agradeço aos meus pais, José Celso Lima da Cruz e Marluce Lima de Sousa, por serem o meu alicerce e por todo o amor, incentivo e cuidado, em todos os momentos da minha vida.

Agradeço à minha irmã, Inara Sousa Cruz, pelo companheirismo e pela motivação em todas as etapas da minha vida.

Agradeço às minhas primas, Samille Sousa Pereira e Monaliza Sousa de Assis, por todo o auxílio, ao longo desses anos de faculdade, pelo imenso apoio e pela guarida de sempre.

À toda a minha família, os meus sinceros agradecimentos, pois sempre me motivaram a realizar os meus sonhos e torcem muito pelo meu sucesso.

Agradeço à minha amiga, Thamiris dos Santos Gomes, pelas palavras e pelos conselhos, nos momentos de inquietude, bem como pela irmandade construída no decorrer dos muitos anos de amizade.

Agradeço ao meu namorado, Francisco Robson Castro Amorim, que compreendeu minha ausência e me apoiou incessantemente.

Agradeço ao meu orientador, Professor Leandro Sousa Bessa, pela disponibilidade e todo o suporte na elaboração do presente trabalho.

Agradeço a todos que contribuíram, direta e indiretamente, para a minha formação pessoal e profissional.

“Eu não me vejo na palavra
Fêmea: alvo de caça, conformada vítima.”

Francisco, El Hombre.

RESUMO

Há uma ampla discussão a respeito da penalização do crime de exposição virtual íntima, pois, por violar a intimidade e a privacidade da vítima e, consequentemente, atingí-la no âmbito de suas relações, trata-se de conduta praticamente irreparável, o que torna inócua a possibilidade de estipular-se valor indenizatório, seja ele qual for, tratando-se de uma questão moral muito mais complexa. Os dados também retratam as consequências psicossociais causadas às vítimas dessa prática delituosa, as quais podem sofrer fortes abalos emocionais, desenvolver depressão e até cometer suicídio, gerando um impacto negativo no âmbito social. A justificativa do tema fundamenta-se pela sua complexidade, bem como pela importância ao âmbito social, tanto pela perigosa era digital e tecnológica, a qual ganha mais proporção ao passar dos anos, quanto pela necessidade de sanções judiciais mais eficazes ao regulamentar a prática da disseminação indevida de material íntimo. Nesse sentido, tem-se como objetivo primordial desse estudo investigar as propostas do Projeto de Lei Rose Leonel (PL 5.555/2012), com análise às mudanças e às inovações ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, no âmbito penal e no âmbito social, inerentes à Lei Lei nº 13.772/2018, recentemente sancionada. Nessa perspectiva, especificamente, perquire-se a fragilidade do ordenamento jurídico, em relação à penalização da conduta de exposição virtual íntima, e analisa-se as consequências da violação dos direitos à intimidade e à privacidade, em seus respectivos aspectos sociais e morais, causadas pela exposição virtual íntima não consentida às vítimas de gênero feminino. Objetiva-se, também, vislumbrar a respeito do fenômeno da legislação álibi, recorrente no Brasil. Para tanto, utilizou-se de método indutivo e qualitativo de pesquisa, bem como pesquisa bibliográfica e documental, analisando-se jurisprudências e suas referidas decisões acerca do crime tratado. Dessa forma, conclui-se que as inovações legais podem contribuir no enfrentamento aos “crimes digitais”, os quais ferem a intimidade e a privacidade das vítimas, porém o Estado necessita agir preventivamente para ter mais eficiência no combate a estes delitos.

Palavras-chave: Direito Penal. Exposição Virtual Íntima. Legislação Álibe. Projeto de Lei Rose Leonel.

ABSTRACT

There is a wide-ranging discussion about respecting the criminalization of intimate virtual exposure, since violating the privacy and privacy of the victim and, as a result, reaching the limit of their relationships, this is practically irreparable conduct, which makes the possibility of indemnity value, whatever it may be, a much more complex moral issue. The data also portray the psychosocial consequences caused to the victims of this criminal practice, which can suffer severe emotional aftershocks, develop depression and even commit suicide, causing a negative impact on the social sphere. The justification for the theme is based on its complexity as well as its importance to the social sphere, as well as on the dangerous digital and technological age, which has gained more proportion over the years, and on the need for more effective judicial sanctions when regulating the practice of the law improper dissemination of intimate material. In this sense, the main objective of this study to investigate the proposals of the Rose Leonel Bill (PL 5.555 / 2012), with analysis of the changes and innovations to the Brazilian Legal System, in the criminal and social scope, inherent to the Law No. 13.772/2018, recently sanctioned. From this perspective, specifically, the fragility of the legal system in relation to the penalization of the conduct of intimate virtual exposure is investigated, and the consequences of the violation of the rights to privacy and privacy, in their respective social and moral aspects, caused by the virtual exposure are analyzed. not consented to female victims. It also aims to glimpse about the phenomenon of alibi legislation, recurrent in Brazil. To this end, we used an inductive and qualitative method of research, as well as bibliographic and documentary research, analyzing jurisprudence and their decisions about the treated crime. Thus, it is concluded that legal innovations can contribute to the fight against “digital crimes”, which hurt the privacy and privacy of victims, but the State needs to act preventively to be more effective in combating these crimes.

Keywords: Criminal Law. Intimate Virtual Exposure. Alibi Legislation. Rose Leonel Bill.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: DESPOLITIZAÇÃO E AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO 14

2.1 Machismo e as formas de controle sobre a mulher 15

2.2 O compromisso do Estado na proteção à mulher 19

2.3 Processo de emancipação feminina 28

2.4 A visualização da mulher na sociedade 33

3 A EXPOSIÇÃO VIRTUAL ÍNTIMA NÃO CONSENTIDA 37

3.1 Os aspectos comportamentais na Internet 38

3.2 O aspecto de gênero na vingança pornográfica 43

3.3 Danos psicológicos em torno da conduta 44

3.3.1 O medo de denunciar 49

3.3.2 A culpabilização da vítima 51

3.3.3 Garantia de acolhimento das vítimas 54

3.4 A experiência do direito internacional e a normatização de outros países 57

4 ATUAL NORMATIZAÇÃO: LEGISLAÇÃO ÁLIBI 64

4.1 A regulamentação jurídica atual para a prática de disseminação indevida de material íntimo: O não combate à origem do problema 65

4.2 A nova Lei de Importunação Sexual e as inovações penais: *sextorsion e revenge porn* 68

4.3 Projeto de Lei Rose Leonel: alterações ao Código Penal e à Lei Maria da Penha 74

4.4 Propostas de combate efetivo: a importância da prevenção 78

SUMÁRIO

REFERÊNCIAS.....84

APÊNDICE.....95

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aduz sobre a conduta ilícita de exposição virtual de material íntimo sem o consentimento da mulher, vítima, o qual passou a ser muito discutido nos últimos anos, pela incidência de casos e, principalmente, pela repercussão de muitos destes.

Em pesquisas mencionadas ao longo do trabalho, constata-se que as maiores vítimas do referido delito são as mulheres, o que torna necessário explanar os aspectos culturais da sociedade, com enfoque às possíveis causas de tamanha incidência da violação do direito à intimidade feminina, considerando também a questão da violência de gênero e da objetificação do corpo da mulher, fruto do machismo enraizado na sociedade.

Essa exposição íntima na esfera virtual toma grandes proporções, violando a dignidade da pessoa humana, a sua privacidade e, de certa forma, a sua liberdade, pois, ao ter algum tipo de conteúdo íntimo divulgado, a vítima poderá ser acometida de diversos enfrentamentos perante a sociedade, sejam eles no âmbito social, profissional, psicológico e/ou familiar.

Dessa forma, desenvolve-se, no presente trabalho, um estudo sobre a conduta de violência contra a mulher, discutindo-se a respeito do machismo e das formas de controle sobre as mulheres, analisando a possibilidade de validação da dominação masculina acerca destes preceitos.

Tem-se como objetivo geral do presente estudo investigar as propostas do Projeto de Lei Rose Leonel, com análise às mudanças e às inovações ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, no âmbito penal e no âmbito social, inerentes à Lei nº 13.772/2018, recentemente sancionada.

Ademais, em se tratando dos objetivos específicos, perquire-se a fragilidade do ordenamento jurídico, em relação à penalização da conduta de exposição virtual íntima, e analisa-se as consequências da violação dos direitos à intimidade e à privacidade, em seus respectivos aspectos sociais e morais, causadas pela exposição virtual íntima não consentida às vítimas de gênero feminino. Objetiva-

se, também, vislumbrar a respeito do fenômeno da legislação álibe, recorrente no Brasil.

A escolha do tema fundamenta-se não somente na análise da (in)eficácia das leis que regem penas ao crime de exposição virtual íntima, mas também no caráter simbólico das normas criadas perante os crimes cometidos em redes virtuais, haja vista serem criadas com lentidão, não visando ao combate ou à prevenção, mas à resposta social, com a criação de leis recrudescedoras. Justifica-se o tema, ainda, por ser algo relativamente novo na modernidade, ocasionando discussões e dúvidas cada vez mais incidentes.

O método de pesquisa abordado foi o método indutivo, visto que se busca conclusões a partir da avaliação do fenômeno social, qual seja a incidência da tecnologia em relação à prática da exposição virtual não consentida de material íntimo e suas respectivas sanções.

A pesquisa tem natureza qualitativa, tendo em vista que o trabalho se alicerça na busca em entender as causas e as consequências da prática da exposição virtual íntima não consentida, no âmbito social e jurídico, analisando também os efeitos de uma punição eficiente a quem pratica.

Outrossim, estabelece-se como técnicas de pesquisas manejadas, a pesquisa bibliográfica, em virtude da utilização de artigos relativos ao assunto, fazendo-se também o uso de jurisprudências, para a observância das decisões dos Tribunais acerca do referido crime. Assim, ressalta-se que a pesquisa está dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo, aborda-se o momento histórico de emancipação feminina, bem como o papel do Estado na proteção dos seus direitos, destacando o compromisso estatal no âmbito nacional e internacional, e analisando os mecanismos criados para a defesa e proteção das mulheres.

No segundo capítulo, em se tratando da exposição virtual íntima não consentida, buscou-se perquirir as fragilidades do regime jurídico e da eficácia na atual penalização à prática de tal delito, verificando as nuances envolvidas à questão, especialmente, aos danos sofridos pelas vítimas, analisando-se, também, as

consequências da violação dos direitos à intimidade e à privacidade, em seus respectivos aspectos sociais e morais, relacionados às vítimas de gênero feminino, por serem as mais atingidas.

No terceiro capítulo, argumenta-se a respeito do caráter simbólico do âmbito legislativo brasileiro, por se comportar como uma legislação álibe, frente aos déficits ainda existentes no ordenamento, não agindo preventivamente, somente proferindo leis com caráter emergencial, a fim de acabar, apenas, com as pressões sociais.

Por fim, apresenta-se as mudanças trazidas pela Lei nº 13.772/2018, a partir do Projeto de Lei Rose Leonel (PL nº 5.555/13), a fim de discutir sobre como e em que medida tais mudanças poderão contribuir, positiva ou negativamente, com o atual cenário da sociedade brasileira, e o surgimento de “crimes digitais”, os quais ferem a intimidade e a privacidade das vítimas.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: DESPOLITIZAÇÃO E AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica, portanto, passível de desconstrução, a qual revela estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder, podendo ser, por definição, considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou seja passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.[1]

Entende-se a violência como um fenômeno complexo e múltiplo, podendo ser compreendido a partir de fatores sociais, históricos, culturais e subjetivos, mas que não deve ser limitado a nenhum deles[2]. Assim, destaca-se como uma característica da violência o seu caráter multívoco, referindo-se a esta como experiência de um caos interno ou a ações ultrajantes cometidas sobre um ambiente, sobre coisas ou pessoas, segundo o ponto de vista de quem a comete ou de quem a sofre.[3]

Dessa forma, é cediço que a violência contra a mulher é fruto de uma construção sócio-histórica e está intimamente associada a papéis desempenhados pela mulher em suas relações sociais no curso da história, existindo crenças arraigadas nessa cultura patriarcal de que o homem é proprietário da mulher e de

---

[1] PINAFI, Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. **Revista Histórica**, São Paulo, n. 21, abr./maio. 2007. Disponível em: http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/. Acesso em: 28 out. 2019.

[2] GUIMARÃES, Maria Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 256-266, maio/ago. 2015 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2019.

[3] BARUS-MICHEL, 2001 *apud* GUIMARÃES, Maria Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 256-266, maio/ago. 2015 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2019.

que pode dispor de seu corpo e de sua vontade, fazendo com que ele tenha dificuldades em reconhecer seu comportamento disfuncional.[4]

Posto isso, a dominação/opressão sofrida pelas mulheres pode ser situada no campo político e ideológico da vida social, estendendo seus efeitos para diversas áreas, abrangendo a estrutura patriarcal por todo o tecido social, de acordo com uma lógica machista de poder, e fazendo da violência uma das formas de manutenção desse poder.[5]

2.1 Machismo e as formas de controle sobre a mulher

O patriarcado foi, sem dúvida, a teoria mais importante concebida para explicar o contexto de discriminação suportado pelas mulheres e, nessa teoria, afirma-se que as sociedades são patriarcais, na medida em que os homens detêm poder sobre as mulheres, traduzindo-se em uma relação de hierarquia entre o masculino e o feminino.[6]

Assim, perpetua-se a “cultura machista”, advinda da estrutura patriarcal, enraizada, naturalizada e disseminada na dinâmica social, tanto pelo processo de socialização como pelos comportamentos comumente aceitos em várias instâncias: espaço privado, instituições educacionais, espaços religiosos, entre outros.[7]

---

[4] FILARD, Mariana Faria; COSTA, Maria Rosineide da Silva. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. **Anais eletrônicos** [...]. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, p. 339-355. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/743p0iw2/jVRA1D3cI5rxmsYk.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

[5] ROMEIRO, Julieta Ferreira. **A institucionalização das políticas de combate à “violência conjugal” no Brasil**: inovações e controvérsias. 2007. 122 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

[6] BECHERT, Cristchie Fhayanne *et al.* Formas de controle e opressão das mulheres. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENLAÇANDO SEXUALIDADES, 5., 2017, Salvador. **Anais Eletrônicos** [...]. Salvador: Universidade do Estado da Bahia, 2017. Disponível em: https://editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA1_ID492_02062017231302.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

[7] OLIVEIRA, Rosane Cristina de; LIMA, Jacqueline de Cássia Pinheiro; GOMES, Raphael Fernandes. Machismo e discurso de ódio nas redes sociais: uma análise da “opiniões” sobre a violência sexual contra as mulheres. **Revista Feminismos**, Salvador, v. 6, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30363/17895. Acesso em: 20 set. 2019.

Nesse sentido, as disparidades impostas culturalmente aos gêneros foram realçadas por meio da dominação patriarcal, a qual delimitou padrões de comportamento, principalmente no que concerne às questões de sexualidade dos sujeitos.[8]

Dessa forma, por ter mulheres como a maioria das vítimas, a prática da exposição virtual íntima não consentida reflete aspectos culturais da sociedade, ou seja, a rede é transformada em um espelho fiel da sociedade, que replica desvios de conduta, como a violência contra a mulher.[9]

Compreende-se, então, que, ainda no século XXI, vive-se em um mundo em que muitos homens cometem crimes contra as mulheres e estas, ora vítimas, são acusadas e xingadas; Em um mundo em que homens, orgulhosamente, divulgam as cenas do estupro que cometeram, por exemplo, não havendo, portanto, solidariedade com as vítimas de tal crime, muito menos com as mulheres que se permitem filmar ou fotografar, fazendo sexo consentido com o namorado[10] ou em qualquer outra situação.

Na verdade, este tipo de acontecimento suscita números expressivos de comentários, desde aqueles de apoio à vítima até os que a culpabilizam e a desmoralizam, utilizando argumentos advindos do senso comum que, em geral, tornam visíveis os valores morais e elementos culturais, sob os quais o "comentador" baseia, ainda que implicitamente, o seu discurso.[11]

Entende-se, desse modo, que o fato de estar no espaço virtual traduz-se, de certa forma, como uma cortina protetiva para aqueles que julgam ter plena

---

[8] CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira; LELIS, Acácia Gardênia Santos. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. **Revista Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 4, n. 3, p. 59-68, jun. 2016. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118/1849. Acesso em: 20 set. 2019.

[9] PERUGINI, Ana. O machismo está on-line. **Teoria e Debate**. São Paulo, 19 de outubro de 2017. Disponível em: https://teoriaedebate.org.br/2017/10/19/o-machismo-esta-on-line/. Acesso em: 20 set. 2019.

[10] ARONOVICH, Lola. A pornografia da revanche vindo com tudo. **Escreva Lola Escreva**. Fortaleza, 18 de novembro de 2013. Disponível em: http://escrevalolaescreva.blogspot.com/2013/11/a-pornografia-da-revanche-vindo-com-tudo.html. Acesso em: 20 set. 2019.

[11] OLIVEIRA, Rosane Cristina de; LIMA, Jacqueline de Cássia Pinheiro; GOMES, Raphael Fernandes. Machismo e discurso de ódio nas redes sociais: uma análise da "opiniões" sobre a violência sexual contra as mulheres. **Revista Feminismos**, Salvador, v. 6, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30363/17895. Acesso em: 20 set. 2019.

liberdade de expressão e, portanto, sem sofrer sanções[12], o que dá ensejo à incidência das tantas condutas ilícitas e/ou ilegais cometidas virtualmente e ao, ainda fraco, sistema de resolução para os referidos casos, em especial, os de disseminação virtual de material íntimo sem consentimento.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), 95% (noventa e cinco por cento) de todos os comportamentos agressivos e difamadores na *web* têm mulheres como alvos, considerando que a violação da privacidade, a perseguição e a exposição pública consistem em violência contra a mulher e que os crimes realizados no âmbito da internet têm abrangência negativa, a qual ultrapassa qualquer barreira territorial, os seus efeitos devastadores acompanham a vítima para o resto de sua vida.[13]

Assim, o corriqueiro conselho "melhor não fazer" traz implícitas convenções de gênero e sexualidade que associam o desejo e comportamento sexual masculino à predação, ao passo que às mulheres caberiam freios, precaução e controle, notando-se, neste cenário, um incômodo trânsito entre a moralização da sexualidade feminina e a precaução pragmática frente a possíveis violências.[14]

Nesse sentido, Nina Becker ressalta que a exposição pornográfica não consentida serve como mecanismo de controle dos homens sobre as mulheres, sendo, de fato, uma perpetuação da violência de gênero do mundo concreto, ou seja, um reflexo do pensamento machista da sociedade, que trata as mulheres e seus corpos como objetos.[15]

---

[12] OLIVEIRA, Rosane Cristina de; LIMA, Jacqueline de Cássia Pinheiro; GOMES, Raphael Fernandes. Machismo e discurso de ódio nas redes sociais: uma análise da "opiniões" sobre a violência sexual contra as mulheres. **Revista Feminismos**, Salvador, v. 6, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30363/17895. Acesso em: 20 set. 2019.

[13] PERUGINI, Ana. O machismo está on-line. **Teoria e Debate**. São Paulo, 19 de outubro de 2017. Disponível em: https://teoriaedebate.org.br/2017/10/19/o-machismo-esta-on-line/. Acesso em: 20 set. 2019.

[14] LINS, Beatriz Accioly. "Ih, vazou!": pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre "pornografia de vingança". **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, jan./dez. 2016. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851. Acesso em: 20 set. 2019.

[15] CRIMES virtuais, dores reais. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Humanista, Porto Alegre, 31 jan. 2019. Disponível em: https://www.ufrgs.br/humanista/2019/01/31/crimes-virtuais-dores-reais/. Acesso em: 20 set. 2019.

Destarte, as construções simbólicas que impõem a homens e mulheres, determinados papéis, identificando-os dentro de sua cultura, acabam por limitar as potencialidades dos gêneros, criando rotulações sobre o que seria ou não permitido a cada um deles no âmbito social.[16]

Desse modo, a validação do poder masculino se dá, de certa forma, através do processo de criação machista, ratificando a distinção entre os sexos e alocando o feminino no lugar da subserviência em relação ao masculino[17], esquecendo que, no final das contas, o simples deslizar de um dedo sobre uma tela pode mostrar que conteúdos aparentemente digitais são, na verdade, reputações ou vidas.[18]

Assim, observa-se que a utilização do meio virtual funciona como um agravante às práticas machistas, haja vista ser operada, supostamente, com uma proteção da identidade dos agentes, dando, assim, maior ensejo ao compartilhamento de imagens íntimas sem consentimento, prática que, para combatê-la, necessita do ataque à sua origem, qual seja o machismo arraigado na sociedade, considerando a educação como o melhor caminho para esse enfrentamento.[19]

---

[16] CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira; LELIS, Acácia Gardênia Santos. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. **Revista Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 4, n. 3, p. 59-68, jun. 2016. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118/1849. Acesso em: 20 set. 2019.

[17] OLIVEIRA, Rosane Cristina de; LIMA, Jacqueline de Cássia Pinheiro; GOMES, Raphael Fernandes. Machismo e discurso de ódio nas redes sociais: uma análise da “opiniões” sobre a violência sexual contra as mulheres. **Revista Feminismos**, Salvador, v. 6, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30363/17895. Acesso em: 20 set. 2019.

[18] CRIMES virtuais, dores reais. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Humanista, Porto Alegre, 31 jan. 2019. Disponível em: https://www.ufrgs.br/humanista/2019/01/31/crimes-virtuais-dores-reais/. Acesso em: 20 set. 2019.

[19] PERUGINI, Ana. O machismo está on-line. **Teoria e Debate**. São Paulo, 19 de outubro de 2017. Disponível em: https://teoriaedebate.org.br/2017/10/19/o-machismo-esta-on-line/. Acesso em: 20 set. 2019.

2.2 O compromisso do Estado na proteção à mulher

Norberto Bobbio aludiu que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.[20] Trata-se de um problema de fundamentação político-filosófico dos direitos.

O referido autor ainda menciona que, “no plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes, outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva.”[21]

Assim, cumpre-se destacar que, inequivocamente, após a segunda metade do século XX, com o processo pós-guerra e a adesão aos diplomas internacionais humanistas, da isonomia que prelecionou o fato jurídico de que as mulheres e os homens são formalmente iguais, foi que o mundo passou a se preocupar com os casos envolvendo a violência física, psíquica e moral da mulher, e voltou a atenção aos problemas que as acometem.[22]

Salienta-se que, ao longo da história da humanidade, os registros encontrados sobre a violência de gênero vêm assumindo as formas mais diversas, condicionados ao simples fato do ser humano pertencer ao sexo feminino para que o ato violento ocorra.[23]

O sexo não é apenas um objeto de regulação, mas, também, na forma da pretensão à sua livre expressão, um direito no sentido “subjetivo” do termo, pois, nessa linha é que se desenham os chamados “direitos sexuais”, entendidos como

---

[20] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
[21] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
[22] SILVA, Aarão Miranda da. O Estado brasileiro e o (des)respeito aos direitos humanos das mulheres. **Migalhas,** 12 maio 2011. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI133007,11049-O+Estado+brasileiro+e+o+desrespeito+aos+direitos+humanos+das+mulheres. Acesso em: 02 maio 2019.
[23] FADIGAS, Amanda Braga de Melo. Violência contra a mulher: a importância do exercício da cidadania no combate ao crime silencioso. **Revista Ártemis**, João Pessoa, v. 4, jul. 2006. Disponível em: http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2102/1860. Acesso em: 02 maio 2019.

direitos que protegem as decisões e escolhas que os indivíduos fazem sobre seus corpos, desejos e prazeres.[24]

Destarte, embora muitas normas discriminatórias em relação às mulheres tenham diso removidas de boa parte dos sistemas jurídicos atuais (no caso do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, sobretudo com a entrada em vigor do Código Civil de 2012), faz-se necessário verificar se o sexismo não teria se deslocado para o âmbito dos processos de interpretação e de aplicação do direito.[25]

Dessa forma, percebe-se que as pautas de gêneros e feminismos vêm sendo potencializadas nos últimos anos com as lutas do campo político, ante aos possíveis retrocessos legislativos. As mulheres passaram a ocupar as ruas e a protagonizar movimentos pelos seus direitos sociais e reprodutivos, e, por consequência, trouxeram à tona violações históricas de seus corpos, seja por violências físicas, morais ou sexuais.[26]

Nesse sentido, para o enfrentamento da violência contra a mulher, é necessário integrar conhecimentos produzidos nas diversas ciências, pois trata-se de um tema sensível, que se refere à violação dos direitos das mulheres, tem sua origem em múltiplos determinantes e suas raízes na construção sócio histórica e cultural de relações assimétricas de poder entre gêneros.[27]

É interessante observar que não é a força em si que delimita a violência, mas sim o seu caráter de perturbação de uma ordem social, portanto, aproximando o conceito de violência da perturbação de uma ordem social, a compreensão do

---

[24] RABENHORST, Eduardo Ramalho. Encontrando a teoria feminista do direito. **Prima Facie**, João Pessoa, v. 9, n. 17, jul./dez. 2010. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/9871/5578. Acesso em: 29 nov. 2019.
[25] RABENHORST, Eduardo Ramalho. Encontrando a teoria feminista do direito. **Prima Facie**, João Pessoa, v. 9, n. 17, jul./dez. 2010. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/9871/5578. Acesso em: 29 nov. 2019.
[26] FELIX, Daniela. Mais uma vez precisamos falar sobre violências contra nós, mulheres. **Portal Catarinas**, Florianópolis, 08 mar. 2017. Disponível em: https://catarinas.info/colunas/mais-uma-vez-precisamos-falar-sobre-violencias-contra-nos-mulheres. Acesso em: 02 maio 2019.
[27] BIGLIARDI, Adriana Maria; ANTUNES, Maria Cristina; WANDERBROOCKE, Ana Claudia N. S. O impacto das políticas públicas no enfrentamento à violência contra a mulher: implicações para a Psicologia Social Comunitária. **Bol. - Acad. Paul. Psicol.**, São Paulo, v. 36, n. 91, p. 262-285, jul. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415711X2016000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 02 maio 2019.

ordenamento da sociedade torna-se imprescindível para estabelecer os limites da violência.[28]

Ressalta-se então que, no campo jurídico e legislativo brasileiro, a promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006, é considerada como o principal marco no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil.[29]

Sobre a promulgação desta Lei e sobre as obrigações assumidas pelo Brasil, Ela Wiecko Volmer de Castilho preleciona o seguinte:

> A Lei Maria da Penha é uma política do Estado brasileiro, pois ela cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do parágrafo oitavo do artigo 226 da Constituição. Além disso, decorre de obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA). O Brasil assinou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (BRASIL, 2002) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (BRASIL, 2002). Outro instrumento internacional assinado pelo Brasil é a Plataforma de Ação acordada na IV Conferência sobre a Mulher, realizada em Beijing, em 1995.[30]

Assim, com a promulgação do referido aparato legislativo, a violência intrafamiliar deixou de ser tratada entre particulares envolvidos em sua vitimização, haja vista que o Estado passou a reconhecer esse mal social e se ativar no enfrentamento, mediante medidas jurídicas para garantir a segurança das vítimas,

---

[28] ANGELIM, Fábio Pereira; DINIZ, Glaucia Ribeiro Starling. O pessoal torna-se político: o papel do Estado no monitoramento da violência contra as mulheres. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 259-274, dez. 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519549X2009000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 02 maio 2019.

[29] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil**: indicadores nacionais e estaduais. Observatório da mulher contra a violência, Brasília, n. 2, 2018. Disponível em: http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

[30] CASTILHO, Ela Wiecko Volmer de. A Lei Maria da Penha e as políticas públicas. **Secretaria da Segurança Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 27 fev. 2014. Disponível em: https://www.ssp.rs.gov.br/a-lei-maria-da-penha-e-as-politicas-publicas. Acesso em: 02 maio 2019.

mediante construção e disponibilização de abrigos, além de maior responsabilização penal dos agressores.[31]

Ademais, é importante destacar que o primeiro órgão internacional a cuidar dos direitos humanos das mulheres foi a Comissão Interamericana sobre as Mulheres (CIM), criada em 1928, para a região da América Latina. Este órgão foi o responsável pela realização do projeto da Convenção Interamericana sobre a Nacionalidade das Mulheres, adotado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1933.[32]

A respeito da legislação internacional adotada pelo Brasil, destaca-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a qual foi aderida pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1979. Esta Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através de sua aprovação pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, e promulgação pelo Decreto nº 89.406, de 1º de fevereiro de 1984, percebendo-se, portanto, que percorreu todos os trâmites exigidos para que vincule o país signatário, não só perante a comunidade internacional, como também internamente.[33]

A referida Convenção é fruto da postulação do movimento de mulheres, a partir da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, a qual, levando em consideração o tema principal, direitos humanos, foi a Convenção que mais recebeu reservas por parte dos Estados signatários, principalmente em temas cujo conteúdo principal é a igualdade doméstica entre homens e mulheres.[34]

Destaca-se também a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, em 1993, bem como a Convenção Interamericana para

---

[31] MAGALHÃES FILHO, Silvio da Costa; MAGALHÃES, Luzinete da Silva. Uma análise sobre as ações do Estado no enfrentamento da violência doméstica familiar. **Brazilian Applied Science Review**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 937-950, jul./set. 2018. Disponível em: http://www.brjd.com.br/index.php/BASR/article/view/467. Acesso em: 02 maio 2019.

[32] EVANGELISTA, Desirée. Direitos humanos das mulheres na esfera internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, 09 nov. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53646/direitos-humanos-das-mulheres-na-esfera-internacional. Acesso em: 10 jun. 2019.

[33] MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional ao direito da mulher. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 11, p. 155-170, jan./jul. 2000, p. 159. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

[34] EVANGELISTA, Desirée. Direitos humanos das mulheres na esfera internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, 09 nov. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53646/direitos-humanos-das-mulheres-na-esfera-internacional. Acesso em: 10 jun. 2019.

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), aprovada pela OEA, em 1994, as quais assentam que a violação dos direitos da mulher, tanto na esfera pública, quanto na privada, constituem em uma violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais.[35]

> A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher insere-se no sistema regional-especial de proteção aos direitos humanos. Aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 9 de junho de 1994, a Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto presidencial nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.[36]

Logo em seu artigo 1º, a Convenção define a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público, como no privado.” Assim, igualmente à Convenção da ONU, o documento da OEA reconhece, expressamente, que a violência contra as mulheres é um fenômeno que as afeta em todas as esferas de suas vidas: pode ocorrer dentro da família ou unidade doméstica, como também na comunidade, em instituições educacionais, nas relações de trabalho etc.[37]

Dessa forma, vale dizer que a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido contra uma mulher, porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional, adicionando que a violência baseada no gênero

---

[35] EVANGELISTA, Desirée. Direitos humanos das mulheres na esfera internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, 09 nov. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53646/direitos-humanos-das-mulheres-na-esfera-internacional. Acesso em: 10 jun. 2019.

[36] MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional ao direito da mulher. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 11, p. 155-170, jan./jul. 2000, p. 165. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

[37] MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional ao direito da mulher. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 155-170, jan./jul. 2000. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre homens e mulheres.[38]

Posto isto, o novo sistema brasileiro de proteção da mulher deve ser integrado e especializado, valorizando ações de prevenção, erradicação e punição da violência. Ademais, no combate a condutas agressivas, a vítima precisa ser focalizada, e não mais apenas o criminoso, possuindo o Estado o dever de zelar pela integridade física e psíquica desta vítima, concentrando esforços na tentativa de reparar o dano causado. Afinal, proteger a mulher no século onde a força feminina exerce tanta influência nos diversos setores da vida, é proteger a infância e a família[39], dando função ao art. 226 da CF/88.[40]

Vale ressaltar que, apesar de promulgada a Lei Maria da Penha, além dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no âmbito de defesa aos direitos humanos, a violência persiste, bem como as barreiras culturais ainda existentes na sociedade brasileira, como Daniela Felix aduz a seguir:

> São tantas as reflexões a serem feitas, mas o que se verifica concretamente é que pouco avançamos nesse processo de combates e erradicação das tantas dores. O sistema de justiça criminal (composto pelos órgãos policiais, Ministério Público e Poder Judiciário), com suas perspectivas e metodologias de combate ao fato crime, tem agravado ainda mais a problemática. Suas intervenções não alcançam, e nem sequer pretendem, uma solução viável que tenda à alteração do curso histórico e sociológico. O cumprimento dessas leis não influi significativamente nos processos culturais edificados sobre concepções machistas, misóginas e patriarcais, e muito menos nas violências que envolvem muitas relações entre homens e mulheres (aqui fala-se em relações heteronormativas). A lei não altera a cultura.[41]

---

[38] PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

[39] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."

[40] FADIGAS, Amanda Braga de Melo. Violência contra a mulher: a importância do exercício da cidadania no combate ao crime silencioso. **Revista Ártemis**, João Pessoa, v. 4, jul. 2006. Disponível em: http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2102/1860. Acesso em: 02 maio 2019.

[41] FELIX, Daniela. Mais uma vez precisamos falar sobre violências contra nós, mulheres. **Portal Catarinas**, Florianópolis, 08 mar. 2017. Disponível em: https://catarinas.info/colunas/mais-uma-vez-precisamos-falar-sobre-violencias-contra-nos-mulheres. Acesso em: 02 maio 2019.

Analisando todas essas questões envolvidas, percebemos um contexto marcado pela dualidade, pois temos motivos para celebrar os avanços que ocorreram, já que atualmente muitos são os grupos e órgãos especializados que desenvolvem trabalhos exemplares, recebendo e orientando mulheres vítimas da agressão, como por exemplo, algumas Delegacias da Mulher, Centros de Apoio ou grupos comunitários. Porém a legislação brasileira ainda apresenta algumas falhas representativas, funcionando como um verdadeiro entrave para a solução célere desses crimes silenciosos.[42]

Salienta-se, no âmbito executivo, a criação, por meio da Medida Provisória nº 103, da Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres (SPM), hoje nomeada como Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres (SNPM), a qual surgiu, imediatamente junto com o governo Lula, em 2003, com status de Ministério, no mesmo ano em que o governo aprovou a lei para a criação da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, promovendo encontros nacionais dos Conselhos dos Direitos da Mulher e também encontros nacionais entre membros de delegacias especializadas no atendimento à Mulher, instituindo-se, em 2004, pela Lei nº 10.745, o “Ano da Mulher” no Brasil, o que elevou a um outro nível as políticas públicas no país.[43]

As medidas criadas, quase que concomitantemente com o surgimento da Secretaria, representaram um novo olhar e uma nova postura governamental perante as necessidades das mulheres quanto às desigualdades existentes entre os gêneros, porém, em 2015, no segundo governo Dilma, ocorreu uma reestruturação nos Ministérios e, após seguidos cortes orçamentários, ao longo do ano, a SPM deixou de ter status de Ministério, passando a ser vinculada ao Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos.[44]

---

[42] FADIGAS, Amanda Braga de Melo. Violência contra a mulher: a importância do exercício da cidadania no combate ao crime silencioso. **Revista Ártemis**, João Pessoa, v. 4, jul. 2006. Disponível em: http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2102/1860. Acesso em: 02 maio 2019.

[43] LARA, Juliane Rocha. **deGENEROu**: a secretaria de políticas públicas para as mulheres. 2018. 211 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Juiz de Fora, 2018. Dispoível em: https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/8269/1/julianerochalara.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

[44] LARA, Juliane Rocha. **deGENEROu**: a secretaria de políticas públicas para as mulheres. 2018. 211 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Juiz de Fora, 2018. Dispoível em: https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/8269/1/julianerochalara.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

Em 2016, a SPM passou a integrar o Ministério da Justiça e da Cidadania, passando a ter propostas relativas à violência contra a mulher, orientadas pelo Plano Nacional de Segurança Pública, ou seja, a violência contra a mulher passou a ser tratada de forma genérica como caso de segurança pública, deixando de lado o caráter singular e transversal das políticas para as mulheres, diante do contexto das desigualdades e do machismo[45], havendo, portanto, um evidente retrocesso.

Em junho de 2018, a Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres passou a ser vinculada ao Ministério dos Direitos Humanos (MDH), sendo também transferido para esse Ministério, o Conselho Nacional de Direitos da Mulher, o que, de certa maneira, causou fragilização da autonomia administrativa da SPM, ficando esta refém da conjuntura política.[46]

Além disso, ressalta-se a implantação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, o que representa o reconhecimento, por parte do Estado, que a violência contra a mulher não é um problema a ser abordado na esfera privada ou nas relações interpessoais, mas trata-se de uma questão social que requer um enfrentamento com ações públicas na área da segurança, como também da saúde devido às sequelas que ela provoca.[47]

As Delegacias da Mulher são um marco importante para a política de enfrentamento à violência contra as mulheres. A primeira delegacia foi criada em São Paulo e depois se espalhou pelo resto do Brasil e outros lugares da América Latina. Foi importante por surgir em um momento de transição para a democracia, em que a violência contra as mulheres estava sendo colocada como um problema.[48]

---

[45] LARA, Juliane Rocha. **deGENEROu**: a secretaria de políticas públicas para as mulheres. 2018. 211 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Juiz de Fora, 2018. Dispoível em: https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/8269/1/julianerochalara.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
[46] LARA, Juliane Rocha. **deGENEROu**: a secretaria de políticas públicas para as mulheres. 2018. 211 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Juiz de Fora, 2018. Dispoível em: https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/8269/1/julianerochalara.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
[47] VASCONCELOS, Tatianne Bandeira de; NERY, Inez Sampaio. A atuação das delegacias da mulher como política pública de enfrentamento à violência de gênero. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 5., 2011, São Luís. **Anais eletrônicos** [...]. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2011. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/PODER_VIOLENCIA_E_POLITICAS_PUBLICAS/A_ATUACAO_DAS_DELEGACIAS_DA_MULHER_COMO_POLITICA_PUBLICAS_DE_ENFRENTAMENTO.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
[48] GARCIA, Cecília. A delegacia de defesa da mulher é parte da política de enfrentamento à violência, diz socióloga. **Portal Aprendiz**, 22 jan. 2019. Disponível em:

Defender hoje a Delegacia de Defesa da Mulher é importante porque elas continuam sendo um equipamento imprescindível na rede de atendimento, mas, nos últimos anos, percebe-se que há um esgotamento desse modelo, na medida em que os governos não conseguem manter as estruturas especializadas funcionando de uma maneira satisfatória.[49]

Ademais, foram instituídos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (JVDFM), inauguradas Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAMs), Centros de Referência de Atendimento à Mulher (CRAMs), órgãos especiais nas Defensorias Públicas, promotorias especializadas e Núcleos de Gênero, no âmbito do Ministério Público, casas abrigo, bem como Serviços de Saúde Especializados para o Atendimento dos Casos de Violência Contra a Mulher.[50]

Cumpre ressaltar, por exemplo, que a falta de mais delegacias especializadas deixa a mulher mais vulnerável, pois a vítima, ao recorrer ao serviço "comum" para registrar a queixa, pode enfrentar, muitas vezes, o descaso de indivíduos não qualificados para este tipo de atendimento.[51]

Infelizmente, a realidade do Estado Brasileiro ainda é evasiva, "uma vez que a mulher, quando decide procurar a assistência do Estado, além de sofrer com a situação de violência a qual foi exposta, pode ainda sofrer um segundo tipo de violência: a institucional."[52]

---

https://portal.aprendiz.uol.com.br/2019/01/22/a-delegacia-da-defesa-da-mulher-e-parte-da-politica-de-enfrentamento-a-violencia-diz-sociologa/. Acesso em: 10 jun. 2019.

[49] GARCIA, Cecília. A delegacia de defesa da mulher é parte da política de enfrentamento à violência, diz socióloga. **Portal Aprendiz**, 22 jan. 2019. Disponível em: https://portal.aprendiz.uol.com.br/2019/01/22/a-delegacia-da-defesa-da-mulher-e-parte-da-politica-de-enfrentamento-a-violencia-diz-sociologa/. Acesso em: 10 jun. 2019.

[50] SILVA JÚNIOR, Giovanni Simão da. **A competência cível no âmbito da Lei 11.340/2006 e as incompatibilidades da prestação jurisdicional**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/17854. Acesso em: 10 jun. 2019.

[51] NÃO há investimentos para mulheres. **Carta Capital**, 22 mar. 2012. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/nao-ha-investimento-em-politicas-publicas-para-mulher. Acesso em: 02 maio 2018.

[52] CHAI, Cássius Guimarães. Violência institucional contra a mulher: o poder judiciário, de pretenso protetor a efetivo agressor. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 13, n. 2, p. 640-665, 2018. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538/pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

Assim, por ter enraizado a dominação masculina até na forma de atuação normativa, o Estado ainda falha na proteção devida à mulher, em todos os aspectos sociais devastadores para o ser feminino.

2.3 Processo de emancipação feminina

A luta das mulheres pelos seus direitos teve início na Europa e na América do Norte, e acabou por repercutir entre as mulheres brasileiras, tendo como base a ideia de inserção da mulher em um panorama político, econômico e social, proporcionando assim uma conscientização sobre a relevância da temática.[53]

É comum, na historiografia feminista, dividir a luta das mulheres em dois grandes momentos, comumente denominados de primeira e segunda onda, sendo que a "primeira onda" trata das iniciativas e ações de mulheres que questionaram e enfrentaram o regime de verdade sobre seu sexo e seu intelecto, no final do século XIX e nas décadas iniciais do XX, e foram capazes de conquistar o sufrágio, os direitos civis e sociais, consistindo na "segunda onda", a partir de meados dos anos 1960, a abordagem do momento em que as mulheres politizaram o corpo, o prazer, a sexualidade, a reprodução, e criticaram abertamente o patriarcado.[54]

> A luta que as mulheres empreendem no sentido de sua valorização e não discriminação é evidente, culminando em resultados e conquistas de direitos, antes negados. A História bem corrobora esse argumento, já que no período chamado Matriarcado, as sociedades celtas e gregas, por exemplo, conferiam poder às mulheres, situação inversa à fase seguinte, em que a Santa Inquisição da Igreja Católica relegou a mulher a plano inferior, imputando-lhe crimes, aversão e ódio, com severas penas. Com o tempo,

---

[53] SANTOS, Herry Charriery da Costa; RAMOS, Estéphany da Silva; ESPÍNOLA, Melissa Rhênia Barbosa. Rompendo barreiras, conquistando espaços: o movimento feminista no combate às desigualdades à luz da Constituição Federal de 1988. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 7, n. 1, p. 158-170, jan./abr., 2015. Disponível em: http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/3624-10886-1/2053. Acesso em: 05 out. 2019.

[54] LUZ, Noemia Maria Queiroz Pereira da; NASCIMENTO, Alcileide Cabral do. O debate em torno da emancipação feminina no Recife. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 42, p. 341-370, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/cpa/n42/0104-8333-cpa-42-00341.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

> diversas foram as situações em que a luta por libertação feminina foi enaltecida por movimentos de mulheres, a partir da Europa, chegando também ao Brasil, mais modernamente.[55]

Necessário se faz destacar que, mesmo com essas transformações nas condições de vida e papel feminino em todo o mundo, há de se ter atenção especial com a questão da mulher negra, que acaba por ter uma situação marcada por dupla discriminação: ser mulher em uma sociedade veladamente machista e misógina, além de ser negra em uma sociedade racista.[56]

Assim, no movimento feminista de segunda onda, a mulher negra tinha suas particularidades étnicas invisibilizadas pelas feministas que denunciavam apenas problemas da mulher ocidental, branca e de classe média. Desse modo, para atender às necessidades e dar voz à mulher negra, surge a corrente teórica do feminismo negro, segundo a qual o racismo, o sexismo e a discriminação classista estariam interconectadas e permitiriam reflexões críticas mais apropriadas sobre etnia, gênero e classe.[57]

Ressalta-se que, ao combater as desigualdades sociais e políticas, as mulheres terminaram por questionar a interdição ao direito de votar e de serem eleitas, forçando sua abertura, interrogando seus pressupostos, demonstrando o silêncio e a fragilidade jurídica em que os governos se apoiavam, alargando o estreito caminho da cidadania política, exigindo passagem e abrindo espaços, mas não foi fácil.[58]

---

[55] BECHERT, Cristchie Fhayanne *et al.* Formas de controle e opressão das mulheres. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENLAÇANDO SEXUALIDADES, 5., 2017, Salvador. **Anais Eletrônicos** [...]. Salvador: Universidade do Estado da Bahia, 2017. Disponível em: https://editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA1_ID492_02062017231302.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

[56] VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso de; OLIVEIRA, Manoel Rufino David de. Por uma criminologia feminista e negra: uma análise crítica da marginalização da mulher negra no cárcere brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 101-110, jul. 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/65762. Acesso em: 29 nov. 2019.

[57] VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso de; OLIVEIRA, Manoel Rufino David de. Por uma criminologia feminista e negra: uma análise crítica da marginalização da mulher negra no cárcere brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 101-110, jul. 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/65762. Acesso em: 29 nov. 2019.

[58] SANTOS, Herry Charriery da Costa; RAMOS, Estéphany da Silva; ESPÍNOLA, Melissa Rhênia Barbosa. Rompendo barreiras, conquistando espaços: o movimento feminista no combate às desigualdades à luz da Constituição Federal de 1988. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 7, n.

Assim, conduzindo para a atualidade, observa-se que os movimentos organizados das mulheres têm avançado bastante nos últimos anos e conseguido avanços substanciais na legislação e no campo das políticas públicas, no que se refere ao reconhecimento da sua dignidade humana e dos seus direitos, porém, a efetivação dessas conquistas ainda se apresenta como um dos principais desafios para as mulheres brasileiras.[59]

Dessa forma, com a politização das desigualdades de gênero e de raça, as mulheres, em particular as negras, tomaram consciência dos novos sujeitos políticos no interior do movimento feminista, trazendo à baila a necessidade do protagonismo de mulheres pertencentes a grupos e classes sociais muitos diversos, a raças e etnias diferentes, com sexualidade e trajetória políticas distintas.[60]

Posto isso, verifica-se que, em uma sociedade ainda marcada fortemente pelo patriarcalismo e pelos altos índices de violência contra a mulher, a teoria feminista, sob a ótica da vertente da teoria feminista negra, pode ser considerada como uma ferramenta eficaz de empoderamento da mulher negra em uma sociedade não apenas machista, mas também eminentemente racista e classista.[61]

Nesse sentido, é incontestável o enorme protagonismo político e visibilidade destes movimentos na atualidade, tanto diante da dominação e violência

---

1, p. 158-170, ja./abr., 2015. Disponível em: http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/3624-10886-1/2053. Acesso em: 05 out. 2019.

[59] LÔBO, Gutierrez Alves; LÔBO, José Tancredo. Gênero, machismo e violência conjugal: um estudo acerca do perfil societário e cultural dos agressores de violência doméstica e familiar contra as mulheres. **Revista Direito e Dialogicidade**, Crato, v. 6, n. 1, p. 45-56, jan./jun., 2015. Disponível em: http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/962/790. Acesso em: 05 out. 2019.

[60] VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso de; OLIVEIRA, Manoel Rufino David de. Por uma criminologia feminista e negra: uma análise crítica da marginalização da mulher negra no cárcere brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 101-110, jul. 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/65762. Acesso em: 29 nov. 2019.

[61] VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso de; OLIVEIRA, Manoel Rufino David de. Por uma criminologia feminista e negra: uma análise crítica da marginalização da mulher negra no cárcere brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 101-110, jul. 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/65762. Acesso em: 29 nov. 2019.

de que são vítimas por serem mulheres, como diante de governos e grupos reacionários, conservadores e fundamentalistas, no Brasil e no mundo.[62]

Ocorre que, a sociedade que se proclama defensora da igualdade, é a mesma que trata com discriminação as questões de gênero[63], entretanto, não obstante os objetivos da luta feminista se transformarem com o passar do tempo, não perdem sua essência de conquista isonômica.[64]

Importante se faz destacar que emancipar é buscar a igualdade em direitos, políticos, jurídicos e econômicos em relação ao homem, bem como libertar-se, além de realçar as condições de diversidade nas relações de gênero para que a mulher passe a ser vista como um indivíduo autônomo, um ser humano independente.[65]

Assim, as discussões sexistas características da esfera privada, onde o mundo doméstico era considerado como o "verdadeiro" espaço da mulher, foram sendo rompidas com a ocupação fora do lar que algumas assumiram, consistindo em um processo lento e conflituoso, o qual envolve quebra de paradigmas, revisão de conceitos e novas formas de agir e pensar, mudança de mentalidade e comportamento, considerando que idéias, conceitos e valores, enraizados por séculos em uma sociedade, não desaparecem de um momento para o outro.[66]

---

[62] GRZYBOWSKI, Cândido. A emancipação feminina e nós homens. **Canal Ibase**. Rio de Janeiro, 12 de março de 2018. Disponível em: https://ibase.br/pt/opiniao/emancipacao-feminina-e-nos-homens/. Acesso em: 05 out. 2019.

[63] SANTOS, Herry Charriery da Costa; RAMOS, Estéphany da Silva; ESPÍNOLA, Melissa Rhênia Barbosa. Rompendo barreiras, conquistando espaços: o movimento feminista no combate às desigualdades à luz da Constituição Federal de 1988. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 7, n. 1, p. 158-170, jan./abr., 2015. Disponível em: http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/3624-10886-1/2053. Acesso em: 05 out. 2019.

[64] SANTOS, Herry Charriery da Costa; RAMOS, Estéphany da Silva; ESPÍNOLA, Melissa Rhênia Barbosa. Rompendo barreiras, conquistando espaços: o movimento feminista no combate às desigualdades à luz da Constituição Federal de 1988. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 7, n. 1, p. 158-170, jan./abr., 2015. Disponível em: http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/3624-10886-1/2053. Acesso em: 05 out. 2019.

[65] RODRIGUES, Valeria Leoni; COSTA; Flamarion Laba da. A importância da mulher. **Secretaria da Educação do Paraná**. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/729-4.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

[66] RODRIGUES, Valeria Leoni; COSTA; Flamarion Laba da. A importância da mulher. **Secretaria da Educação do Paraná**. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/729-4.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

Da messa forma, as mulheres negras, antes escravizadas e obrigadas a trabalhar para sustentar a si e a família, tratadas como objetos de serventia aos seus senhores, superaram as ideologias complementares do sistema opressor, tais como o racismo, especificamente.[67]

Entretanto, é cediço que, devido as constantes mobilizações, movimentos, estudos e efetiva participação da mulher nos sindicatos, escolas, universidades e associações, a luta das mulheres contra a discriminação, violência e preconceito se tornou cada vez mais visível, mas, ainda se pode afirmar que a questão de gênero está relacionada às construções sociais que permeiam a existência de ambos os sexos, por isso, todas as construções sociais sexistas foram dimensionadas, tomando a definição de sexo como justificativa.[68]

Todavia, frente às questões sexuais do passado, a repressão e a anulação da mulher foram substituídas pela liberação e pela independência dos dias atuais, assim, a mulher contemporânea, com base em novas redes de poder, impõe-se na sociedade em diferentes áreas, inclusive na sexual, tendo espaço para preferências e vontade em assuntos que antes não podiam sequer ser mencionados em discurso privado, quanto mais ser objeto de discurso público.[69]

Dessa forma, a mudança começa pela quebra dos padrões discursivos e pela desnaturalização das crenças e dos comportamentos verbais presentes no discurso masculino sobre a mulher[70], assim, a identidade feminina na pós-modernidade assume nova postura, não aceitando mais ser a escolhida, e sim,

---

[67] VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso de; OLIVEIRA, Manoel Rufino David de. Por uma criminologia feminista e negra: uma análise crítica da marginalização da mulher negra no cárcere brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 101-110, jul. 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/65762. Acesso em: 29 nov. 2019.

[68] RODRIGUES, Valeria Leoni; COSTA; Flamarion Laba da. A importância da mulher. **Secretaria da Educação do Paraná**. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/729-4.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

[69] VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. **Delta**, São Paulo, v. 21, p. 207-238, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300012. Acesso em: 05 out. 2019.

[70] VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. **Delta**, São Paulo, v. 21, p. 207-238, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300012. Acesso em: 05 out. 2019.

desejando também ter o direito de escolha, com as exigências de quem também detêm o poder.[71]

2.4 A visualização da mulher na sociedade

Antes mesmo de conseguirem direito ao voto e de serem votadas, as mulheres brasileiras já questionavam as outras formas de opressão e de repressão a que eram subjugadas, não somente a não-participação política, mas, principalmente, tratando-se de seu corpo e de sua sexualidade.[72]

Tendo sido há muito confinadas ao espaço privado da casa, negligenciadas em diversas estâncias, as feministas do então chamado movimento de Segunda Onda no Brasil, buscaram quebrar as barreiras de diferenciação social, participação política e vivência do próprio corpo e sexualidade, questionando as relações de poder que as excluíram de seus corpos e fez estes pertencentes a outrem, e o "poder" que as subjugou.[73]

Assim, a frase "ninguém nasce mulher: torna-se mulher"[74] resume em poucas palavras o processo de construção de gêneros que se inicia ainda na infância, deixando claro que não há destino biológico ou psíquico que defina a forma assumida pela mulher na sociedade, mas, ao contrário, é a própria sociedade que inicia um

---

[71] VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. **Delta**, São Paulo, v. 21, p. 207-238, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300012. Acesso em: 05 out. 2019.

[72] COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

[73] COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

[74] BEAUVOIR, 1967 *apud* FONSECA, Giselle Sousa da. **A disseminação não autorizada de material íntimo enquanto violência de gênero**: aspectos cíveis e criminais. 2018. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

processo de masculinização do corpo masculino e de feminilização do corpo feminino.[75]

Ressalta-se, entretanto, que o corpo da mulher é elemento essencial da situação que ela ocupa no mundo, mas não é ele tampouco que basta para a definitiva, pois apenas tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência através das ações e no seio de uma sociedade.[76]

Nesse sentido, juntamente com uma mudança nas relações sociais, política, jurista, médica e a "exposição" das mulheres, o século XXI traz uma nova percepção sobre o corpo, um olhar de certa forma mais brando quando se trata do exercício do poder sobre esse corpo, não só individual, mas também social, ressignificando a experiência das mulheres, sua sexualidade e, principalmente, fazendo-as defrontar com uma outra forma de coerção: a imagem.[77]

Dessa forma, a sociedade brasileira que, antes, somente visualizava utopicamente o corpo e o comportamento ideal, agora possui em diversos formatos a imagem literal desse corpo, refletida não só no espelho, mas nas revistas, jornais, e, com a explosão da internet, também nas redes e mídias sociais. [78]

A superexploração, supervalorização e até mesmo a banalização do corpo das mulheres, usado pela mídia na forma de fotografias e vídeos, principalmente enquanto propagandas, vinculam um ideal, uma mulher-objeto, inatingível para muitas mulheres, determinando padrões de beleza, quando não utópicos, injustos e delimitando as diversidades das mulheres brasileiras. Assim, além de criar tensões,

---

[75] FONSECA, Giselle Sousa da. **A disseminação não autorizada de material íntimo enquanto violência de gênero**: aspectos cíveis e criminais. 2018. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

[76] BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

[77] COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

[78] COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

potencializa um ambiente desigual na relação mulher-sociedade e, ainda, questiona a noção de identidade/identificação dessas mulheres com seus próprios corpos.[79]

Entretanto, é possível verificar que, a nudez, a sensualidade e o corpo exposto ficam aceitáveis enquanto formas artísticas, mas, esse mesmo corpo nu “fora dos palcos” ou “fora das revistas” é tachado e julgado[80], ou seja, quando se trata do corpo das mulheres, a sociedade brasileira entra em conflito com suas próprias premissas de moral e respeito.[81]

A mesma sociedade que aprecia corpos expostos para fins de propaganda comercial, por exemplo, que, muitas vezes, até depreciam os valores morais das mulheres, é a mesma que as condena, quando são expostas sem o seu consentimento, em situação íntima, e ainda as culpam pelo acontecimento de tal fato.

Vincular a imagem do corpo exposto a um produto, cuja ideia é satisfação e prazer, restabelece a premissa de domínio do corpo feminino para o uso, consumo e prazeres masculinos, e essa imagem/propaganda também reforça a objetificação e abjeção das mulheres.[82]

É nesse sentido que surge, então, a utilização da humilhação e da degradação da honra como forma de manutenção do papel social da mulher, devendo,

---

[79] COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

[80] COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

[81] COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

[82] COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

portanto, ser punida por seu “desvio comportamental”, tendo sua intimidade, seu corpo e sua privacidade expostas, como o que ocorre com as vítimas dos casos de disseminação não autorizada de material íntima.[83]

O pensamento dominante ainda é no sentido de que o corpo, na realidade, não pertence às mulheres. Ao contrário, deve ser utilizado a partir dos regramentos que a sociedade impõe e, desobedecendo ao padrão estabelecido, abre-se caminho para julgamentos e discriminação, bem como cria-se a ideia de liberdade para subjugá-lo, na perspectiva de que a exposição na mídia, não desse ensejo ao preconceito, mas a exposição íntima fosse abominável.

A verdade é que o corpo ainda não é enxergado como um critério superficial, não se dando importância ao que está além deste, sendo, consequentemente, utilizado como forma de atingir a moral da mulher perante à sociedade, a qual possui, em suas raízes, o machismo.

Pode-se dizer, portanto, que a cultura de submissão da mulher ao poder do homem foi, e ainda é, legitimada pelos mais diversos meios de controle social que não impediram a sua propagação independentemente da barreira histórica dos séculos, tornando-a inerente ao comportamento humano, vez que se trata de expressão cultural que ultrapassa gerações, renovando-se de forma diversificada com o passar dos anos.[84]

---

[83] FONSECA, Giselle Sousa da. **A disseminação não autorizada de material íntimo enquanto violência de gênero**: aspectos cíveis e criminais. 2018. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

[84] FONSECA, Giselle Sousa da. **A disseminação não autorizada de material íntimo enquanto violência de gênero**: aspectos cíveis e criminais. 2018. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

3 A EXPOSIÇÃO VIRTUAL ÍNTIMA NÃO CONSENTIDA

Nos últimos anos, a prática de exposição virtual íntima tem tomado maiores proporções, devido, principalmente, à ocorrência de casos com muita repercussão na mídia televisiva e nas redes sociais, bem como intrigado a população sobre as peculiaridades dessa prática.

Um caso emblemático, ocorrido recentemente, foi o do jogador de futebol, Neymar Junior, em que, denunciado por estupro, divulgou fotos íntimas da mulher que o denunciou, a fim de se defender da acusação.[85]

Em entrevista ao *HuffPost Brasil*, a especialista em direito penal e professora da Faculdade Getulio Vargas, Maíra Zapater, defendeu que o fato de as imagens terem sido usadas como tentativa de defesa por parte do jogador não impede que seja tipificado o crime de vazamento de fotos íntimas.[86]

Maíra aduz, ainda, que o jogador possui o direito de se defender em um processo criminal, mas alude que rede social não é tribunal, pois nenhuma pessoa pública pode se valer de sua influência nas redes sociais, divulgar imagens íntimas de outra pessoa e fazer isso como qualquer forma de defesa[87], sendo tal conduta uma violação ao artigo 208-C do Código Penal Brasileiro.[88]

Além disso, Mariana Valente, diretora do *InternetLab* e coordenadora da pesquisa "O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil", reforça o não cabimento de comparação de que tipo de crime seria pior, alertando sobre as consequências da exposição virtual na vida das vítimas, as

---

85 HERINGER, Carolina. Neymar será investigado por divulgar fotos íntimas de mulher que o acusa de estupro. **O Globo**, 02 jun. 2016. Disponível em: https://oglobo.globo.com/esportes/neymar-sera-investigado-por-divulgar-fotos-intimas-de-mulher-que-acusa-de-estupro-23712721. Acesso em> 20 out. 2019.

86 ROSA, Ana Beatriz. Neymar cometeu crime? Especialistas explicam lei que condena exposição de nudes. **Huffpost Brasil,** 04 jun. 2019. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/neymar-estupro_br_5cf5657be4b0a1997b6ee4f0. Acesso em: 20 out. 2019.

87 ROSA, Ana Beatriz. Neymar cometeu crime? Especialistas explicam lei que condena exposição de nudes. **Huffpost Brasil,** 04 jun. 2019. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/neymar-estupro_br_5cf5657be4b0a1997b6ee4f0. Acesso em: 20 out. 2019.

88 "Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa."

quais são concretas e vão desde o suicídio, a depressão, o desemprego, sendo tais fatores, muitas vezes, negligenciados.[89]

Ademais, não obstante o jogador ter editado as imagens, desfocando o rosto da vítima, Maíra Zapater explica que, de acordo com o Código Penal, a exposição de imagens íntimas, ainda que editadas, deixa de ser crime apenas quando realizada com autorização prévia em publicações de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, bem como a lei continua a não permitir esse tipo de divulgação, mesmo com o nome da vítima preservado.[90]

Dessa forma, diante dos casos acima mencionados, surge a necessidade de entender as nuances da conduta de exposição virtual íntima, analisando a questão de o gênero feminino ser o mais atingido, bem como os danos causados pelo sofrimento das vítimas.

3.1 Os aspectos comportamentais na Internet

É cediço que as pessoas desenvolvem, muitas vezes, uma postura diferente e única no ambiente virtual, por (des)conhecerem a amplitude dos mecanismos e dos perigos existentes nesse meio, podendo, assim, possuir ou não mais cautela na exposição.

Mariana Zanata Thibes dispõe acerca da incidência da tecnologia no âmbito social, aduzindo que, além do impacto cognitivo sobre os indivíduos, a *Internet,* na medida em que oferece uma nova plataforma de sociabilidade, demanda

[89] ROSA, Ana Beatriz. Neymar cometeu crime? Especialistas explicam lei que condena exposição de nudes. **Huffpost Brasil,** 04 jun. 2019. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/neymar-estupro_br_5cf5657be4b0a1997b6ee4f0. Acesso em: 20 out. 2019.
[90] ROSA, Ana Beatriz. Neymar cometeu crime? Especialistas explicam lei que condena exposição de nudes. **Huffpost Brasil,** 04 jun. 2019. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/neymar-estupro_br_5cf5657be4b0a1997b6ee4f0. Acesso em: 20 out. 2019.

também o aprendizado de novas regras de etiqueta e, claro, novas fronteiras entre público e privado.[91]

É notória a dificuldade que os indivíduos encontram em filtrar o que é íntimo e o que pode se tornar público, no ambiente digital. Além disso, a compreensão da realidade atual nesse meio, por ser recente a popularização da *Internet* no Brasil, ainda encontra-se em um processo rudimentar.

Nesse sentido, com a complexidade de ferramentas que a esfera digital proporciona, surgiram diversos aspectos que transformam alguns conceitos sociais, pois se, por um lado, a *Internet* ampliou de maneira extraordinária o acesso à informação e às formas de comunicação e sociabilidade, por outro, trouxe consigo novos problemas; entre eles, certamente se destacaram aqueles relativos à privacidade.[92]

Nesse diapasão, José Afonso da Silva aduz que toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.[93]

Desse modo, a respeito do direito à privacidade *online*, observa-se que a grande dificuldade enfrentada nesse contexto é de separar as esferas públicas e privadas de cada indivíduo daquilo que deve ou não estar disponível, e ao alcance de todos em ambiente virtual.[94]

---

[91] THIBES, Mariana Zolata. **A vida privada na mira do sistema**: a Internet e a obsolescência da privacidade no capitalismo conexionista. 2014. 209 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde- 18032015-115144/pt-br.php. Acesso em: 26 out. 2018.

[92] THIBES, Mariana Zolata. **A vida privada na mira do sistema**: a Internet e a obsolescência da privacidade no capitalismo conexionista. 2014. 209 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde- 18032015-115144/pt-br.php. Acesso em: 26 out. 2018.

[93] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 40. ed., rev. e atual. Até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

[94] BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O direito à privacidade na internet: desafios para a proteção da vida privada e o direito ao esquecimento. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 561-594, jan./jun. 2017, p. 567. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1863. Acesso em: 27 mar. 2019.

Todos os tipos de exposição no setor virtual podem tomar grandes proporções e, muitas vezes, acabam atingindo a dignidade da pessoa humana, bem como a privacidade e a intimidade, dependendo do material que se é divulgado, isso porque os ambientes digitais provocam muitos desafios, como controlar quem pode ter acesso às informações, aos dados, às imagens e demais conteúdos, bem como saber o quão públicos estes são.

Importante salientar que, dentro da classificação metodológica dos direitos da personalidade, a privacidade encontra-se no campo da integridade psíquica (moral), onde a proteção é conferida aos atributos psicológicos da pessoa, sempre abarcados no princípio maior da dignidade da pessoa humana.[95]

Dessa forma, diante do surgimento de novas tecnologias e de novas concepções acerca de conceitos sociais, surgiram também novos enfrentamentos no âmbito jurídico, pois o ambiente virtual e tecnológico, com sua celeridade em inovações e atualizações, tornou-se ainda mais dinâmico e inconstante, revelando, aos poucos, uma regulamentação jurídica “obscura” para essa nova realidade.

É nesse âmbito que Jôline Cristina de Oliveira aduz:

> O bom funcionamento da sociedade brasileira depende do uso da internet. No entanto, a legislação não tem conseguido acompanhar o desenvolvimento tecnológico que o país tem experimentado. Cita-se o Código Penal Brasileiro, sancionado no período em que o meio de comunicação mais usual era o rádio, na década de 1940.[96]

---

[95] LANDO, Giorge Andre; OLIVEIRA, Raing Rayg de Araújo. Direito à intimidade e à vida privada: a transposição dos limites no relacionamento conjugal. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 48, p. 31-51, jan. 2016. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6762. Acesso em: 27 mar. 2019.

[96] OLIVEIRA, Jôline Cristina de. **O Cibercrime e as Leis 12.735 e 12.737/2012**. 2013. 61 f. Monografia. (Graduação de Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2013. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,o-cibercrime-e-as-leis-12735-e-127372012,45489.html. Acesso em: 27 mar. 2019.

Posto isso, percebe-se que a área jurídica é provocada pela celeridade dos avanços do meio digital, visto que se faz necessário regulamentar as relações sociais que ocorrem no âmbito tecnológico.[97]

Além do comportamento dos indivíduos, as normas regulamentadoras devem se adequar ao meio digital, inclusive ao que tange o direito à privacidade, haja vista ser um conceito em constante mutação, isso porque, com a sedimentação do ideário de privacidade, bem como da utilização de meios técnicos e informacionais como a Internet muitas violações de direitos e utilizações errôneas, equivocadas e ilícitas de dados pessoais e informações passam a ocorrer e os indivíduos passam a socorrer-se do Direito para a busca e tutela dessas novas demandas, judicializando-as.[98]

A insegurança jurídica ainda existente no meio virtual consiste em uma problemática social que envolve aspectos comportamentais, os quais não estão excluídos da tutela jurisdicional, ou seja, mesmo havendo limitação voluntária do exercício da privacidade, a pessoa que optou por tal limitação não pode se ver despida de sua tutela.[99]

Assim, discute-se muito sobre o ato de publicar, enviar ou permitir a produção de material íntimo, seja imagem ou vídeo. A sociedade ainda mantém a errônea compreensão sobre a divulgação de material íntimo sem o consentimento da(s) pessoa(s) envolvida(s), por considerar que, ao produzir ou permitir a produção deste tipo de material, tem-se a ciência de que este pode chegar a ser divulgado, tomando proporções bem maiores.

---

[97] KOHLRAUSCH, André Rodrigo. **A "pornografia de vingança" e a lei Maria da Penha**: crime de exposição pública de intimidade sexual. 2017. 64 f. Monografia (Graduação de Direito) – Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, 2017. Disponível em: https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1879/1/2017AndreRodrigoKohlrausch.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

[98] BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O direito à privacidade na internet: desafios para a proteção da vida privada e o direito ao esquecimento. **Revista da Faculdade de Direito UFMG,** Belo Horizonte, n. 70, p. 561-594, jan./jun. 2017, p. 577. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1863. Acesso em: 27 mar. 2019.

[99] CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, n. 76, p. 213-239, mai. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177705520170002002 13&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 mar. 2019.

No entanto, o real problema está na conduta do outro em achar que pode fazer o que quiser com o material íntimo, sem o consentimento da pessoa envolvida, mas, pelo contrário, pois, mesmo havendo tal subterfúgio, a privacidade subsiste, não podendo ser violada.

Diante disso, faz-se necessário ressaltar que o “não mostrar” também é necessário ao desenvolvimento da personalidade humana e, felizmente, todos têm algo a esconder. É urgente lembrar que privar, ao contrário do que possa parecer, continua sendo fundamental[100], e isto consiste em um direito intrínseco a todos os indivíduos.

Além disso, muitos são os danos causados por uma exposição não consentida, seja ela qual for. A apreciação midiática exacerbada também contribui com o enaltecimento do ato de expor como forma de agredir o outro, utilizando-se da visão arcaica ainda predominante na sociedade, a respeito do corpo e dos valores, a respeito da “coisificação” das pessoas, principalmente, das mulheres.

Assim, considerando o que a exposição pode causar, se utilizada de maneira errônea e ilícita, surgiu a prática de *pornografia de vingança,* sendo utilizada com o intuito de afetar a vítima em todos os âmbitos da sua vida.

Destarte, por conta do machismo ainda enraizado na sociedade brasileira, bem como da objetivação da mulher, em uma concepção patriarcal predominante, as mulheres são as mais atingidas por esta prática.

Ainda se tem o pensamento de que a imagem da mulher pode ser utilizada apenas para o que convém à sociedade, solidificando ainda mais a percepção de que as leis devem estar sempre acompanhando esse desenvolvimento de novas práticas delitivas, em um meio virtual que está sempre em constante atualização, modificando conceitos e prejudicando fatores da vida humana.

---

[100] CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, n. 76, p. 213-239, mai. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177705520170002002 13&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 mar. 2019.

3.2 O aspecto de gênero na vingança pornográfica

A prática da exposição não consentida de material íntimo, veiculada por meio das mídias sociais, é conhecida como Pornografia de Vingança (*Revenge Porn*), a qual é causa de grande repercussão social e de necessária reflexão.[101] Este crime consiste na publicação digital de imagens íntimas, sem o consentimento da pessoa filmada ou fotografada,[102] embora esta tenha permitido a produção do material.

A Disseminação Indevida de Material Íntimo (DIMI) tem sido caracterizada como uma forma cruel de violência de gênero, possuindo como suas maiores vítimas, as mulheres, tratando-se de um crime novo que vulnerabiliza a vítima, atingindo-a em muitos aspectos (familiar, profissional, social). [103]

> A origem desse comportamento remete à década de 80, quando uma popular revista adulta masculina passou a circular uma nova seção em suas páginas denominada “Beaver Hunt” (Caçada ao Castor), cujo propósito seria divulgar, em suas famosas páginas, fotos de mulheres comuns nuas, em poses cotidianas, muitas vezes tiradas em locais públicos. Essas imagens eram enviadas pelos próprios leitores, de maneira que rapidamente a seção tornou-se o epicentro de diversos processos indenizatórios movidos por mulheres que foram expostas sem que jamais tivessem consentido nem com o envio, nem com a publicação de suas imagens.[104]

---

[101] RODRÍGUEZ, Liziane da Silva. **Pornografia de Vingança**: vulnerabilidades femininas e poder punitivo. 2018. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

[102] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça enquadra autores de exposição íntima na web na Lei Maria da Penha. **Agência CNJ de Notícias**, 02 jul. 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87097-justica-enquadra-autores-de-exposicao-intima-na-web-na-lei-maria-da-penha. Acesso em: 20 set. 2018.

[103] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça enquadra autores de exposição íntima na web na Lei Maria da Penha. **Agência CNJ de Notícias**, 02 jul. 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87097-justica-enquadra-autores-de-exposicao-intima-na-web-na-lei-maria-da-penha. Acesso em: 20 set. 2018.

[104] GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; ALVES, Fabrício da Mota. Vingança pornô (revenge porn): mais uma missão para a Lei Maria da Penha. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 4987, 25 fev. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56026/a-vinganca-porno-e-a-lei-maria-da-penha. Acesso em: 27 mar. 2019.

A compreensão sobre o “ser mulher” ainda se encontra em contrapartida com a concepção de dominação masculina, subsistente até os dias atuais.

Infelizmente, esse cenário demonstra que, mesmo diante das lutas feministas, apesar de insistentes, ainda não se conseguiu alcançar a todos, tampouco foram abordadas todas as temáticas, considerando que o feminino continua sendo vitimado no que se refere à sexualidade e, consequentemente, o sistema de justiça criminal tende a reproduzir os estereótipos, julgando a *honra* da mulher.[105]

Ademais, observando esse cenário, a mulher acaba sendo punida de forma a ser lembrada de que é a dominada e está sob o controle do masculino, o qual possui decisão e também dispõe do corpo feminino. Portanto, os efeitos dessa conduta são, além de vingança (mas nem sempre), passar uma mensagem social e cultural para a mulher: a de que ela não possui autonomia e que essa conduta não é aceitável diante da ordem natural das coisas.[106]

3.3 Danos psicológicos em torno da conduta

As pessoas que têm a sua intimidade violada acabam se tornando vítimas também de discriminações e julgamentos da sociedade e, muitas vezes, da própria família, ocasionando traumas e danos psicológicos a partir da conduta delitiva, a qual expõe virtualmente e humilha as vítimas perante um número indeterminado de pessoas.

> O constrangimento pessoal advindo de tal exposição é, em geral, potencializado pela sociedade, amigos, familiares e operadores do direito, gerando novos conflitos internos para a vítima e/ou potencializando outros

[105] RODRÍGUEZ, Liziane da Silva. **Pornografia de Vingança**: vulnerabilidades femininas e poder punitivo. 2018. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.
[106] RODRÍGUEZ, Liziane da Silva. **Pornografia de Vingança**: vulnerabilidades femininas e poder punitivo. 2018. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

> conflitos que porventura ela possa ter, devido à assunção de responsabilidade pelo ocorrido, fenômeno reflexo da violência psicológica de gênero.[107]

Por conta da concepção enraizada de dominação masculina, as mulheres, vítimas predominantes dos crimes de exposição virtual íntima não consentida e de pornografia de vingança, além de sofrerem com a própria exposição sem consentimento, podem sofrer também assédios e receber diversos tipos de julgamentos de pessoas desconhecidas, as quais se “escondem” por trás das redes sociais.

Posto isso, é possível compreender que as referidas condutas delitivas são impregnadas das complexas questões que circundam a violência de gênero, haja vista os pressupostos de que a relação de poder entre homens e mulheres é desigual, o que repercute diretamente no comportamento do agressor, na reação da sociedade perante este tipo de crime e na situação de vulnerabilidade da vítima.[108]

Dessa forma, cumpre-se ressaltar que, com o célere avanço das tecnologias e com as gradativas inovações do meio digital, há algo definitivamente novo na relação entre intimidade e redes sociais que impacta, principalmente, os adolescentes. Assim, além da decepção com a perversidade de quem violou sua intimidade, a superexposição e o *cyberbullying* têm um peso muito maior para aqueles que estão em processo de construção da personalidade e de amadurecimento da visão de mundo.[109]

---

[107] SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rosana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicosociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017, p. 244. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834. Acesso em: 03 jun. 2019.

[108] SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rosana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicosociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017, p. 244. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834. Acesso em: 03 jun. 2019.

[109] COMO um sonho ruim: as consequências da superexposição na internet. **Sul 21**, Porto Alegre, 10 jan. 2014. Disponível em: https:/www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2014/01/como-um-sonho-ruim. Acesso em: 03 jun. 2019.

É nesse sentido que, decorrendo da característica de fluidez do mundo virtual, a dificuldade de investigação dos crimes e responsabilização de agressores contribui para o agravamento do sofrimento experimentado pelas vítimas.[110]

Conforme explicitado em artigo da Folha de São Paulo, “psicológica” é o adjetivo usado para tentar definir uma forma de violência silenciosa, por mais que o silêncio seja feito de palavras, acusações, cobranças ou gestos, olhares, sarcasmo, piadas.[111]

Nesse sentido, por mais que uma parte da sociedade ache que as vítimas do crime de exposição virtual íntima não consentida e de pornografia de vingança mereciam passar por isso, a repercussão da violação à intimidade destas vítimas é simplesmente devastadora e, em paralelo ao constrangimento que passaram, têm sua vida destruída, principalmente quando são alvos de crítica da sociedade.[112]

É cediço que os danos provenientes destes delitos ultrapassam o âmbito jurídico acerca da responsabilização, pois as vítimas precisam, principalmente, de apoio emocional, bem como de tratamento como forma de amenizar o trauma sofrido.

Acerca dos danos que podem ser causados às vítimas da disseminação indevida de material íntimo, a jornalista Rose Leonel, que foi vítima de pornografia de vingança, afirmou, durante o “Fórum Fale sem Medo”, realizado pelo Instituto Avon, em 2014, que, “quando você sofre um crime na Internet, sofre três dores: a da traição da pessoa que você amava, a vergonha da exposição e a dor da punição social.”[113]

---

[110] SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rosana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicosociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017, p. 244. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834. Acesso em: 03 jun. 2019.

[111] BIDERMAN, Iara; OLIVEIRA, Filipe. Causar dano emocional ao parceiro é crime; vítimas demoram a reagir. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 fev. 2012. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2012/02/1048016-causar-dano-emocional-ao-parceiro-e-crime-vitimas-demoram-a-reagir.shtml. Acesso em: 06 jun. 2019.

[112] BLASCHKE, Rafaela Wendler; RIGHI, Lucas Martins. Protegendo a intimidad**e**: a tutela reparatória nos casos de pornografia da vingança no ciberespaço. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 4, 2017, Santa Maria. **Anais eletrônicos [...]**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2017. Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/6-4.pdf. Acesso em: 05 jun. 2019.

[113] AGRESSORES de crimes na internet ainda são poupados pela sociedade machista, diz vítima durante fórum. **Revista Marie Claire**, São Paulo, 04 dez. 2014. Disponível em: https://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2014/12/agressores-de-crimes-na-

Salienta-se que os casos, os quais envolvem a divulgação da pornografia não consensual, assim como os crimes de violência de gênero como um todo, são contaminados pela visão machista de culpabilização da ofendida[114], assim como as repreensões por parte da sociedade, da família e dos amigos é tamanha que, por medo, vem a resultar em suicídio.[115]

Tal consequência, dentre tantas outras diretamente ligadas à exposição de material íntimo não consensual, não são debatidas, de uma forma mais intensiva, pela sociedade. O tema ainda carece de uma abordagem crítica, a qual encaminhe a uma reflexão sobre o porquê do agressor, envolto em um pensamento arcaico, resolve colocar a sexualidade de uma mulher contra ela própria, humilhando-a.[116]

> Educação, conscientização e humanidade. Falta se colocar no lugar do outro e respeitar. Antes de sermos homens ou mulheres, somos seres humanos. Precisamos nos respeitar e ter compaixão, porque se a outra pessoa está exposta, é preciso deletar aquele material, não propagar. Pensar que poderia ser uma filha, uma irmã, uma amiga. O homem precisa ter essa consciência, parar de compartilhar. Qualquer um está passivo de cair nas garras de ser vítima de um crime como esse. Não há como dizer que você nunca vai passar por isso. Toda pessoa pode ser uma vítima.[117]

Ressalta-se, dessa forma, que a exposição virtual íntima não consentida é uma conduta que fere, sobretudo, valores, considerando que a intenção do agressor é de causar danos psicológicos à mulher. A conduta não atinge somente a honra e a

---

internet-ainda-sao-poupados-pela-sociedade-machista-diz-vitima-durante-forum.html. Acesso em: 06 jun. 2019.

[114] LIMA, Camila Machado. **Caiu na net**: análise da criminalização da pornografia de revanche no direito brasileiro. 2016. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2016.

[115] BLASCHKE, Rafaela Wendler; RIGHI, Lucas Martins. Protegendo a intimidad**e**: a tutela reparatória nos casos de pornografia da vingança no ciberespaço. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 4, 2017, Santa Maria. **Anais eletrônicos [...]**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2017. Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/6-4.pdf. Acesso em: 05 jun. 2019.

[116] LIMA, Camila Machado. **Caiu na net**: análise da criminalização da pornografia de revanche no direito brasileiro. 2016. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2016.

[117] VARELLA, Gabriela. O que difere a pornografia de vingança dos outros crimes é a continuidade. **Época**, São Paulo, 16 fev. 2016. Disponível em: https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/o-que-difere-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-e-continuidade.html. Acesso em: 06 jun. 2019.

imagem da vítima, mas fere profundamente a personalidade daquela, que, muitas vezes, precedida da depressão, acaba por recorrer ao suicídio.[118]

Portanto, conclui-se o seguinte:

> O que revela a face mais cruel dessa violência é o fato de que as vítimas expostas ficam marcadas, estigmatizadas e passam a ser lembradas por muitos anos. Muitas mudam de aparência, endereço, abandonam ou mudam de escola, porque sentem dificuldade para serem esquecidas ou desassociadas da violência sofrida. Ou seja, além do dano primário pelo compartilhamento, o que agrava seu sofrimento é oriundo do dano secundário: tudo aquilo com o que ela precisará conviver e lidar depois da ocorrência, os olhares de julgamento das pessoas, os comentários e o medo de as imagens serem publicadas na Internet novamente, o que se chama de re-vitimização.[119]

Desse modo, observa-se que a internet deflagrou o processo de rompimento das barreiras da intimidade e da privacidade, onde a miséria dos valores humanos encontra campo de atuação, uma presença quase sempre sem rosto, pautada no anonimato e, a cada nova foto íntima divulgada ou repassada, abre-se um espaço de dor e vergonha, raramente cicatrizado, vez que a proporção de compartilhamento e repasse desses materiais foge do controle dos mecanismos humanos atualmente disponíveis.[120]

Assim, revela-se a extrema importância dos estudos científicos multidisciplinares sobre a pornografia de vingança, de modo a instrumentalizar a incorporação de novas abordagens e procedimentos às instituições do sistema de justiça, para que estas consigam dar uma resposta efetiva ao problema.[121]

---

[118] CASTRO, Bárbara Areias de. **A pornografia como nova forma de violência gênero**: análise da eficácia punitiva à luz do direito penal brasileiro. 2018. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Estado do rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

[119] PASSO a passo legal para vítimas de pornografia de revanche. **Safernet**. Disponível em: https://new.safernet.org.br/content/passo-passo-legal-para-v%C3%ADtimas-de-pornografia-de-revanche#mobile. Acesso em: 06 jun. 2019.

[120] COLUCCI, Maria da Glória; MECABÔ, Alex. Revenge Porn: Diálogo Ético-Jurídico à Luz do Direito Brasileiro. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 2. n. 17. p. 33-54, 2015, p. 41. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/issue/view/85. Acesso em: 03 jun. 2019.

[121] SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rosana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicosociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017, p. 250.

Necessário se faz entender que o problema ultrapassa o campo jurídico, mas carece de constante inovação acerca dos referidos delitos, visando a proteger direitos de personalidade, além de colocar também o bem da vida em prejuízo.

3.3.1 O medo de denunciar

Sabe-se que produzir e compartilhar fotos e vídeos íntimos sem consentimento não é novidade, mas a internet tornou a questão mais sensível, visto o enorme alcance que as imagens podem ter e os efeitos desastrosos que podem gerar para quem tem a honra e a reputação afetadas.[122]

Este fenômeno é complexo e envolve aspectos ligados a questões de gênero, moral, privacidade e desenvolvimento tecnológico[123] e, de acordo com dados obtidos pelo Relatório **violência, suicídio e crimes contra a honra de mulheres na internet**, disponibilizado pela Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados[124], 127 mulheres e meninas se mataram no Brasil por causa de exposição online entre os anos de 2015 e 2017.

Destarte, no Brasil, onde cerca de 65% da população tem acesso à internet, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística 2016, o tema começou a figurar com mais frequência nos jornais em 2013, quando uma adolescente de 17 anos cometeu suicídio após ter um vídeo íntimo compartilhado na rede sem sua autorização. Depois deste caso, outras situações de vazamento de imagens íntimas foram publicadas em jornais e redes sociais, evidenciando que não se trata de algo

---

[122] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

[123] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

[124] BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Escola de APP: enfrentando a violência online contra meninas. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/apresentacao-janara-sousa. Acesso em: 03 set. 2019.

isolado.[125]

Cumpre-se, assim, destacar as seguintes características da violência *online* de gênero, quais sejam o resgate da relação de dominação do contexto patriarcal (objetificação da mulher), além da ampla capacidade de exposição das vítimas que esta violência possui, revitimizando-as ainda mais, ocasionando quadros depressivos e, nos piores casos, levando ao suicídio.[126]

Aliado a isto, compreende-se que os primeiros momentos após a superexposição traduzem-se em ansiedade, desespero e sentimento de impotência, vez que, ao confrontar-se com uma recatada moralidade sexual da sociedade, os ataques e constrangimentos sobrepõem-se ao valor real do indivíduo.[127]

Diante de todas as diversas reações sofridas pela vítima, atreladas, muitas vezes, pela decepção em ter confiado na pessoa que praticou o delito, surge o medo de denunciar, consequência direta do medo também existente de contar para a família e, até mesmo, de procurar ajuda.

Nesse sentido, o assunto está ganhando uma maior atenção nos últimos anos, sendo tema principal de muitas pesquisas e abordagens sociais, porém não se pode negar que ainda há um contraste entre o número de vítimas e quantos agentes delitivos recebem uma punição.

Este contraste acaba ensejando as vítimas ao conformismo, fazendo com que pensem que não adianta denunciar, pois acham que nada será resolvido. Tal sentimento acaba colaborando com um maior desgaste emocional e psíquico da vítima que, por toda a situação, começa a preferir não tocar mais no assunto, na ilusão de que, dessa forma, o ocorrido entrará, aos poucos, para o esquecimento.

---

[125] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

[126] BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Escola de APP: enfrentando a violência online contra meninas. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/apresentacao-janara-sousa. Acesso em: 03 set. 2019.

[127] COLUCCI, Maria da Glória; MECABÔ, Alex. Revenge Porn: Diálogo Ético-Jurídico à Luz do Direito Brasileiro. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 2. n. 17. p. 33-54, 2015. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/issue/view/85. Acesso em: 03 jun. 2019.

Outro fator relevante é que, na maioria dos casos, havia uma relação íntima entre autor e vítima, na qual tinha como fruto a confiança depositada que fora rompida. Muitas vezes, compreende-se que a vítima, apesar de sofrer incontáveis danos, não acredita na possibilidade de autoria do antigo companheiro, não tenha a ciência de quem possa ter sido, bem como não obtenha provas que confirmem a autoria e, além disso, o medo também subsiste pela própria exposição.

Ressalta-se também que o medo pode surgir à vítima, deveras fragilizada pela exposição sofrida, pelo receio de confiar novamente em alguém que supostamente possa ajudar, pois, habitualmente, há quem veja a possibilidade de fazer justiça, compartilhando para denunciar, o que consiste em um erro. Primeiro, porque o fazem sem geralmente confirmar os fatos ou os verdadeiros culpados. Depois, porque espalham ainda mais o conteúdo.[128]

3.3.2 A culpabilização da vítima

Nota-se que existe uma profunda desconfiança das adolescentes em discutir o problema com a família e a escola. Elas preferem não contar a ninguém ou revelar tanto as práticas de *sexting* quanto eventuais consequências apenas para as amigas. Esse receio pode estar ligado ao profundo sentimento de culpa, comum entre as meninas, por produzir e compartilhar imagens íntimas. A culpa vem da percepção de que estejam fazendo algo considerado não apropriado pela sociedade e do medo das consequências desse comportamento.[129]

Além disso, a prática de *sexting*, ou a própria produção não autorizada de conteúdo íntimo, manipulado ou não, pode ensejar em uma modalidade de linchamento que vai se diferenciar sobremaneira de outras manifestações coletivas de “justiça social”,

---

[128] CARPANEZ, Juliana. Massacre na internet. **UOL TAB**, 2019. Disponível em: https://tab.uol.com.br/humilhar-internet/. Acesso em: 03 set. 2019.
[129] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

o chamado linchamento virtual.[130]

Em casos comuns, o linchamento representa um sentimento de protesto e de repulsa social pela prática de um ato ilícito e legalmente reprovável, mas, nos casos de exposição virtual íntima não consentida, a ridicularização da vítima não parte da autoria de um ato ilícito em si, mas tão somente da publicidade do seu conteúdo íntimo que, de alguma forma, prejudicou sua reputação por conduta distinta de sua vontade.[131]

Em outras palavras, a mulher é “apedrejada” por ser vítima, e não, por ser agressora, e a punição pela exposição feminina passa a ser maior do que propriamente a agressão que sofreu, na maioria dos casos.[132]

Ressalta-se que, no âmbito psicológico, possivelmente o aspecto mais ferozmente destroçado, a vítima desenvolve, em grande parte dos casos, isolamento, distúrbios fóbicos e uma percepção de olhares que proferem sentenças acusatórias contra si[133], o que corrobora com a sua própria culpabilização.

Dessa forma, salienta-se que a vítima tem que suportar a divulgação do conteúdo sem a sua autorização e também a sequência de exposições realizada pelo demais internautas, os quais tomam ciência do conteúdo e repassam para terceiros[134] e a vítima, que não é criminosa, é repudiada com a justificativa de que a violência nada mais foi do que uma consequência direta de sua negligência na produção do conteúdo

---

[130] SILVA, Philipe Giovanni Rocha Martins da. **Pornografia não consentida e linchamento virtual**: uma análise de (re)territorialização da violência contra a mulher no ciberespaço. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

[131] BACILA, 2015 *apud* SILVA, Philipe Giovanni Rocha Martins da. **Pornografia não consentida e linchamento virtual**: uma análise de (re)territorialização da violência contra a mulher no ciberespaço. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

[132] SILVA, Philipe Giovanni Rocha Martins da. **Pornografia não consentida e linchamento virtual**: uma análise de (re)territorialização da violência contra a mulher no ciberespaço. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

[133] COLUCCI, Maria da Glória; MECABÔ, Alex. Revenge Porn: Diálogo Ético-Jurídico à Luz do Direito Brasileiro. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 2. n. 17. p. 33-54, 2015. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/issue/view/85. Acesso em: 03 jun. 2019.

[134] SILVA, Philipe Giovanni Rocha Martins da. **Pornografia não consentida e linchamento virtual**: uma análise de (re)territorialização da violência contra a mulher no ciberespaço. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

íntimo, que, supostamente, poderia ser evitado.[135]

Ademais, a superexposição torna esse tipo de violência em uma agressão contínua, uma vez que a vítima, provavelmente, terá essa exposição perpetuada na rede e, a indicação de culpa da vítima acaba por priorizar uma defesa objetiva de sua imagem em detrimento de uma iniciativa jurídica ou administrativa, visando inibir a propagação do conteúdo no meio virtual.[136]

Entretanto, deve-se pontuar que não há de se cogitar uma culpa concorrente, pois a vítima em nada contribui para o evento danoso, quando não permite, tácita ou expressamente, a divulgação, pelo agente, de suas imagens. Ao contrário, considera-se como causa primária e determinante do evento o desrespeito, pelo autor do delito, de imagens íntimas da vítima, a quem cabia com exclusividade escolher para quem mostrá-las.[137]

Assim, sabendo-se que os casos de divulgação de materiais íntimos sem o consentimento da vítima refletem uma conduta recente, visto que dependem da internet e dos meios eletrônicos para se efetivar e, por se tratar de uma questão ainda polêmica para muitos que culpabilizam a atitude da vítima, desprezando ou diminuindo a culpabilidade do autor, o Projeto de Lei no 5.555/13, em trâmite, que se encontra cada vez mais próximo da aprovação, reflete o início de uma mudança na mentalidade brasileira acerca de determinados comportamentos sociais antes inquestionáveis, tratando-se da consequência do envolvimento entre norma e conduta, em que a primeira precisa se adaptar à segunda, conforme as sociedades e seus comportamentos se modificam.[138]

---

[135] SILVA, Philipe Giovanni Rocha Martins da. **Pornografia não consentida e linchamento virtual**: uma análise de (re)territorialização da violência contra a mulher no ciberespaço. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

[136] SILVA, Philipe Giovanni Rocha Martins da. **Pornografia não consentida e linchamento virtual**: uma análise de (re)territorialização da violência contra a mulher no ciberespaço. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

[137] SILVA, Letícia Neves da; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Sexting, direito fundamental à imagem e suas consequências jurídicas. **Revista Direito Sem Fronteiras**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 5, p. 104-125. jul./dez. 2018.

[138] SILVA, Letícia Neves da; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Sexting, direito fundamental à imagem e suas consequências jurídicas. **Revista Direito Sem Fronteiras**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 5, p. 104-125. jul./dez. 2018.

3.3.3 Garantia de acolhimento das vítimas

Conforme demonstram os dados obtidos em pesquisa realizada pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), por meio do Projeto Caretas, a sexualidade da juventude atual inclui práticas de sexting e evidenciam o quanto as vítimas de vazamento de imagens íntimas sem consentimento desconhecem qualquer rede de amparo, sendo este um cenário de total falta de informação e de quase nenhum diálogo. Dessa forma, para lidar com situações dessa natureza, as meninas normalmente recorrem a amigas, que também possuem pouco conhecimento.[139]

Assim, é inegável que ainda há muita falta de informação sobre o assunto e extremo desconhecimento sobre canais de proteção e amparo às vítimas, sendo estes fatores que indicam e corroboram com a urgência do tema.[140]

Dessa forma, coordenado pelos valores seculares perpetrados pelo machismo, as consequências experimentadas pelas mulheres em casos de exposição de material pessoal e erótico são devastadoras e percorrem os variados espaços habituais do indivíduo, como laboral, recreativo e emocional.[141]

Ocorre que a insuficiência legal e a inconsistência jurisprudencial impõem óbices para coibir a prática, restando, ainda, a ausência de enfrentamento e discussão social da questão, engessando valores e vícios morais descolados da realidade atual.[142]

---

[139] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

[140] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

[141] COLUCCI, Maria da Glória; MECABÔ, Alex. Revenge Porn: diálogo ético- jurídico à luz do direito brasileiro. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 2. n. 17. p. 33-54, 2015. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/issue/view/85. Acesso em: 03 jun. 2019.

[142] COLUCCI, Maria da Glória; MECABÔ, Alex. Revenge Porn: diálogo ético- jurídico à luz do direito brasileiro. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 2. n. 17. p. 33-54, 2015. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/issue/view/85. Acesso em: 03 jun. 2019.

Isto faz com que setores governamentais e entidades sociais busquem, de forma progressista, driblar as lacunas visíveis no ordenamento jurídico e restaurar o debate democrático, elevando os riscos e consequências do uso das redes virtuais, assim, as escolas, ambiente propício para discussão e transmissão de boas práticas, se mobilizam, lentamente, na cooperação para a educação nos ambientes online, destacando a necessária contribuição pedagógica e psicológica às vítimas da exposição virtual íntima sem consentimento.[143]

Ademais, ressalta-se que, por ser uma situação, a qual causa momento de culpabilização da vítima pela sociedade, o acolhimento é fundamental para que esta não seja silenciada pelo medo e permita que os danos sofridos se tornem irremediáveis.

A partir da Lei nº 13.642/2018, também conhecida como Lei Lola, cujo projeto foi de autoria da deputada federal Luizianne Lins (PT/CE), a Polícia Federal passou a ser responsável por investigar crimes virtuais contra as mulheres, possibilitando o atendimento presencial e a análise preliminar dos fatos por uma autoridade policial, que poderá solicitar informações complementares necessárias e outras providências que possam viabilizar a devida apuração.[144]

Além disso, diversos mecanismos online foram criados com o intuito de fazer com que as vítimas se sintam acolhidas, consistindo em um exemplo disto, a plataforma digital *SaferNet Brasil*, bem como o mecanismo de ajuda criado pela *Organização Não-Governamental Marias da Internet*, a qual é dedicada à orientação jurídica, psicológica e de perícia digital à vítima de Disseminação Indevida de Material Íntimo.

Ocorre que a elaboração de leis é tão importante quanto a elaboração de políticas de acolhimento às vítimas que têm materiais íntimos divulgados nas redes, pois, como se trata de um problema complexo, é necessária a articulação de diversos

---

[143] COLUCCI, Maria da Glória; MECABÔ, Alex. Revenge Porn: diálogo ético- jurídico à luz do direito brasileiro. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 2. n. 17. p. 33-54, 2015. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/issue/view/85. Acesso em: 03 jun. 2019.
[144] BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Mapa da violência contra a mulher 2018. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

atores sociais para lidar com a questão, visto que projetos isolados e pontuais tendem a ter pouco alcance.[145]

Carece, dessa forma, que Estado, empresas privadas, organizações sociais e organismos internacionais criem caminhos conjuntos para tais articulações.[146]

Necessário se faz ressaltar que todos possuem os benefícios e as garantias de proteção dos direitos da personalidade, o que corrobora diretamente com a urgência da criação de mecanismos para atendimentos mais eficazes às vítimas, bem como para a reinserção da mulher no contexto social e de trabalho, depois de expostas.[147]

No Brasil, existe a rede de atendimento à mulher vítima de violência, a qual pode ser acessada rapidamente pelo “Ligue 180”, sendo um serviço de ligação gratuita que atua desde 2005 como principal acesso à rede de enfrentamento à violência contra a mulher do país.[148]

Ademais, o Ministério da Justiça, por exemplo, disponibiliza o Atlas de Acesso à Justiça, que facilita a busca por Varas e Centros de Referência da Mulher no estados ou cidades, bem como a Defensoria Pública nos Estados, a qual atua nos tribunais de justiça e orienta as mulheres, defendendo seus interesses e direitos,

---

[145] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

[146] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

[147] GOÉS, Gabriela Sartor. **Divulgação de imagens íntimas na internet**: revenge porn como forma de violência de gênero contra as mulheres, a partir da abordagem da lei Maria da Penha (11.340/06). 2017. 93 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017.

[148] DIREITOS, responsabilidades e serviços para enfrentar a violência. Dossiê Violência Contra as Mulheres. **Instituto Patrícia Galvão**. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/acoes-direitos-e-servicos-para-enfrentar-a-violencia/. Acesso em: 03 set. 2019.

existindo, dentro da Defensoria, em alguns Estados, núcleos especializados de promoção e defesa dos direitos da mulher.[149]

Salienta-se também que, às Promotorias Especializadas do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, cabe mover ação penal pública e solicitar a concessão de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, podendo ainda fiscalizar os estabelecimentos públicos e privados de atendimento à mulher em situação de violência e, além disso, os Núcleos de Gênero do Ministério Público fiscalizam a aplicação de leis voltadas ao enfrentamento da violência contra as mulheres e também fiscalizam os serviços públicos e privados de atendimento à mulher.[150]

Assim, seja em atendimento policial, seja em práticas de políticas públicas de necessária implementação, a garantia ao acolhimento das vítimas é dever fundamental do Estado, como forma de dar suporte e acesso jurisdicional para estes casos em que a intimidade de indivíduos é violada.

3.4 A experiência do direito internacional e a normatização de outros países

Em se tratando do plano internacional, o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, estabeleceu que “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação, e que todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”[151]

---

[149] DIREITOS, responsabilidades e serviços para enfrentar a violência. Dossiê Violência Contra as Mulheres. **Instituto Patrícia Galvão**. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/acoes-direitos-e-servicos-para-enfrentar-a-violencia/. Acesso em: 03 set. 2019.

[150] DIREITOS, responsabilidades e serviços para enfrentar a violência. Dossiê Violência Contra as Mulheres. **Instituto Patrícia Galvão**. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/acoes-direitos-e-servicos-para-enfrentar-a-violencia/. Acesso em: 03 set. 2019.

[151] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Assembleia Geral da ONU**. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris, art. 12. Disponível em: http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/. Acesso em: 10 set. 2019.

No que diz respeito, especificamente, às mulheres, em meados do ano de 1970, iniciou-se um processo de conscientização, acerca da necessidade da criação de mecanismos institucionais que promovessem uma melhoria em suas condições de vida e, nesse sentido, o ano de 1975 foi proclamado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como sendo o Ano Internacional da Mulher, período em que foi realizada a I Conferência sobre as Mulheres, na Cidade do México.[152]

Entre 1978 e 1981, a Europa criou inúmeras normas relacionadas à honra, imagem e moral e, o Código Civil da França, por exemplo, prevê, em seu artigo 9º, o direito à vida privada, bem como o artigo 226 prevê pena de até um ano de prisão e multa de 45 mil euros, em caso de transmissão de imagem privada sem consentimento.[153]

Ademais, em 27 estados dos Estados Unidos da América, bem como em Filipinas, Austrália, Israel, Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia, Irlanda do Norte e Escócia a exposição virtual não consentida possui legislação específica, salientando também que a Convenção de Budapeste[154], também conhecida como Convenção sobre o Cibercrime, aberta à assinatura em 23 de novembro de 2001, com entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 1 de Julho de 2004, após as cinco ratificações exigidas[155], define, de forma harmônica, os crimes praticados por meio da Internet e suas formas de persecução, mas, com a incessante evolução e transformação da sociedade, o avanço da criminalidade na Internet e o surgimento constante de novos delitos acabam por limitar o tratado internacional, resultando na

---

[152] OLIVEIRA, Layane Sousa de. **A mulher no contexto dos crimes virtuais**: uma questão de gênero? 2014, 45 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/123456789/8620/1/LayaneSousaDeOliveiraTCCGRADUACAO2014.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

[153] LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes Virtuais: ciberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium**, Cornélio Procópio, v.1, n.1, p. 1-21, segundo semestre de 2018. Disponível em: https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

[154] LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes Virtuais: ciberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium**, Cornélio Procópio, v.1, n.1, p. 1-21, segundo semestre de 2018. Disponível em: https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

[155] ROMANO, Rogério Tadeu. Convenção de Budapeste e cibercrimes. **Jus Navigandi**, 03 mar. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72969/convencao-de-budapeste-e-cibercrimes. Acesso em: 10 set. 2019.

não tipificação penal daqueles, de modo que há uma ausência quase total de poder punitivo por parte do Estado.[156]

A referida Convenção sobre o Cibercrime (CETS nº 185), elaborada em 21 de setembro de 2001, propiciou a realização de um tratado internacional que buscava harmonizar as legislações penais e processuais sobre cibercrimes, sendo o mais amplo instrumento jurídico que busca na cooperação internacional meios para se combater os cibercrimes,[157] além disso, já deixa consignado em seu preâmbulo, a transnacionalidade e a dinâmica inerente a estes crimes, observando os princípios do direito internacional e revelando a existência de dificuldades técnicas e jurídico-políticas a serem suplantadas em acordos dessa magnitude.[158]

Cumpre-se observar que, como bem aponta Elimar Szaniawski, “enquanto que em alguns países, determinado comportamento de alguém possa constituir grave ofensa ao respeito à vida privada de outrem, em outros, o mesmo comportamento é tolerado como normal.”[159]

---

[156] CASTRO, Bárbara Areias de. **A pornografia de vingança como nova forma de violência de gênero**: análise da eficácia punitiva à luz do direito penal brasileiro. 2018, 72 f. Monografia (Gradução em Direito) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-barbara-areias-de-castro. Acesso em: 10 set. 2019.

[157] ALVES, Ana Abigail Costa Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A oportuna e necessária aplicação do direito internacional nos ciberespaços: uma avaliação sobre a Convenção de Budapeste. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL FOMERCO, 16., 2017, Salvador. **Anais Eletrônicos** [...]. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2017. Disponível em: http://www.congresso2017.fomerco.com.br/resources/anais/8/1507930824_ARQUIVO_FOMERCO;AOPORTUNAENECESSARIAAPLICACAODODIREITOINTERNACIONALNOSCIBERESPACOS.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

[158] ALVES, Ana Abigail Costa Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A oportuna e necessária aplicação do direito internacional nos ciberespaços: uma avaliação sobre a Convenção de Budapeste. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL FOMERCO, 16., 2017, Salvador. **Anais Eletrônicos** [...]. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2017. Disponível em: http://www.congresso2017.fomerco.com.br/resources/anais/8/1507930824_ARQUIVO_FOMERCO;AOPORTUNAENECESSARIAAPLICACAODODIREITOINTERNACIONALNOSCIBERESPACOS.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

[159] WINIKES, Ralph. **A concepção de vida privada e de intimidade, enquanto direitos da personalidade, na doutrina e jurisprudências brasileiras**. 2010. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

Assim, a inexistência de um consenso a respeito da conceituação de direito à vida privada e à intimidade, sobretudo no âmbito internacional, parece ser reflexo das diferenças culturais e históricas que existem entre os povos.[160]

Nesse sentido, o *Internetlab,* centro independente de pesquisa interdisciplinar, realizou uma pesquisa exploratória, entre 2017 e o início de 2018, sobre como se dá a regulação da disseminação não consentida de imagens íntimas ao redor do mundo, em que foram analisadas as formas de regulação do tema em 27 países.

Dentre os referidos países, destaca-se a Alemanha, a qual tipifica criminalmente o ato de "violação de privacidade íntima ao tirar fotos", incluindo a proibição de divulgar de forma ilegal a terceiros uma imagem, mesmo que, no momento em que ela foi tirada, houvesse consentimento pois isso acarreta em violação de privacidade.[161]

Destaca-se também o Canadá, que aprovou, em 2014, uma emenda ao seu Código Penal, criminalizando, entre outros delitos cometidos no meio digital, a disseminação não consentida de imagens íntimas, salientando também que a província de Manitoba possui lei que dá auxílio às vítimas e permite que processem civilmente os perpetradores com mais facilidade.[162]

E, ainda, o Parlamento de Israel, que também aprovou, em 2014, uma emenda na *Lei de Prevenção ao Assédio Sexual*, pela qual a distribuição da imagem de uma pessoa que foque em sua sexualidade, em circunstâncias nas quais a publicação pode humilhar ou degradar e que a pessoa não tenha dado consentimento para a sua publicação, pode ser punida tanto civil quanto criminalmente.[163]

---

[160] WINIKES, Ralph. **A concepção de vida privada e de intimidade, enquanto direitos da personalidade, na doutrina e jurisprudências brasileiras**. 2010. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.
[161] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.
[162] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.
[163] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.

Além dos mencionados países, o Código Penal Espanhol também passou a criminalizar, em 2015, a difusão de imagens feitas em âmbito privado a terceiros, sem autorização. Além disso, a Lei Orgânica de Proteção de Dados de Caráter Pessoal permite o pedido de retirada de conteúdo íntimo do ar se for inadequado ou excessivo, possuindo a Agência Espanhola de Proteção de Dados autoridade para fazer demandas de retirada de conteúdo de sites europeus e para impedir o acesso a certos conteúdos dentro da Espanha.[164]

Ademais, nas Filipinas entrou em vigor o *Anti-Photo and Voyeurism Act,* que criminaliza o ato de gravar uma imagem de alguém em situação sexual ou similar ou capturar uma imagem das áreas íntimas, sendo esta uma das primeiras leis específicas sobre o assunto.[165]

Destarte, a Austrália, em âmbito nacional, desenvolve projeto piloto de auxílio às vítimas de difusão de conteúdo íntimo sem consentimento e, ainda, alguns de seus estados criminalizam esse tipo de ação, como em Victoria, New South Wales e South Australia, bem como, no início de 2015, entrou em vigor o *Criminal Justice and Courts Act 2015*, o qual dá novas provisões ao sistema criminal do Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte) e, dentre elas, tem-se o crime de revelar fotos e filmes sexuais privados, com intenção de causar angústia.[166]

Ressalta-se que, no Uruguai, existe um projeto de lei, também de 2015, o qual cria o crime de difusão de imagens íntimas e punições para intermediários que não retirarem o conteúdo do ar e, ao analisar casos judiciais, os casos de disseminação de imagens íntimas sem consentimentos foram encaixados como injúria e exposição pornográfica.[167]

---

[164] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.
[165] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.
[166] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.
[167] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.

Em outubro de 2016, a França também promulgou a *Loi pour une République Numérique*, que, dentre outras previsões, inclui no Código Penal crime que penaliza a difusão ao público ou a um terceiro qualquer registro ou documento, seja em escrito ou imagens, de caráter sexual, mesmo tendo sido o registro obtido com o consentimento expresso ou presumido.[168]

Na Escócia, em 2017, passou a vigorar o *Abusive Behaviour and Sexual Harm Act,* que torna crime o ato de ameaçar ou concretamente revelar mídias, nas quais uma pessoa está (ou aparenta estar) em uma situação íntima (*disclosure of an intimate image or film*) sem seu consentimento, punindo tanto aqueles que teriam intenção de prejudicar e quem é negligente/indiferente quanto à possibilidade dos materiais íntimos serem compartilhados.[169]

Outrossim, a Nova Zelândia, pelo *Harmful Digital Communications Act*, criou o delito de "comunicação que causa dano", no qual está incluída a disseminação não consentida de imagem íntimas. Além disso, a *NetSafe* foi apontada como uma agência especial que vai oferecer auxílio às vítimas e fazer a ponte entre vítimas e intermediários, quando possível.[170]

Observa-se, dessa forma, que a referida pesquisa, realizada pelo *Internetlab,* buscou explorar como os diversos sistemas legais lidam com o tema, de forma a permitir reflexões sobre os modelos regulatórios, e inspiração em soluções criativas[171], demonstrando, diante de todo o exposto, a preocupação dos países em normatizar a exposição virtual íntima não consentida, bem como a urgente necessidade desta normatização, a fim de dar amparo jurídico aos casos recorrentes,

---

[168] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.
[169] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.
[170] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.
[171] COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.

que não acontecem apenas no âmbito do ordenamento brasileiro, mas em todo o mundo.

4 ATUAL NORMATIZAÇÃO: LEGISLAÇÃO ÁLIBI

A Legislação álibi nada mais é do que uma resposta pronta e rápida do Estado para a sociedade, diante da insatisfação, transmitindo, aparentemente, a idéia de que o Estado está respondendo normativamente aos problemas sociais, inserindo no seio social uma pseudossensação de bem estar na população, porém, em verdade, trata-se de medida estatal utópica, pouco eficaz na prática, ficando a solução aparente dos conflitos apenas no plano ideológico, uma vez que na realidade não há o resultado prático que a sociedade esperava.[172]

Tal medida constitui um enfraquecimento do ordenamento jurídico brasileiro, o qual não age preventivamente às diversas questões, o fazendo somente quando da maior incidência de determinada conduta, ou quando da existência de um número considerável de vítimas, ou seja, não previne, apenas remedia a situação de qualquer forma para que os anseios da sociedade sejam, supostamente, satisfeitos.

É nessa perspectiva que o Estado tem se comportado frente aos delitos cometidos em um ambiente novo, qual seja a *internet*, que possui a celeridade em inovações, contrapondo-se a um ordenamento a passos lentos.

O crime de exposição virtual íntima, dentre tantas vertentes, não obstante o surgimento de leis, na tentativa de suprir as lacunas para tal, ainda se depara com falhas em seus regramentos, não sendo suficientes para combater a incidência da referida conduta.

Dessa forma, ressalta-se que a legislação brasileira não se conduz pelo combate, mas, devido a insuficiência de um ordenamento efetivo, conduz-se pela pressão social aos acontecimentos da atualidade, acarretando na produção anômala de suas leis.

---

[172] GREGORIO, Camila Ramos; CANOSSA, João Gabriel Alves; BERTI, Marcio Guedes. Legislação álibi e seu reflexo no direito penal. In: JORNADA CIENTÍFICA DA UNIVEL, 13., 2015, Cascavel. **Anais eletrônicos** [...]. Cascavel: Centro Universitário de Cascavel, 2015, p. 209-221. Disponível em: https://www.univel.br/File/jornadacientifica/REVISTA%20JORNADA%20CIENTIFICA%202015.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

Assim, a legislação apresenta-se como um álibi do legislador perante a população que exige uma reação imediata do Estado, possuindo um duplo sentido, qual seja, afastar as pressões políticas do Estado, quando os cidadãos exigem uma solução imediata para o problema, bem como expor o Estado, ao legislar, como uma figura merecedora de confiança e que atende aos anseios sociais.[173]

4.1 A regulamentação jurídica atual para a prática de disseminação indevida de material íntimo: O não combate à origem do problema

Antes de tratar das novidades legislativas a respeito da conduta de expor, em rede virtual, conteúdo íntimo sem o consentimento da vítima, faz-se necessário observar o entendimento dos Tribunais a respeito.

> Ementa: DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTOGRAFIAS ÍNTIMAS POR APLICATIVO DE CELULAR – VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À IMAGEM E À INTIMIDADE – DANO MORAL. **A publicação não autorizada de fotografias íntimas em grupo de aplicativo de celular constitui ato ilícito que enseja indenização por danos morais.** Ação de indenização por danos morais foi ajuizada contra réu que teria divulgado, em grupo de aplicativo de celular composto apenas por homens, fotos em que a autora aparecia nua. O Juízo sentenciante destacou a reprovabilidade da conduta de expor uma mulher de forma vil e vexatória e **julgou procedente o pedido para condenar o ofensor ao pagamento de 50 mil reais por danos morais**. Inconformado, o réu apelou. O Relator asseverou que a exposição não autorizada de imagens íntimas da autora, desacordada e despida, configura ofensa exorbitante aos direitos à imagem e à intimidade da vítima e, portanto, ato ilícito que enseja o dever de indenizar. Ressaltou o elevado grau de culpabilidade do ofensor, que, além de ter se aproveitado da confiança da vítima, fotografando-a em momento de extrema vulnerabilidade, divulgou as imagens em grupo exclusivamente masculino de aplicativo de celular como forma de alimentar sua personalidade narcisista, machista e egocêntrica. Por fim, destacou que os efeitos da conduta lesiva foram gravíssimos, haja vista que a autora, auxiliar de educação infantil e mãe de uma menina de nove anos, teve sua intimidade exposta a terceiros e, talvez, até mesmo aos familiares e aos pais das crianças com as quais trabalha. **Nesse contexto, o Colegiado, à unanimidade, manteve a condenação por danos morais;**

---

[173] OLIVEIRA, Thaís de Souza Lima. Legislação simbólica e a alapoiese no direito: por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPB, 23., 2014. João Pessoa. **Anais eletrônicos** [...]. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2014, p. 47-61. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=783919a58a6cea9b. Acesso em: 20 out. 2019.

contudo, reduziu o valor da indenização a 20 mil reais em virtude da situação econômica do réu.[174] (grifou-se)

Ementa: Apelação. Juizado Especial Criminal. Queixa Crime. Art. 139 do Código Penal. Divulgação de vídeo íntimo em "grupo" de whatsapp. **Criminoso o compartilhamento de imagens e vídeos íntimos sem a autorização das pessoas nele retratadas. Violação da intimidade é crime.** Inteligência do art. 5º, inc. X da Constituição da República. Imenso dessabor. Inconfundível o animus difamandi. Típica a conduta. Vídeos de sexo produzido entre casais trazem implicitamente a cláusula da confidencialidade. **Quebra de confiança que não se justifica. Ninguém faz vídeos íntimos para serem divulgados a terceiros, mormente se não são atores ou profissionais do sexo.** Prova idônea a gerar um decreto condenatório. Dosimetria da pena. Error in judicando. Causa de aumento do inc. III do art. 141 do Código Penal, não reconhecida. Pena que não se altera, à mingua e recurso da acusação. Eleita pena alternativa, sem a observância do art. 93, inc. IX da Constituição da República. Ausência de fundamentação. Retificação que se impõe para assegurar a pena alternativa mais favorável ao reo. Provido em parte o recurso para a concessão de pena alternativa a alternativa. [...] **Exposta a intimidade da vítima, através da divulgação de vídeo doméstico de sexo, resta induvidoso - ante a ausência de consentimento - a violação da imagem da vitima.** Passível de repreensão cível e criminal, por ser grave a conduta que desconstitui a imagem social daquele que é retratado 1 em sua intimidade - têm-se claramente através da exibição propositada da vítima pelo Réu o fim de "vender" uma facilidade. Imenso o dessabor criado - tendo a vítima passado a ser assediada por conhecidos e desconhecidos a ponto de ter que ser acompanhada por familiares para poder trabalhar -, induvidoso que gerou a ação do Réu ofensa a honra objetiva da vítima. Consciente de sua ação desmedida, procurou, inclusive, "criar maliciosamente" uma justificativa para a sua conduta criminosa, fazendo um registro de subtração do celular. Injustificada a conduta, não há como crer que queira o Réu ver sua conduta legitimada pela afirmação de que "queria se gabar". Estranha-se que a "fala defensiva" da ausência de dolo, venha desacompanhado de um pedido de retratação. A verdade é que a vítima nunca recebeu um pedido de desculpas. Circunstância que torna claro ter o Réu "usado" a vítima e pretendido expô- la entre amigos com o fim de desqualifica-la. **Preciosa a intimidade, pratica crime o agente que divulga nudes e vídeos íntimos. Bem protegido no inc. X do art. 5º da Constituição da República que prevê expressamente que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", conclui-se ter o Réu atingido a reputação da vítima em seu meio social.** Induvidoso o animus difamandi. Vídeos são postados, não se transmitem sozinhos. Irreal a versão apresentada pelo Réu. Evidente que quis o Réu expor a vítima como uma conquista, como uma pessoa "qualquer" a ponto de transmitir de forma irrestrita em um grupo e sequer se arrepender. "Gabar-se?" "Vangloriar-se?" E não lhe era previsível a exposição da vítima? Pueril crer que não lhe fosse previsível o resultado danoso. Repita-se. Impossível acreditar que um homem transmita um vídeo íntimo para um GRUPO DE TAXISTAS QUE POSSUEM PONTO PROXIMO AO LOCAL DE PASSAGEM DA VITIMA E DA QUAL FAZ
PARTE UM CUNHADO DA VITIMA, e não preveja a exposição e o prejuízo pessoal que lhe causaria. Pergunta-se ainda; e não lhe seria previsível que o

---

[174] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (6. Turma Cível). **Acórdão 1134314**, Relator: Desembargador Carlos Rodrigues, 17 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2018/informativo-de-jurisprudencia-n-382/divulgacao-nao-autorizada-de-fotografias-intimas-por-aplicativo-de-celular-2013-violacao-dos-direitos-a-imagem-e-a-intimidade-2013-dano-moral. Acesso em: 29 out. 2019.

> vídeo poderia sair do grupo? E se estender a comunidade local? E que em sendo uma cidade pequena, a repercussão seria sentida de forma mais incisiva pela vítima? Retrata a prova que o compartilhamento se alastrou pelas cidades de Miguel Pereira e Paty de Alferes, causando grande constrangimento e, evidentes, prejuízos emocionais à vítima. Previsível ao homem médio que o video íntimo se propagasse. Do contrário, não teria se proposto a ir a delegacia para registrar o desaparecimento do celular. Induvidoso o dolo de agir. Típica a conduta. [...] Apelo conhecido e parcialmente provido. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento EDAG 20150155291000100 RN (TJ-RN)[175] (grifou-se)

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - **DIVULGAÇÃO DE VÍDEO ÍNTIMO NA INTERNET - AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO** - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR - MAJORAÇÃO/REDUÇÃO - NÃO CABIMENTO - DANO À IMAGEM - DIREITO DE PERSONALIDADE. - **Tem a obrigação de indenizar aquele que utiliza a imagem de outra pessoa no intuito de agredir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.** - Inexistem razões para a modificação do valor arbitrado para a indenização quando proporcional e razoável ao dano sofrido. - **A proteção trazida pelo Código Civil ao direito de imagem, como direito de personalidade, não difere daquela abordada pela Constituição Federal**.[176]

Diante das jurisprudências, pode-se concluir que o crime de exposição virtual íntima não consentida era, usualmente, caracterizado como crime contra a honra (calúnia, injúria, difamação), violação à intimidade, dano à imagem, em que se estipulavam valores indenizatórios, visto que as referidas infrações penais enquadram-se ao conceito de crime de menor potencial ofensivo, conforme o Código Penal Brasileiro.[177]

Entretanto, por não existir legislação específica, quando do proferimento das decisões, as sanções podiam ser consideradas como irrisórias, haja vista os diversos e amplos danos causados às vítimas pela exposição indevida, tornando-se necessária a criação de normas mais rígidas, com punições mais severas a esta prática.

---

[175] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (1. Turma Recursal). **Apelação Criminal nº 00004371520158190033**, Relator: Claudia Maria Gonçalves Vidal, 9 de janeiro de 2018. Disponível em: https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584205034/apelacao-criminal-apr-4371520158190033-rio-de-janeiro-miguel-pereira-j-vio-e-esp-adj-crim?ref=serp. Acesso em: 29 out. 2019.

[176] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (16. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 10016120000845002**, Relator: Pedro Aleixo, 2 de março de 2016. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321796474/apelacao-civel-ac-10016120000845002-mg?ref=serp. Acesso em: 29 out. 2019.

[177] GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus LTDA, 2017.

Além disso, as normas elencadas às questões não se vinculavam a qualquer caráter educativo ou punitivo à sociedade, haja vista a possibilidade de sanções indenizatórias aumentar a sensação de impunidade àqueles que cometem o ato, ou seja, não atacavam as raízes do problema e, ainda, alimentavam o descrédito perante o ordenamento brasileiro.

4.2 A nova Lei de Importunação Sexual e as inovações penais: *sextorsion e revenge porn*

A lei de importunação sexual, aprovada em 2018, foi a primeira a criminalizar atos de assédio sexual, moral e produção e compartilhamento de cenas de estupro, bem como produção e compartilhamento de cenas de nudez, sexo e pornografia sem consentimento.[178]

A descrição do crime de importunação sexual na lei nº 13.718/2018 é ampla e abrange atos violentos infelizmente já conhecidos das mulheres, mas que, quando denunciados anteriormente, eram punidos apenas com multa.[179]

A lei estabelece que, tanto quem produz o material divulgado, como qualquer pessoa que compartilhar o conteúdo, inclusive nas redes sociais, pode responder pelo crime. A divulgação não será configurada como criminosa se for de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, desde que adote recurso que preserve a identidade da vítima (que deve ter mais de 18 anos) e tenha sua prévia autorização.[180] Sobre a sanção desta nova lei, a promotora de justiça Valéria Scarence, integrante do Núcleo de Gênero do Ministério Público de São Paulo destaca o seguinte:

---

[178] VILELA, Luiza. Como funciona a nova lei de importunação sexual? **Brasil de Fato**, 26 fev. 2019. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2019/02/26/como-funciona-a-nova-lei-de-importunacao-sexual. Acesso em: 25 abr. 2019.
[179] ANTUNES, Leda. O que mudou com a lei de importunação sexual e como denunciar. **Huffpost Brasil**, 05 nov. 2018. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/11/05/o-que-mudou-com-a- lei-de-importunacao-sexual-e-como-denunciar_a_23577382. Acesso em: 25 abr. 2019.
[180] BRITO, Débora. Nova lei de importunação sexual na rua. **Agência Brasil**, Brasília, 29 set. 2018. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-09/nova-lei- de-importunacao-sexual-pune-assedio-na-rua. Acesso em: 25 abr. 2019.

> Essa lei surge em razão de duas graves lacunas da nossa legislação que não previa especificamente nem a conduta de importunação sexual, conhecida vulgarmente como assédio na rua, e a conduta de divulgação de cena íntima ou cena de estupro. São fatos de muita gravidade, mas que não encontravam correspondente na lei. Os efeitos já se sentem imediatamente. Já foram feitas várias prisões, toda a população está comentando, então essa lei vem ao encontro do anseio da população.[181]

A referida lei trouxe como novidade a criação de novos tipos penais, quais sejam os artigos 215-A[182] e 218-C[183], do Código Penal, tratando-se o primeiro da conduta de "praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro, à qual é cominada pena de reclusão, de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave" e, o segundo, tratando-se da conduta de "oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia."[184]

Dessa forma, passou a ser crime praticar uma violência moral ou física para expressar o desejo sexual por outra pessoa, sem que essa outra pessoa lhe dê autorização ou consentimento para tal. A alteração traz um marco histórico importante

---

[181] BRITO, Débora. Nova lei de importunação sexual na rua. **Agência Brasil**, Brasília, 29 set. 2018. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-09/nova-lei- de-importunacao-sexual-pune-assedio-na-rua. Acesso em: 25 abr. 2019.

[182] "Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave."

[183] "Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)."

[184] FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/2018: importunação sexual e pornografia de vingança. **Canal Ciências Criminais**, 25 set. 2018. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/629753885/lei-n-13718-2018-importunacao-sexual-e-pornografia-de-vinganca. Acesso em: 25 abr. 2019.

que é a punição do assédio cometido também em espaços públicos, por qualquer pessoa.[185]

A atual previsão legal é bem taxativa e, pelo que se pode perceber, o dispositivo não incriminou a conduta do *sexting*[186], que se trata de situação em que uma relação de poder é utilizada como instrumento para obtenção de vantagens sexuais e consiste em um neologismo, ainda quase desconhecido no Brasil e, recentemente, potencializado pela rápida e massiva capacidade de difusão tecnológica.[187]

Jovens e adultos, ou por inocência, excesso de confiança, pela necessidade de se exibir, utilizam estas ferramentas para trocar imagens e vídeos de caráter íntimo ou sexual, criando assim esta prática.[188]

Assim, Marcelo Xavier de Freitas Crespo esclarece que o termo é um neologismo gerado na contração das palavras *sex* (sexo) + *texting* (envio de mensagens de texto), e significa “sexo por mensagens”, comum entre jovens e adultos, que se utilizam *smartphones* e outras tecnologias na produção e envio de fotos sensuais, também denominado de *nude selfie.*[189]

Nesse sentido, com o avanço das tecnologias da informação, novos modos de extorsão a partir da ameaça de divulgação de fotos e filmes tem se difundido com grande força, trazendo o debate de tal modelo de antijuridicidade para o cenário penal

---

[185] O ASSÉDIO e a lei de importunação sexual. Think Olga, 14 fev. 2019. Disponível em: https://thinkolga.com/2019/02/14/o-assedio-e-a-lei-de-importunacao-sexual. Acesso em: 25 abr. 2019.
[186] FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/2018: importunação sexual e pornografia de vingança. **Canal Ciências Criminais**, 25 set. 2018. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/629753885/lei-n-13718-2018-importunacao-sexual-e-pornografia-de-vinganca. Acesso em: 25 abr. 2019.
[187] CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. Sextorsão. **Revista Liberdades**, São Paulo, 2016, n. 21. p. 12-23, jan./abr. 2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/Liberdades21.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.
[188] LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes Virtuais: ciberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium**, Cornélio Procópio, v.1, n.1, p. 1-21, segundo semestre de 2018. Disponível em: https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.
[189] CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

de gênero.[190]

Isto é praticável porque, com a mesma rapidez que a tecnologia evolui, também evolui a prática de crimes adequadas a esta nova realidade, ou até mesmo para a criação de novas modalidades.[191]

Marcelo Xavier de Freitas Crespo também explica que a produção de imagens e vídeos com conteúdo de nudez não é necessariamente um ilícito civil ou penal, por não ferir, necessariamente, direitos pessoais e nem significar subsunção imediata a tipo penal, porém, o principal problema reside justamente no fato de que o remetente perde totalmente o controle sobre a distribuição do material que, além de tudo, se dissemina muito rapidamente na Internet, podendo chegar à desagradável *Deep Web*[192], de onde dificilmente serão removidos, perpetuando o ato e se tornando um verdadeiro tormento para muitos.[193]

Portanto, no que se refere ao componente sexual, este se aperfeiçoa a partir de uma atividade sexual na forma de conjunção carnal, ato libidinoso, exposição de nudez total ou parcial, participação em fotos e/ou vídeos eróticos e/ou pornográficos, *phone sex*, *sexting*, dentre outros, em troca de ação ou omissão que viole a integridade, a justiça ou a imparcialidade da posição, cargo ou função do agente, consumando-se a ação por meio da mera exigência ou solicitação explícita ou implícita, sendo a realização mero exaurimento do delito.[194]

O criminoso pode tanto obter a informação por meio da invasão de dispositivos ou ainda ganhar a confiança da vítima ao ponto de convencê-la a enviar esse tipo de material diretamente, assim, a próxima etapa é ameaçar tornar esse

---

[190] CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. Sextorsão. **Revista Liberdades**, São Paulo, 2016, n. 21. p. 12-23, jan./abr. 2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/Liberdades21.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.
[191] LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes Virtuais: ciberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium**, Cornélio Procópio, v.1, n.1, p. 1-21, segundo semestre de 2018. Disponível em: https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.
[192] Termo geral utilizado para classificar diversas redes de sites distintas que não se comunicam.
[193] CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.
[194] CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. Sextorsão. **Revista Liberdades**, São Paulo, 2016, n. 21. p. 12-23, jan./abr. 2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/Liberdades21.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

conteúdo público.[195]

É nesse sentido que Jorge Flores Fernadez explica que uma imagem ou sequência íntima ou comprometedora em vídeo pode se converter em um pesadelo se chegar a mãos inadequadas e, quando quem a possui submete a pessoa que a protagoniza a chantagem, sob a ameaça de que mostrará a alguém ou a tornará pública, estamos diante de um caso de sextorsão.[196]

Assim, entende-se que sextorsão trata-se de chantagem online em face de alguém, para se obter vantagens, impedindo assim a exposição de imagens e vídeos comprometedores ou constrangedores.[197]

Em se tratando do artigo 218-C do Código Penal, incluído pela Lei de Importunação Sexual, faz-se importante observar as causas de aumento de pena, principalmente a que dispõe o §1º do referido artigo, em que "a pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação."

Este crime, quando praticado por vingança ou humilhação, consiste na chamada *Revenge Porn* ou *Pornografia da Vingança,* a qual é expressão criada nos Estados Unidos e diz respeito da divulgação, na internet, de imagens ou vídeos de nudez ou sexo, sem autorização da vítima, com o objetivo único de causar danos a ela.[198]

Infelizmente, ao mesmo tempo em que o avanço tecnológico facilita a vida

---

[195] VOCÊ sabe o que é Sextorsion? **Leforense**, 02 abr. 2019. Disponível em: http://leforense.com.br/sextortion-sextorsao/#E_seguro_enviar_nudes. Acesso em: 25 abr. 2019.
[196] FERNANDEZ, Jorge Flores. Sexting, Sextrosão e Grooming. *In*: ABREU, Cristiano Nabuco; EISENSTEIN, Evelyn; ESTEFENON, Suzana Graciela Bruno (Orgs.). **Vivendo esse mundo digital**: impactos na saúde, na educação e nos comportamentos sexuais. Porto Alegre: Artmed, 2013.
[197] LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes Virtuais: ciberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium**, Cornélio Procópio, v.1, n.1, p. 1-21, segundo semestre de 2018. Disponível em: https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.
[198] LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes Virtuais: ciberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium**, Cornélio Procópio, v.1, n.1, p. 1-21, segundo semestre de 2018. Disponível em: https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

das pessoas, também se configura em mecanismo corroborador da criminalidade, sendo a pornografia de vingança um dos muitos delitos praticados nos meios virtuais, com o amparo dessas tecnologias.

O principal ponto da vingança pornográfica é divulgar, com a vontade de denegrir a dignidade sexual da vítima, ou seja, de violar a sua privacidade sexual e sua imagem, sendo a principal ferramenta dessa vingança, o uso de imagens, o famoso "*nude*", ou vídeos que o casal fez enquanto estavam juntos e que, por fim, acaba por ser objeto de um ilícito penal.[199]

Nesse contexto, diante da previsão legal do artigo 218-C do Código Penal, o bem juridicamente protegido no crime de vingança pornográfica é a dignidade sexual da vítima, ou seja, caso a fotografação da imagem da vítima ou gravação de um ato sexual fora obtida de modo consentido, não há crime ainda neste momento, contudo, se fora obtida sem a livre manifestação de vontade da vítima, o ato já é ilícito neste momento, incidindo assim na supramencionada tipificação legal.[200]

Posto isso, cabe ressaltar que *Revenge Porn* e *Sexting* são práticas que não se confundem, pois o primeiro diz respeito a divulgação de imagens e vídeos de nudez ou sexo, com intuito específico de promover danos contra uma parceira, ou *ex*, e o segundo trata do compartilhamento de imagens sensuais de si mesmo para outras pessoas.[201]

Ressalta-se que, com a sanção da Lei de Importunação Sexual, atenua-se a sensação de impunidade do criminoso virtual, mas não se preenchem as lacunas existentes quanto à prevenção destas práticas. A sociedade se adapta velozmente ao processo digital, porém, os problemas surgem na mesma intensidade, não

---

[199] BOMFIM, Marcos de Lima. Breve síntese sobre revenge porn. **Jusbrasil**, 23 mar. 2019. Disponível em: https://mvlbomfim.jusbrasil.com.br/artigos/688180498/breve-sintese-sobre-revenge-porn?ref=serp. Acesso em: 25 abr. 2019.

[200] BOMFIM, Marcos de Lima. Breve síntese sobre revenge porn. **Jusbrasil**, 23 mar. 2019. Disponível em: https://mvlbomfim.jusbrasil.com.br/artigos/688180498/breve-sintese-sobre-revenge-porn?ref=serp. Acesso em: 25 abr. 2019.

[201] LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes Virtuais: ciberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium**, Cornélio Procópio, v.1, n.1, p. 1-21, segundo semestre de 2018. Disponível em: https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

havendo retorno consideravelmente ideal perante o Estado em face dessa realidade.

4.3 Projeto de Lei Rose Leonel: alterações ao Código Penal e à Lei Maria da Penha

A violação da intimidade feminina é um crime grave, o qual causa danos emocionais severos às vítimas e, por isso, o ordenamento brasileiro, aos poucos, está se adequando à realidade da *internet*, inclusive, aos casos conhecidos como "revanche pornô", por exemplo.[202]

É cediço que a Lei nº 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, foi criada tratando de crimes associados ao registro não autorizado de conteúdos pessoais, referindo-se somente à atuação dos *hackers*, inexistindo, portanto, uma alteração específica para que a violação da intimidade feminina fosse realmente combatida.[203]

Assim, salienta-se que a referida lei pode ser considerada uma medida emergencial, devido à sua rápida tramitação, sem a realização de uma análise adequada de racionalidade e razoabilidade, bem como sem um estudo pormenorizado dos seus potenciais reflexos e efeitos sociais.[204]

Pode-se dizer que se trata de uma legislação penal simbólica, uma vez que se preocupou mais em oferecer uma resposta fácil e urgente à sociedade, do que com a sua eficácia.[205]

---

[202] LAVOR, Isabelle Lucena. Violação da intimidade feminina. **Canal Ciências Criminais**, 31 mar. 2019. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/692198513/violacao-da-intimidade-feminina. Acesso em: 29 out. 2019.
[203] LAVOR, Isabelle Lucena. Violação da intimidade feminina. **Canal Ciências Criminais**, 31 mar. 2019. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/692198513/violacao-da-intimidade-feminina. Acesso em: 29 out. 2019.
[204] GRANATO, Fernanda Rosa de Paiva. **A influência do discurso midiático e do clamor popular na recente produção legislativa penal brasileira**: os delitos eletrônicos e a Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann). 2015. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2015.
[205] GRANATO, Fernanda Rosa de Paiva. **A influência do discurso midiático e do clamor popular na recente produção legislativa penal brasileira**: os delitos eletrônicos e a Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann). 2015. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2015.

Dessa forma, com o surgimento de condutas também praticadas no ambiente virtual, as quais a referida lei não fez menção, observou-se a necessidade da criação de lei mais específica, a fim de tipificar tais condutas.

A Lei nº 12.965, de 2014, promulgou o denominado Marco Civil da Internet, a fim de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários de internet no Brasil, mas, embora se tenha comemorado sua aprovação, por supostamente as demais normas jurídicas vigentes não terem aplicação nas relações sociais entabuladas pela internet, essa lei também apresentou poucas inovações e muitas insuficiências e deficiências de cunho jurídico, pois os problemas gerados pela internet continuaram a afetar a privacidade, honra e imagem das pessoas.[206]

Destarte, em um cenário de déficit legislativo acerca de condutas ilícitas praticadas no ambiente virtual, sobretudo, violando o direito à intimidade, à honra e à privacidade, surgiu o Projeto de Lei nº 5.555/2013, intitulado como Projeto de Lei Rose Leonel.

O projeto visava tornar crime a exposição sem consentimento da intimidade sexual da mulher nas redes sociais e sites, conhecida como vingança pornográfica, e intitula-se por tal nome, porque a paraense Rose Leonel foi vítima desse tipo de exposição, visto que teve suas imagens íntimas vazadas pelo ex-namorado, levando sete anos para retornar a sua vida normal, sendo a criadora da Organização Não Governamental *Marias da Internet*.[207]

Rose perdeu o emprego, deixou de sair de casa, sair com os amigos e sofreu, junto com a família, a vergonha pela publicação de imagens sem o seu consentimento.[208]

---

[206] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269. Acesso em: 29 out. 2019.
[207] MOTA, Carlos. Senado aprova projeto que pune a vingança pornográfica. **PT no Senado**, 7 mar. 2018. Disponível em: https://ptnosenado.org.br/senado-torna-crime-a-vinganca-pornografica/. Acesso em: 29 out. 2019.
[208] ARRUDA, João. Lei Maria da Penha Virtual. **Gazeta do Povo**, 12 jan. 2019. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/lei-maria-da-penha-virtual-dh8l8mhpn1hlzcmrcgjbp9651/. Acesso em: 29 out. 2019.

O Projeto de Lei previa alterações à Lei Maria da Penha e uma delas designava que a prática não fosse mais julgada como crime de menor potencial ofensivo, em que as penas não superam dois anos e são transformadas em penas pecuniárias[209] e, para evitar que os processos não seguissem adiante por falta de provas, a ONG fundada por Rose tem parceria com a Associação de Peritos Forenses, que faz perícias e investigação digital.[210]

O referido projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e seguiu em regime de urgência para o Plenário[211], também sendo aprovado pelo Senado Federal, em 20 de dezembro de 2018, dando origem à Lei nº 13.772/2018, a qual passou a ser chamada de Lei Maria da Penha Virtual.

O novo dispositivo altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.[212]

Originalmente, ela estabelecia pena de reclusão de três meses a um ano, mais multa, pela exposição da intimidade sexual de alguém por vídeo ou qualquer outro meio, porém o texto alternativo, apresentado pela senadora Gleisi Hoffman (PT-PR) ampliou essa pena de reclusão para dois a quatro anos, mais multa.[213]

A lei, que já está valendo, foi proposta pelo Deputado João Arruda (MDB) , o qual disse que a norma é uma homenagem a Rose Leonel e a todas as mulheres

---

[209] JUSTIÇA passa a aplicar Lei Maria da Penha em casos de exposição íntima na internet. **Revista Consultor Jurídico**, 3 jul. 2018. Disponível em: https://rochadvogados.com.br/justica-passa-a-aplicar-lei-maria-da-penha-em-casos-de-exposicao-intima-na-internet/. Acesso em: 29 out. 2019.
[210] JUSTIÇA passa a aplicar Lei Maria da Penha em casos de exposição íntima na internet. **Revista Consultor Jurídico**, 3 jul. 2018. Disponível em: https://rochadvogados.com.br/justica-passa-a-aplicar-lei-maria-da-penha-em-casos-de-exposicao-intima-na-internet/. Acesso em: 29 out. 2019.
[211] AVANÇA projeto que criminaliza vingança pronográfica. **Agência Senado**, 22 nov. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/22/aprovado-projeto-que-criminaliza-vinganca-pornografica. Acesso em: 29 out. 2019.
[212] BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 13.772 de 19/12/18**. Atividade Legislativa. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/30753602. Acesso em: 29 out. 2019.
[213] AVANÇA projeto que criminaliza vingança pronográfica. **Agência Senado**, 22 nov. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/22/aprovado-projeto-que-criminaliza-vinganca-pornografica. Acesso em: 29 out. 2019.

que foram vítimas de crimes pela internet, pois, além de ser um instrumento de defesa, vai forçar uma mudança cultural e evitar que homens cometam abusos.[214]

A referida lei modificou o inciso II do artigo 7º da Lei Maria da Penha[215], passando este a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 7º. [...]
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Ademais, acrescentou ao título IV da Parte Especial do Código Penal Brasileiro o capítulo I-A, com o artigo 216-B[216], o qual dispõe o seguinte:

> Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:
>
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
>
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

---

[214] FAIAN, Nailena. Lei homenageia maringaense que foi vítima de crime pela internet. **Portal GMC Online**, Maringá, 21 dez. 2018. Disponível em: https://gmconline.com.br/noticias/cidade/nova-lei-homenageia-maringaense-que-foi-vitima-de-crime-pela-internet. Acesso em: 29 out. 2019.
[215] BRASIL. **Lei nº 11.340 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. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 29 out. 2019.
[216] BRASIL. **Decreto nº 2.848 de dezembro de 1940**. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

Em entrevista ao *Portal GMC Online*, Rose Leonel disse que sugeriu o projeto de lei ao deputado João Arruda há 5 (cinco) anos, em uma audiência pública, pois, até então, não havia uma lei específica para esse tipo de crime, e admitiu que foi um longo caminho, mas comemora por ter sido a lei sancionada.[217]

Esta lei, não obstante o longo período para a sua promulgação, representa um grande avanço ao ordenamento brasileiro, bem como uma forma de efetivar a proteção ao direito à intimidade das mulheres que, há muito tempo, é violado, principalmente, com o avanço tecnológico repentino.

4.4 Propostas de combate efetivo: a importância da prevenção

As possibilidades jurídicas tradicionalmente oferecidas sugerem um esgotamento do sistema judicial, pois o remédio jurisdicional é tardio, os conflitos não são plenamente resolvidos, a pena não serve como dissuasão nem como correção, e a vítima não é adequadamente atendida.[218]

Entende-se que a criação de tipos penais e de penas mais severas não é a única solução para o combate à criminalidade, pois, com a tipificação da conduta, os casos de exposição indevida de conteúdos íntimos não vão, necessariamente, diminuir, mas, por outro lado, não havia dúvidas quanto à necessidade da criação de um tipo penal específico para tal conduta, com penas proporcionais ao sofrimento causado à vítima.[219]

---

[217] FAIAN, Nailena. Lei homenageia maringaense que foi vítima de crime pela internet. **Portal GMC Online**, Maringá, 21 dez. 2018. Disponível em: https://gmconline.com.br/noticias/cidade/nova-lei-homenageia-maringaense-que-foi-vitima-de-crime-pela-internet. Acesso em: 29 out. 2019.
[218] FRANÇA, Leandro Ayres (coord.). **Pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil**. Porto Alegre: Projeto Vazou, 2018. Disponível em: https://www.projetovazou.com/resultado.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.
[219] SILVA, Letícia Neves da; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Sexting, direito fundamental à imagem e suas consequências jurídicas. **Revista Direito Sem Fronteiras**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 5, p. 104-125. jul./dez. 2018.

Nesse sentido, a prevenção é mais adequada do que a reparação, uma vez que repercutindo o ato, dificilmente esta última alcançará resultados de anulação dos danos causados à imagem da vítima.[220]

Faz-se necessária a criação de campanhas de conscientização e educação sexual dos jovens, bem como a criação de programas de inteligência artificial como prevenção, possibilitando a programação técnica de aplicativos para reduzir a exposição de imagens, cujo compartilhamento não foi consentido, com base na ideia de que a arquitetura do ciberespaço é capaz de regulamentar e controlar os comportamentos dos seus usuários e a responsabilidade das empresas provedoras de internet.[221]

Devem existir discussões acerca da exposição em escolas, empresas, bares e em outros lugares, tentando conscientizar a todos a se exporem menos para não terem graves consequências, pois compartilhar demais é o ato comum que se tornou um dos maiores vilões virtuais da atualidade.[222]

Ademais, é fundamental a geração de ações e políticas públicas que foquem na prevenção das devastadoras consequências às vítimas do vazamento de imagens íntimas sem consentimento, pois, mais do que criminalizar ou apontar culpados, é preciso informar, esclarecer e sensibilizar a sociedade, sendo estas medidas uma forma de auxiliar as vítimas a enfrentar e superar a questão.[223]

Além disso, é preciso estimular as organizações não governamentais já existentes, as quais ajudam vítimas das práticas de exposição virtual íntima, e incluí-las aos meios de combate e de prevenção do estado, além de utilizá-las como ferramenta auxiliar, mediante denúncias.

---

[220] SILVA, Letícia Neves da; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Sexting, direito fundamental à imagem e suas consequências jurídicas. **Revista Direito Sem Fronteiras**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 5, p. 104-125. jul./dez. 2018.
[221] FRANÇA, Leandro Ayres (coord.). **Pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil**. Porto Alegre: Projeto Vazou, 2018. Disponível em: https://www.projetovazou.com/resultado.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.
[222] OS LIMITES de exposição nas redes sociais. **Planeta Barsa Saber**, julho de 2019. Disponível em: https://www.planetasaber.com/theworld/chronicles/seccions/cards/default.asp?pk=3517&art=94.
[223] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

É importante prevenir, visto que, após o cometimento do crime, as vítimas podem sofrer danos irremediáveis, sendo a sanção prevista ao criminoso, mero cumprimento da lei, não interferindo em nada na recuperação e na superação daquelas que sofreram as consequências deste delito.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a legislação brasileira ainda se comporta como um álibi, a fim de que o Estado consiga escapar das pressões da sociedade, referentes às questões incidentes, que não possuem uma norma específica vigente, como no caso da exposição virtual íntima não consentida, pois o referido delito, após a criação de várias leis, dispondo sobre crimes no meio virtual, conquistou, a passos lentos, uma norma que efetivasse, realmente, as sanções atinentes a estes casos.

Dessa forma, mediante novas tipificações, acrescentadas pela Lei nº 13.772/18 (Lei Maria da Penha Virtual), faz-se necessário um debate a respeito dos danos sofridos pelas vítimas, não sendo as sanções em si a resolução para o problema, que, além de social, consiste em um problema cultural.

A violência de gênero é presente nestes casos, desencadeada pelo machismo enraizado na sociedade, em que o corpo da mulher ainda é objetificado pelo homem, fazendo com que busque atingí-la o expondo, sem o seu consentimento, por saber que a sociedade ainda julga e condena as mulheres por seus comportamentos “inapropiados”.

A moral social se contrapõe por si só, pois o homem que comete o crime de exposição virtual íntima contra uma mulher, por muitas vezes, não é apontado como o verdadeiro culpado e agente do referido delito, mas, sim, a mulher que “permitiu a produção dos conteúdos”.

Ocorre que, além de ser um problema cultural de toda a sociedade, o ordenamento brasileiro caminha a passos lentos, objetivando apenas fechar lacunas, de qualquer modo e a qualquer custo, não se preocupando com a prevenção de tais práticas lícitas e o respectivo combate efetivo a estas.

É importante a criação de diálogos e discussões a respeito dos comportamentos dentro do ambiente virtual, repleto de armadilhas, nas quais o ordenamento brasileiro há muito está se desviando, sendo importante que aconteçam debates nas escolas e, que, principalmente, sejam criadas políticas públicas para

prevenção ao crime tratado neste trabalho, bem como demais crimes que, eventualmente, surjam com o avanço das tecnologias.

Destarte, a análise acerca dos aspectos comportamentais na internet vislumbra os motivos causadores da amplitude dos danos sofridos pelas vítimas, pois a rápida disseminação do conteúdo íntimo e o fácil acesso a essas tecnologias causa maior repercussão do problema, atingindo-as, portanto, no âmbito de suas relações pessoais e profissionais.

Dessa forma, diante do julgamento social imposto a quem sofre as consequências do crime de exposição virtual íntima, surge o medo de denunciar e o sentimento de culpa, podendo atingir o estado psicológico, causando, muitas vezes, doenças bem complexas, como a depressão, razão pela qual muitas vítimas chegam a cometer suicídio.

Tal consequência é fruto de uma sociedade incapaz de auxiliar as pessoas que sofrem esse tipo de exposição, em que as críticas e julgamentos prevalecem ao cuidado e acolhimento, sendo este imprescindível nestes casos.

Ademais, é notório o agir tardio do Brasil em tipificar a conduta de exposição virtual íntima, comparando-se aos outros países citados no trabalho, em que, há muito, vem colocando em prática leis que dispõem sobre tal delito.

Dessa maneira, considera-se urgente a necessidade destas normatizações, para dar o devido amparo jurídico aos casos recorrentes, que não acontecem apenas no âmbito do ordenamento brasileiro, mas em todo o mundo.

Nessa perspectiva, o ordenamento brasileiro ainda se depara com falhas em seus regramentos, insuficientes para combater a incidência da referida conduta e, por isso, deve agir preventivamente às estas questões, não sendo interessante a criação de leis emergenciais como livramento às pressões sociais, visto que os danos causados por estas práticas delitivas às vítimas são irreversíveis.

Desse modo, observadas as decisões dos Tribunais, percebeu-se que as medidas usualmente tomadas como forma de indenizar vítimas é incabida, pois, mais que violação ao direito à honra e à imagem, quando se estipula valores irrisórios aos

agentes, retira-se o caráter realmente punitivo e educativo, para que tal prática possa, de fato, deixar de ser tão incidente.

Assim, destaca-se a importância da criação da Lei nº 13.772/2018, tornando as penas mais duras, como devem ser, apesar de consistir, ainda, em um feito conferido à prática predominante de legislação álibi.

Por fim, é possível destacar que a implementação do Projeto de Lei Rose Leonel e a respectiva Lei nº 13.772/2018, foram importantes para ampliar a discussão sobre o crime de exposição virtual íntima não consentida, além de impulsionar o desenvolvimento de políticas públicas atreladas ao trabalho desenvolvido pelas instituições criadas, voluntariamente, a fim de acolher e ajudar as vítimas, bem como atentar sobre a necessária prevenção.

REFERÊNCIAS

Livros

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus LTDA, 2017.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 40. ed., rev. e atual. Até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

Trabalhos Científicos

ALVES, Ana Abigail Costa Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A oportuna e necessária aplicação do direito internacional nos ciberespaços: uma avaliação sobre a Convenção de Budapeste. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL FOMERCO, 16., 2017, Salvador. **Anais Eletrônicos** [...]. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2017. Disponível em: http://www.congresso2017.fomerco.com.br/resources/anais/8/1507930824_ARQUIVO_FOMERCO;AOPORTUNAENECESSARIAAPLICACAODODIREITOINTERNACIONALNOSCIBERESPACOS.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

ANGELIM, Fábio Pereira; DINIZ, Glaucia Ribeiro Starling. O pessoal torna-se político: o papel do Estado no monitoramento da violência contra as mulheres. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 259-274, dez. 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519549X2009000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 02 maio 2019.

BARROS, Bruno Mello Correa de; OLIVEIRA, Rafael Santos de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O direito à privacidade na internet: desafios para a proteção da vida privada e o direito ao esquecimento. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 561-594, jan./jun. 2017, p. 567. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1863. Acesso em: 27 mar. 2019.

BECHERT, Cristchie Fhayanne *et al.* Formas de controle e opressão das mulheres. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENLAÇANDO SEXUALIDADES, 5., 2017,

Salvador. **Anais Eletrônicos** [...]. Salvador: Universidade do Estado da Bahia, 2017. Disponível em: https://editorarealize.com.br/revistas/enlacando/trabalhos/TRABALHO_EV072_MD1_SA1_ID492_02062017231302.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

BIGLIARDI, Adriana Maria; ANTUNES, Maria Cristina; WANDERBROOCKE, Ana Claudia N. S. O impacto das políticas públicas no enfrentamento à violência contra a mulher: implicações para a Psicologia Social Comunitária. **Bol. - Acad. Paul. Psicol.**, São Paulo, v. 36, n. 91, p. 262-285, jul. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415711X2016000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 02 maio 2019.

BLASCHKE, Rafaela Wendler; RIGHI, Lucas Martins. Protegendo a intimidad**e**: a tutela reparatória nos casos de pornografia da vingança no ciberespaço. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 4, 2017, Santa Maria. **Anais eletrônicos [...]**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2017. Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/6-4.pdf. Acesso em: 05 jun. 2019.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, n. 76, p. 213-239, mai. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S21777055201700020021 3&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 mar. 2019.

CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. Sextorsão. **Revista Liberdades**, São Paulo, 2016, n. 21. p. 12-23, jan./abr. 2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/Liberdades21.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

CASTRO, Bárbara Areias de. **A pornografia de vingança como nova forma de violência de gênero**: análise da eficácia punitiva à luz do direito penal brasileiro. 2018, 72 f. Monografia (Gradução em Direito) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-barbara-areias-de-castro. Acesso em: 10 set. 2019.

CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira; LELIS, Acácia Gardênia Santos. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. **Revista Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 4, n. 3, p. 59-68, jun. 2016. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118/1849. Acesso em: 20 set. 2019.

CHAI, Cássius Guimarães. Violência institucional contra a mulher: o poder judiciário, de pretenso protetor a efetivo agressor. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 13, n. 2, p. 640-665, 2018. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538/pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

COLUCCI, Maria da Glória; MECABÔ, Alex. Revenge Porn: Diálogo Ético-Jurídico à Luz do Direito Brasileiro. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 2. n. 17. p. 33-54, 2015, p.

41. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/issue/view/85. Acesso em: 03 jun. 2019.

COSTA, Natália Cristine. Os limites social e culturalmente aceitáveis sobre a exposição do corpo e sexualidade feminina no Brasil do século XXI. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/14398623030_ARQUIVO_Oslimitessocialeculturalmenteaceitaveis-NataliaCosta.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

CRIMES virtuais, dores reais. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Humanista, Porto Alegre, 31 jan. 2019. Disponível em: https://www.ufrgs.br/humanista/2019/01/31/crimes-virtuais-dores-reais/. Acesso em: 20 set. 2019.

EVANGELISTA, Desirée. Direitos humanos das mulheres na esfera internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, 09 nov. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/53646/direitos-humanos-das-mulheres-na-esfera-internacional. Acesso em: 10 jun. 2019.

FADIGAS, Amanda Braga de Melo. Violência contra a mulher: a importância do exercício da cidadania no combate ao crime silencioso. **Revista Ártemis**, João Pessoa, v. 4, jul. 2006. Disponível em: http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/2102/1860. Acesso em: 02 maio 2019.

FERNANDEZ, Jorge Flores. Sexting, Sextrosão e Grooming. *In*: ABREU, Cristiano Nabuco; EISENSTEIN, Evelyn; ESTEFENON, Suzana Graciela Bruno (Orgs.). **Vivendo esse mundo digital**: impactos na saúde, na educação e nos comportamentos sexuais. Porto Alegre: Artmed, 2013.

FILARD, Mariana Faria; COSTA, Maria Rosineide da Silva. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. **Anais eletrônicos** [...]. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, p. 339-355. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/743p0iw2/jVRA1D3cI5rxmsYk.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei nº 13.718/2018: importunação sexual e pornografia de vingança. **Canal Ciências Criminais**, 25 set. 2018. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/629753885/lei-n-13718-2018-importunacao- sexual-e-pornografia-de-vinganca. Acesso em: 25 abr. 2019.

FONSECA, Giselle Sousa da. **A disseminação não autorizada de material íntimo enquanto violência de gênero**: aspectos cíveis e criminais. 2018. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

GOÉS, Gabriela Sartor. **Divulgação de imagens íntimas na internet**: revenge porn como forma de violência de gênero contra as mulheres, a partir da abordagem da lei Maria da Penha (11.340/06). 2017. 93 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017.

GONÇALVES, Ana Paula Schwelm; ALVES, Fabrício da Mota. Vingança pornô (revenge porn): mais uma missão para a Lei Maria da Penha. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 4987, 25 fev. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56026/a-vinganca-porno-e-a-lei-maria-da-penha. Acesso em: 27 mar. 2019.

GRANATO, Fernanda Rosa de Paiva. **A influência do discurso midiático e do clamor popular na recente produção legislativa penal brasileira**: os delitos eletrônicos e a Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann). 2015. 56 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2015.

GREGORIO, Camila Ramos; CANOSSA, João Gabriel Alves; BERTI, Marcio Guedes. Legislação álibi e seu reflexo no direito penal. In: JORNADA CIENTÍFICA DA UNIVEL, 13., 2015, Cascavel. **Anais eletrônicos** [...]. Cascavel: Centro Universitário de Cascavel, 2015, p. 209-221. Disponível em: https://www.univel.br/File/jornadacientifica/REVISTA%20JORNADA%20CIENTIFICA%202015.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

GUIMARÃES, Maria Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 256-266, maio/ago. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2019.

GUIMARÃES, Maria Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 256-266, maio/ago. 2015 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822015000200256&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2019.

KOHLRAUSCH, André Rodrigo. **A “pornografia de vingança” e a lei Maria da Penha**: crime de exposição pública de intimidade sexual. 2017. 64 f. Monografia (Graduação de Direito) – Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, 2017. Disponível em: https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1879/1/2017AndreRodrigoKohlrausch.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

LANDO, Giorge Andre; OLIVEIRA, Raing Rayg de Araújo. Direito à intimidade e à vida privada: a transposição dos limites no relacionamento conjugal. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 48, p. 31-51, jan. 2016. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6762. Acesso em: 27 mar. 2019.

LARA, Juliane Rocha. **deGENEROu**: a secretaria de políticas públicas para as mulheres. 2018. 211 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Juiz de Fora, 2018. Dispoível em: https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/8269/1/julianerochalara.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

LAVOR, Isabelle Lucena. Violação da intimidade feminina. **Canal Ciências Criminais**, 31 mar. 2019. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/692198513/violacao-da-intimidade-feminina. Acesso em: 29 out. 2019.

LIMA, Camila Machado. **Caiu na net**: análise da criminalização da pornografia de revanche no direito brasileiro. 2016. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2016.

LINS, Beatriz Accioly. “Ih, vazou!”: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, jan./dez. 2016. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851. Acesso em: 20 set. 2019.

LÔBO, Gutierrez Alves; LÔBO, José Tancredo. Gênero, machismo e violência conjugal: um estudo acerca do perfil societário e cultural dos agressores de violência doméstica e familiar contra as mulheres. **Revista Direito e Dialogicidade**, Crato, v. 6, n. 1, p. 45-56, jan./jun., 2015. Disponível em: http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/962/790. Acesso em: 05 out. 2019.

LUCCHESI, Ângela Tereza; HERNANDEZ, Erika Fernanda Tangerino. Crimes Virtuais: ciberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual. **Revista Officium**, Cornélio Procópio, v.1, n.1, p. 1-21, segundo semestre de 2018. Disponível em: https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-TerezaLucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

LUZ, Noemia Maria Queiroz Pereira da; NASCIMENTO, Alcileide Cabral do. O debate em torno da emancipação feminina no Recife. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 42, p. 341-370, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/cpa/n42/0104-8333-cpa-42-00341.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional ao direito da mulher. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 155-170, jan./jul. 2000. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

NACIONAL DO CONPEDI/UFPB, 23., 2014. João Pessoa. **Anais eletrônicos** [...]. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2014, p. 47-61. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=783919a58a6cea9b. Acesso em: 20 out. 2019.

OLIVEIRA, Jôline Cristina de. **O Cibercrime e as Leis 12.735 e 12.737/2012**. 2013. 61 f. Monografia. (Graduação de Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2013. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,o-cibercrime-e-as-leis-12735-e-127372012,45489.html. Acesso em: 27 mar. 2019.

OLIVEIRA, Layane Sousa de. **A mulher no contexto dos crimes virtuais**: uma questão de gênero? 2014, 45 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/123456789/8620/1/LayaneSousaDeOliveiraTCCGRADUACAO2014.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

OLIVEIRA, Rosane Cristina de; LIMA, Jacqueline de Cássia Pinheiro; GOMES, Raphael Fernandes. Machismo e discurso de ódio nas redes sociais: uma análise da "opiniões" sobre a violência sexual contra as mulheres. **Revista Feminismos**, Salvador, v. 6, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/feminismos/article/view/30363/17895. Acesso em: 20 set. 2019.

OLIVEIRA, Thaís de Souza Lima. Legislação simbólica e a alapoiese no direito: por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves. In: CONGRESSO ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Assembleia Geral da ONU**. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris, art. 12. Disponível em: http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/. Acesso em: 10 set. 2019.

PINAFI, Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. **Revista Histórica**, São Paulo, n. 21, abr./maio. 2007. Disponível em: http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/. Acesso em: 28 out. 2019.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, p. 70-89, jan./mar. 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Encontrando a teoria feminista do direito. **Prima Facie**, João Pessoa, v. 9, n. 17, jul./dez. 2010. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/9871/5578. Acesso em: 29 nov. 2019.

RODRÍGUEZ, Liziane da Silva. **Pornografia de Vingança**: vulnerabilidades femininas e poder punitivo. 2018. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. Convenção de Budapeste e cibercrimes. **Jus Navigandi**, 03 mar. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72969/convencao-de-budapeste-e-cibercrimes. Acesso em: 10 set. 2019.

ROMEIRO, Julieta Ferreira. **A institucionalização das políticas de combate à "violência conjugal" no Brasil**: inovações e controvérsias. 2007. 122 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

SANTOS, Herry Charriery da Costa; RAMOS, Estéphany da Silva; ESPÍNOLA, Melissa Rhênia Barbosa. Rompendo barreiras, conquistando espaços: o movimento feminista no combate às desigualdades à luz da Constituição Federal de 1988. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 7, n. 1, p. 158-170, jan./abr., 2015. Disponível em: http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/3624-10886-1/2053. Acesso em: 05 out. 2019.

SILVA JÚNIOR, Giovanni Simão da. **A competência cível no âmbito da Lei 11.340/2006 e as incompatibilidades da prestação jurisdicional**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/17854. Acesso em: 10 jun. 2019.

SILVA, Aarão Miranda da. O Estado brasileiro e o (des)respeito aos direitos humanos das mulheres. **Migalhas,** 12 maio 2011. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI133007,11049-O+Estado+brasileiro+e+o+desrespeito+aos+direitos+humanos+das+mulheres. Acesso em: 02 maio 2019.

SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rosana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicosociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017, p. 244. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834. Acesso em: 03 jun. 2019.

SILVA, Letícia Neves da; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Sexting, direito fundamental à imagem e suas consequências jurídicas. **Revista Direito Sem Fronteiras**, Foz do Iguaçu, v. 2, n. 5, p. 104-125. jul./dez. 2018.

SILVA, Philipe Giovanni Rocha Martins da. **Pornografia não consentida e linchamento virtual**: uma análise de (re)territorialização da violência contra a mulher no ciberespaço. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

SILVA, Philipe Giovanni Rocha Martins da. **Pornografia não consentida e linchamento virtual**: uma análise de (re)territorialização da violência contra a mulher no ciberespaço. 2018. 94 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

THIBES, Mariana Zolata. **A vida privada na mira do sistema**: a Internet e a obsolescência da privacidade no capitalismo conexionista. 2014. 209 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde- 18032015-115144/pt-br.php. Acesso em: 26 out. 2018.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269. Acesso em: 29 out. 2019.

VASCONCELOS, Isadora Cristina Cardoso de; OLIVEIRA, Manoel Rufino David de. Por uma criminologia feminista e negra: uma análise crítica da marginalização da mulher negra no cárcere brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 101-110, jul. 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/65762. Acesso em: 29 nov. 2019.

VASCONCELOS, Tatianne Bandeira de; NERY, Inez Sampaio. A atuação das delegacias da mulher como política pública de enfrentamento à violência de gênero. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 5., 2011, São Luís. **Anais eletrônicos** [...]. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2011. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/PODER_VIOLENCIA_E_POLITICAS_PUBLICAS/A_ATUACAO_DAS_DELEGACIAS_DA_MULHER_COMO_POLITICA_PUBLICAS_DE_ENFRENTAMENTO.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. **Delta**, São Paulo, v. 21, p. 207-238, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300012. Acesso em: 05 out. 2019.

WINIKES, Ralph. **A concepção de vida privada e de intimidade, enquanto direitos da personalidade, na doutrina e jurisprudências brasileiras**. 2010. 67 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

Sites

ANTUNES, Leda. O que mudou com a lei de importunação sexual e como denunciar. **Huffpost Brasil**, 05 nov. 2018. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/11/05/o-que-mudou-com-a- lei-de-importunacao-sexual-e-como-denunciar_a_23577382. Acesso em: 25 abr. 2019.

ARONOVICH, Lola. A pornografia da revanche vindo com tudo. **Escreva Lola Escreva**. Fortaleza, 18 de novembro de 2013. Disponível em: http://escrevalolaescreva.blogspot.com/2013/11/a-pornografia-da-revanche-vindo-com-tudo.html. Acesso em: 20 set. 2019.

AVANÇA projeto que criminaliza vingança pronográfica. **Agência Senado**, 22 nov. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/22/aprovado-projeto-que-criminaliza-vinganca-pornografica. Acesso em: 29 out. 2019.

BIDERMAN, Iara; OLIVEIRA, Filipe. Causar dano emocional ao parceiro é crime; vítimas demoram a reagir. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 fev. 2012. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2012/02/1048016-causar-dano-emocional-ao-parceiro-e-crime-vitimas-demoram-a-reagir.shtml. Acesso em: 06 jun. 2019.

BOMFIM, Marcos de Lima. Breve síntese sobre revenge porn. **Jusbrasil**, 23 mar. 2019. Disponível em: https://mvlbomfim.jusbrasil.com.br/artigos/688180498/breve-sintese-sobre-revenge-porn?ref=serp. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRITO, Débora. Nova lei de importunação sexual na rua. **Agência Brasil**, Brasília, 29 set. 2018. Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-09/nova-lei- de-importunacao-sexual-pune-assedio-na-rua. Acesso em: 25 abr. 2019.

CARPANEZ, Juliana. Massacre na internet. **UOL TAB**, 2019. Disponível em: https://tab.uol.com.br/humilhar-internet/. Acesso em: 03 set. 2019.

COMO países enfrentam a disseminação não consentida de imagens íntimas? **Internetlab**, 25 maio. 2018. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/pt/desigualdades-e-identidades/mapa-pornografia-de-vinganca/. Acesso em: 10 set. 2019.

COMO um sonho ruim: as consequências da superexposição na internet. **Sul 21**, Porto Alegre, 10 jan. 2014. Disponível em: https:/www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2014/01/como-um-sonho-ruim. Acesso em: 03 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça enquadra autores de exposição íntima na web na Lei Maria da Penha. **Agência CNJ de Notícias**, 02 jul. 2018.

DIREITOS, responsabilidades e serviços para enfrentar a violência. Dossiê Violência Contra as Mulheres. **Instituto Patrícia Galvão**. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/acoes-direitos-e-servicos-para-enfrentar-a-violencia/. Acesso em: 03 set. 2019.
Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-enquadra-autores-de-exposicao-intima-na-web-na-lei-maria-da-penha/. Acesso em: 20 set. 2018.

FAIAN, Nailena. Lei homenageia maringaense que foi vítima de crime pela internet. **Portal GMC Online**, Maringá, 21 dez. 2018. Disponível em: https://gmconline.com.br/noticias/cidade/nova-lei-homenageia-maringaense-que-foi-vitima-de-crime-pela-internet. Acesso em: 29 out. 2019.

FELIX, Daniela. Mais uma vez precisamos falar sobre violências contra nós, mulheres. **Portal Catarinas**, Florianópolis, 08 mar. 2017. Disponível em: https://catarinas.info/colunas/mais-uma-vez-precisamos-falar-sobre-violencias-contra-nos-mulheres. Acesso em: 02 maio 2019.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Caretas**: adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet, fev. 2019. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

GARCIA, Cecília. A delegacia de defesa da mulher é parte da política de enfrentamento à violência, diz socióloga. **Portal Aprendiz**, 22 jan. 2019. Disponível em: https://portal.aprendiz.uol.com.br/2019/01/22/a-delegacia-da-defesa-da-mulher-

e-parte-da-politica-de-enfrentamento-a-violencia-diz-sociologa/. Acesso em: 10 jun. 2019.

GRZYBOWSKI, Cândido. A emancipação feminina e nós homens. **Canal Ibase**. Rio de Janeiro, 12 de março de 2018. Disponível em: https://ibase.br/pt/opiniao/emancipacao-feminina-e-nos-homens/. Acesso em: 05 out. 2019.

MOTA, Carlos. Senado aprova projeto que pune a vingança pornográfica. **PT no Senado**, 7 mar. 2018. Disponível em: https://ptnosenado.org.br/senado-torna-crime-a-vinganca-pornografica/. Acesso em: 29 out. 2019.

NÃO há investimentos para mulheres. **Carta Capital**, 22 mar. 2012. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/politica/nao-ha-investimento-em-politicas-publicas-para-mulher. Acesso em: 02 maio 2018.

O ASSÉDIO e a lei de importunação sexual. **Think Olga**, 14 fev. 2019. Disponível em: https://thinkolga.com/2019/02/14/o-assedio-e-a-lei-de-importunacao-sexual. Acesso em: 25 abr. 2019.

PASSO a passo legal para vítimas de pornografia de revanche. **Safernet**. Disponível em: https://new.safernet.org.br/content/passo-passo-legal-para-v%C3%ADtimas-de-pornografia-de-revanche#mobile. Acesso em: 06 jun. 2019.

VILELA, Luiza. Como funciona a nova lei de importunação sexual? **Brasil de Fato**, 26 fev. 2019. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2019/02/26/como-funciona-a-nova-lei-de-importunacao-sexual. Acesso em: 25 abr. 2019.

VOCÊ sabe o que é Sextorsion? **Leforense**, 02 abr. 2019. Disponível em: http://leforense.com.br/sextortion-sextorsao/#E_seguro_enviar_nudes. Acesso em: 25 abr. 2019.

Documentos

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Escola de APP: enfrentando a violência online contra meninas. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes- permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e- video/apresentacao-janara-sousa. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Mapa da violência contra a mulher 2018. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

Matérias de Jornais e/ou Revistas

AGRESSORES de crimes na internet ainda são poupados pela sociedade machista, diz vítima durante fórum. **Revista Marie Claire**, São Paulo, 04 dez. 2014. Disponível

em: https://revistamarieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2014/12/agressores-de-crimes-na-internet-ainda-sao-poupados-pela-sociedade-machista-diz-vitima-durante-forum.html. Acesso em: 06 jun. 2019.

ARRUDA, João. Lei Maria da Penha Virtual. **Gazeta do Povo**, 12 jan. 2019. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/lei-maria-da-penha-virtual-dh8l8mhpn1hlzcmrcgjbp9651/. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil**: indicadores nacionais e estaduais. Observatório da mulher contra a violência, Brasília, n. 2, 2018. Disponível em: http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

JUSTIÇA passa a aplicar Lei Maria da Penha em casos de exposição íntima na internet. **Revista Consultor Jurídico**, 3 jul. 2018. Disponível em: https://rochadvogados.com.br/justica-passa-a-aplicar-lei-maria-da-penha-em-casos-de-exposicao-intima-na-internet/. Acesso em: 29 out. 2019.

PERUGINI, Ana. O machismo está on-line. **Teoria e Debate**. São Paulo, 19 de outubro de 2017. Disponível em: https://teoriaedebate.org.br/2017/10/19/o-machismo-esta-on-line/. Acesso em: 20 set. 2019.

RODRIGUES, Valeria Leoni; COSTA; Flamarion Laba da. A importância da mulher. **Secretaria da Educação do Paraná**. Disponível em: http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/729-4.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

VARELLA, Gabriela. O que difere a pornografia de vingança dos outros crimes é a continuidade. **Época**, São Paulo, 16 fev. 2016. Disponível em: https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/o-que-difere-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-e-continuidade.html. Acesso em: 06 jun. 2019.