

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1198

(Ano XVI)

(20/04/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1198



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1198 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 312 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

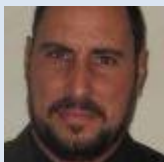
Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



STF: Foro por prerrogativa de função em sua nova formatação - críticas

Leonardo Sarmento, 08.

ARTIGOS

A psicopatia à luz do direito penal brasileiro

Nicolas Ricardo Lascano Zanelato, 11.

Aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados as relações trabalhistas

Charlene de Paula Lima, 33.

O sistema investigatório no Brasil e o inquérito 4.781/DF (inquérito das fake News): apontamentos acerca da recepção do art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a questão do sistema investigatório no Brasil

Lara Diovanna Nascimento Rodrigues, 55.

O direito processual constitucional como ciência jurídica autônoma

Arquimedes Torres de Melo Revoredo, 83.

As dificuldades enfrentadas pelas mulheres no mercado de trabalho – uma abordagem histórica e sob a ótica constitucional

Samara Karoline Campos Martins, 98.

Maus-tratos aos animais no ordenamento jurídico brasileiro e a nova Lei nº 14.064/20 (Lei Sansão)

Bianca Sória, 126.

O que caracteriza o assédio moral no ambiente de trabalho os prejuízos decorrentes desta prática

João Paulo Melo Farias, 143.

O direito de acesso à justiça e o papel da Defensoria Pública na efetivação da assistência jurídica gratuita

Stebbin Athaides Roberto da Silva, 160.

A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no direito brasileiro

Alana Gabino Rodrigues, 177.

O Superior Tribunal de Justiça e a irrevogabilidade da adoção: uma análise sobre a sua excepcionalidade

Renata Corrêa da Silva, 197.

Responsabilidade civil em incidentes de vazamento de dados

Daniela Scheuermann Celada, 221.

Aspectos jurídicos da diferenciação ao direito do porte de arma de fogo para as guardas municipais com base no critério adotado pelo Estatuto do Desarmamento

Izabela Duarte Gomes Gratex, 237.

Aspectos da ressocialização do adolescente em conflito com a lei pela aplicabilidade das medidas socioeducativas diante o princípio do melhor interesse

Jadson de Oliveira Fonseca, 252.

Acumulação de cargos públicos: quando é possível?

Janailson Alves de Oliveira, 280.

Análise do histórico do auxílio-doença previdenciário e o impacto trazido pela Lei nº 14.131/21

Silmara Monteiro de Lima Dantas, 283.

Judicialização do direito à saúde

João Paulo da Costa Coelho, 304.

STF: FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM SUA NOVA FORMATAÇÃO – CRÍTICAS

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós-graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV1.

Já tratamos do tema em livros, e artigos, tema que sempre se demonstrou de interesse da elite de poder e moralmente sem atributos jurídicos nobres.

Inegável, que no Brasil o foro por prerrogativa de função é um foro privilegiado, há notória tergiversação empírica de suas finalidades constitucionais, que seria nuclearmente a de proteger os ocupantes dos cargos de poder para que possam atuar com liberdade no cumprimento de seus desideratos políticos de representantes do povo, mas que por aqui não é desta forma que se maneja o instituto como observaremos. Institui-se determinado juízo ou tribunal para determinadas demandas que envolvam autoridades públicas, motivo originário para sua criação.

Encontra-se na Constituição de 1988 no artigo 102, I, b e c, além do 105, I, a, entre outros.

Iniciemos pela crítica. O STF antes e pós Lava-Jato seguia e segue uma mesma toada de atuação. Quando se tratam de crimes do colarinho branco em que um político é julgado pela maior Corte do país a chance de absolvição é de quase 100%, dados nos mostram isso, absolvição em sentido amplo, englobando os processos arquivados de pronto. Como a Corte se tornou uma ativista política com viés ideológico às escâncaras, se alguma condenação surgir, nos parece será de político opositor em relação à ideologia política da maioria da Casa, aqui esperamos estar equivocado.

Lamentavelmente não temos visto julgamentos, votos, nos termos do melhor direito aplicável ao caso concreto da forma que desejávamos, mas sim à depender do réu, se companheiro da Casa ou adversário político, se companheiro absolvição (sentido amplo) parece certa, se adversário as conversas e negociações de bastidores dirão a sorte do réu. Assim nos parece.

1 E-mail: lbsarmento@gmail.com

E isso acontece, pois possuímos uma Constituição de viés principiológico, onde se permite uma hermenêutica normativa excessivamente aberta, quando o julgador consegue aderir tanto em favor da condenação como da absolvição de forma fundamentada (ainda que com diversas gambiarras para se esgueirar das verdades dos fatos, em especial quando se busca absolver) - apenas a nossa perspectiva democrática de observar.

Ponto fora da curva na nossa história foi o período da Lava-Jato, quando a sociedade foi às ruas e exigiu do Judiciário o fim da impunidade para os crimes de colarinho branco, quando o Judiciário deu um looping e começou a condenar os criminosos da elite política do país à semelhança do que ocorrera na Itália há 32 anos atrás com a operação Mani Pulite (operação mãos limpas).

Por aqui os escândalos com desvios de dinheiro público, corrupção sistêmica alcançou o Executivo, o Legislativo, grandes empresários financiadores do esquema e iniciava sua caminhada para alcançar membros das maiores Cortes do país. Foi então, que uma verdadeira força tarefa uniu às forças de poder em verdadeiro acórdão para sepultar a Lava-Jato de uma vez por todas do enredo do nosso país, quando a imprensa comprou o movimento unindo-se às forças de poder.

As teorias que se buscavam para retirada do véu protetivo dos caciques da corrupção sempre ocultos por aqui - inalcançáveis até então - , que se mostraram eficazes, passaram a ser desqualificadas pela mácula de parcialidade, de falhas procedimentais. Em poucas palavras foi nesse caminho, buscando-se e criando-se por malabarismos erros procedimentais, à nosso sentir, em grande maioria praticados e abonados pelo próprio Judiciário ao longo dos anos, que de uma vez começaram a anular todas as condenações da Lava-Jato, muitas delas ratificadas pelos órgãos colegiados de segunda e terceira instâncias. Enfim, o STF resolveu que políticos de alta linhagem não devem ser condenado por corrupção, e ponto final, desta forma nos pareceu, um retorno ao status quo.

Retornando ao foro por prerrogativa, chamemos de privilegiado pois retrata melhor a realidade à nosso sentir, acabou por decisão do STF sendo alargado, contrariando decisão do próprio quando a ética na política era a pauta principal das ruas no país. Agora a competência dos Tribunais para julgamento de crimes funcionais prevalece mesmo após a cessação das funções públicas, por qualquer causa (renúncia, não reeleição, cassação etc.). A saída do cargo somente afasta o foro privativo em casos de crimes praticados antes da investidura no cargo ou, ainda, dos que não possuam relação com o seu exercício; quanto aos crimes funcionais, a prerrogativa de foro deve

subsistir mesmo após o encerramento das funções. Assim mantêm-se o privilégio mesmo após a cessação das funções.

Poderíamos dizer que a não alteração do foro mesmo após a cessação das funções públicas traria o avanço de se reduzirem as possibilidades de prescrição, muito utilizadas pelas defesas dos políticos-réus a partir de excessos recursais e manobras para de atrasar decisões. Infelizmente não é esse o pano de fundo que percebemos, mas na verdade entendemos que será uma forma de se manter o processo no STF como uma quase "garantia de absolvição", mantendo-se os caciques da horda brasileira de políticos encastelada e protegida para o funcionamento do sistema.

O presente artigo, conciso e direto, nada mais representa que um parecer pessoal, e em momento algum fomenta ataques às ordens constituídas. Leis e decisões judiciais devem ser respeitadas e cumpridas tomadas ou não por razões ideológicas. Apenas nos tomamos da nossa liberdade de expressão em sentido amplo, do nosso Estado Democrático de Direito, para buscarmos a nossa interpretação dos fatos que percebemos no nosso país sob a nossa perspectiva, em momento algum trazemos uma verdade absoluta, e em um país democrático discordar é salutar, nos faz crescer e refletir.

Por mais utópico que possa parecer, ainda sonhamos com um Judiciário, em especial das mais altas esferas jurisdicionais, menos dado aos apelos da política ideológica e mais voltado para aplicação do melhor direito independente do interesse político ideológico que fomenta a decisão final por detrás. Nosso anseio é por um Judiciário que tutele os valores constitucionais, que tutele o cidadão comum diante dos excessos do poder, que decida mais e negocie menos com nossos princípios constitucionais mais caros.

O julgamento sobre o tema ainda não foi finalizado por um pedido de vista, mas o STF já alcançou maioria no sentido do alargamento do "foro especial por prerrogativa de função".

A PSICOPATIA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

NICOLAS RICARDO LASCANO ZANELATO:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário
São Lucas Ji-Paraná – UniSL².

CLAUDENIR DA SILVA RABELO[1]

(orientador)

RESUMO: Tendo em vista que o nosso sistema judiciário e legislativo esqueceu dos psicopatas, não formulando nenhuma lei específica e usando apenas de jurisprudência fixa, pesquisa-se sobre a psicopatia a luz do direito penal brasileiro, a fim de tentar entender um pouco esses indivíduos e demonstrar no momento como o direito penal funciona perante um psicopata. Para tanto, é necessário o estudo de o que é um psicopata, conceituar perante o direito penal e demonstrar a culpabilidade do indivíduo e analisando a psicologia dentro do direito. Realiza-se, então, uma pesquisa de metodologia exploratória, diante disso verifica-se que o psicopata é imputável a um crime, o esquecimento do indivíduo no direito penal e a falta de estudos com a psicologia, o que impõem a constatação de nenhuma preocupação com o psicopata, assim fazendo com que uma sociedade sofra na mão desses indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia; Culpabilidade, Direito Penal;

ABSTRACT: Considering that our judicial and legislative system has forgotten about psychopaths, having no specific law and using only fixed jurisprudence, research is carried out on psychopathy in the light of Brazilian criminal law, in order to try to understand a little about these individuals and demonstrate at the moment how criminal law works for a psychopath. Therefore, it is necessary to study what a psychopath is, to conceptualize before the criminal law and demonstrate the individual's culpability and analyzing psychology within the law. Then, an exploratory methodology research is carried out, in view of this, it appears that the psychopath is attributable to a crime, the individual's forgetfulness in criminal law and the lack of studies in psychology, which imposes the finding of no concern with the psychopath, thus causing a society to suffer at the hand of these individuals.

KEY-WORDS: Psychopathy; Culpability, Criminal Law;

² E-mail: nicolas.r.xd@hotmail.com

Sumário: 1. Introdução. 2. Psicopatia. 2.1 Definição. 2.2 Teorias E Diagnósticos. 2.3 Direito Comparado. 3. Direito Penal Brasileiro E Culpabilidade. 3.1 Aspectos Legais. 3.2 Culpabilidade. 3.3 Cumprimento De Pena Pelos Psicopatas. 4. A Psicologia À Luz Do Direito Penal Brasileiro. 4.1 Casos De Psicopatia No Brasil. 4.2 Exame Criminológico. 4.3 Possíveis Soluções. 5. Considerações Finais. 6. Referência.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade no Brasil atinge níveis bem altos a cada ano que passa. Nesse sentido, há uma porcentagem dessa taxa que corresponde a delitos cometidos por pessoas com psicopatologias, tais como o distúrbio de personalidade antissocial ou sociopata.

Esse distúrbio, também chamado de *psicopatia*, se condiciona pela anomalia do sistema límbico do sujeito, incapacitando-o de ter uma consciência afetiva e emocional.

Desse modo, ele pode vir a cometer atos de crueldade indiscriminadamente, sem sentir qualquer empatia ou remorso - ou mesmo vir a aprender com seus atos, uma vez que há grande distorção ou até ausência de valores humanos.

Com essa pesquisa, buscar-se-á compreender quais os impactos que o indivíduo patologicamente acometido por psicopatia tem sobre a sociedade em si e, sobretudo, a respeito dos direitos dispensados a este no que concerne à imputabilidade de seus crimes, objetivando compreender as ferramentas disponíveis na lei e doutrina jurídica brasileira.

Pretende-se, com esse artigo, analisar as circunstâncias reais de um psicopata e como sua conduta pode atingir diretamente a sociedade, gerando problemáticas que envolvem, além das preocupações sociais, o âmbito criminalístico e jurisdicional.

A quantidade de pena se vale pelo tipo de crime. Psicopatas e sociopatas, em geral, procuram humilhar suas vítimas, como: abusar até chegar ao estupro; subjugar até causar dor (tortura). Além da violência, pode-se ter os crimes de estelionato e fraude. Tudo isso varia do grau de psicopatia em que se encontra o indivíduo, sendo impulsivo, mas nunca passional.

Nesse sentido, cabe avaliar se esses indivíduos podem ser considerados imputáveis por lei ou não, uma vez desprovidos de julgamentos morais e com ausência de quaisquer sinais de psicoses ou alucinações condicionadas pelo transtorno.

Assim, ressalta-se a importância do tema proposto e a necessidade de um estudo mais minucioso, pois são indivíduos que precisam ser encontrados e reabilitados para se

tornarem aptos ao convívio em sociedade, ou receber o devido julgamento dentro dos parâmetros legais atualizados.

Sendo assim, pretende-se também reconhecer no ordenamento jurídico quais os recursos utilizados no julgamento de réus acometidos por esse transtorno de personalidade. Vale ressaltar que tais parâmetros encontram-se obsoletos, devendo ser revisados para a formulação legislativa de novos recursos no direito penal brasileiro, para uma eficiente condução dos casos futuros.

Para tanto, será utilizado como fonte de pesquisa análise doutrinária, estudo de caso e revisão de publicações e bibliografias que tratam sobre o assunto no âmbito jurisdicional.

O artigo tem como propósito contemplar a disciplina Trabalho de Conclusão de Curso 2 – TCC 2, em Direito, no qual pretende-se identificar quais outros meios de condenação um psicopata pode acatar, sendo que o magistrado pode se valer do fato de haver um laudo psicopatológico e ceder lugar em casa de reabilitação adequada ou manicômio - quando em casos severos -, em detrimento do sistema prisional comum brasileiro. Também se busca enfatizar o meio processual utilizado pelos magistrados, para fundamentação das sentenças e os riscos que essas sentenças podem causar.

2. PSICOPATIA

2.1 Definição

Quando se fala em psicopatia, claramente o que vem à mente é um indivíduo que possui um grande déficit de habilidades sociais, o que o torna incapacitado para viver em sociedade, tendo que passar toda sua vida solitária. Nem todos estão inclinados a matar, entretanto, às vezes agem usando a manipulação, a trapaça e os comportamentos dissimulados.

A par da conduta psicopata, menciona a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, em seu livro *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*,

É importante ter em mente que todos os psicopatas são perigosos, uma vez que eles apresentam graus diversos de insensibilidade e desprezo pela vida humana. Porém, existe uma fração minoritária de psicopatas que mostra uma insensibilidade tamanha que suas condutas criminosas podem atingir perversidades inimagináveis. Por esse motivo eu costumo denominá-los de psicopatas severos ou perigosos demais. Eles são os criminosos que mais desafiam a

nossa capacidade de entendimento, aceitação e adoção de ações preventivas contra as suas transgressões. Seus crimes não apresentam motivações aparentes e nem guardam relação direta com situações pessoais ou sociais adversas (SILVA, 2008, p. 129).

Com toda essa anomalia cerebral, o psicopata/sociopata é considerado muito inteligente pela própria "arrogância", pois o que ocorre é que o cérebro do sociopata funciona de uma forma diferente dos outros, a partir da manifestação puramente racional, isenta de qualquer emotividade ou consciência sobre os valores humanos, podendo assim não haver um mediador que o bloqueie na concepção de seus objetivos mais perversos.

"Etimologicamente, a palavra *psicopatia* vem do grego *psyché*, alma, e *pathos*, enfermidade" (DUARTE, 2018, p. 11). Ainda segundo Duarte (2018), o conceito de psicopatia não é consenso entre todos os estudiosos, pois não se encaixa na visão de uma doença mental - na qual apresentam qualquer tipo de desorientação, delírios e alucinações, ou ainda, intenso sofrimento mental.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (1948), OMS, emprega-se o termo Transtorno de Personalidade Dissocial - registrado na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (1993), CID-10, sob o código F60.2, acolhido definitivamente pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (1994), DMS-IV - como um "transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros."

Concluindo com toda a análise chegamos a um ser humano como todos, sem nenhum defeito fisiológico, apenas com um transtorno de personalidade, essa "anomalia" pode estar presente em qualquer pessoa, pode viver uma vida toda sem saber que era um potencial psicopata, os traços sempre são característicos, um total desinteresse na socialização, uma frieza fora do normal e nenhuma compreensão do estado emocional de outra pessoa.

2.2 Teorias e Diagnósticos

Os portadores desse distúrbio são pessoas com anomalias cerebrais no sistema límbico - que seria a área do cérebro responsável por processar emoções e comportamento sociais, também do aprendizado e da memória -, com isso, incide essa falta de empatia e afetividade com as outras pessoas, tornando alguém como um simples objeto, até mesmo sem afetividade parental, como muitos casos mostram de assassinos que começam com os próprios familiares.

Ana Prado (2011) em seu artigo *Entenda melhor como funciona o cérebro de um psicopata* para a revista Super Interessante disse,

Basicamente, os psicopatas têm menos conexões entre o córtex pré-frontal ventromedial (ou vmPFC, uma parte do cérebro responsável por sentimentos como empatia e culpa) e a amígdala, relacionada ao medo e ansiedade.

Dois tipos de imagens cerebrais foram coletados. Imagens com tensor de difusão (ou DTI, um tipo de ressonância magnética que obtém imagens de tecidos biológicos a partir da difusão da água entre as células) mostraram uma redução da integridade estrutural das fibras de substância branca que ligam o vmPFC e a amígdala. Imagens feitas com ressonância magnética funcional (fMRI), por sua vez, mostraram menos atividade coordenada entre os dois. (PRADO, 2011)

Essa anomalia pode acontecer devido a alguma alteração como já dito no sistema límbico, algum fator genético que possa causar a anomalia no cérebro do indivíduo e no pior caso um abuso emocional/sexual que a pessoa passou e que tenha causado traumas severos.

Para chegar à conclusão de que o indivíduo tem o transtorno de personalidade, se faz um teste de avaliação de psicopatia de Hare ou também chamado de PCL-R, em que são avaliadas as características do comportamento da pessoa, onde se encontram vinte itens, assim sendo possível verificar a personalidade do ser.

Para Rodolfo Augusto Matteo (2006) em sua resenha para a livraria online Scielo Brasil narra sobre a escala PCL-R,

O PCL - R, que é o primeiro exame padronizado exclusivo para o uso no sistema penal do Brasil, pretende avaliar a personalidade do preso e prever a reincidência criminal, buscando separar os bandidos comuns dos psicopatas. A autora defende em sua tese que não é o tipo de crime que define a probabilidade de reincidência, e sim a personalidade de quem o comete. Assim, os estudos visando à adaptação e validação desse instrumento para a população forense brasileira, bem como sua comercialização para os profissionais da área, há muito urgiam ser viabilizados no Brasil. A questão da psicopatia ainda é um tanto controversa, já que há tempos existe a discussão se tal patologia, enquanto perturbação

da personalidade, deve ser considerada como uma categoria diagnóstica nas classificações internacionais ou se os transtornos de personalidade já catalogados dão conta de identificar os sujeitos que apresentam tais distúrbios de conduta. Atualmente, é usada a denominação transtorno antissocial da personalidade, mas estudos recentes, inclusive da própria autora, mostraram a necessidade de se diferenciar dois subtipos dentro dessa classificação, a saber, transtorno parcial da personalidade, menos grave e que geralmente caracteriza os ditos criminosos comuns, e transtorno global da personalidade, que se aproxima do conceito de psicopatia de Hare. A psicopatia é entendida atualmente no meio forense como um grupo de traços ou alterações de conduta em sujeitos com tendência ativa do comportamento, tais como avidez por estímulos, delinquência juvenil, descontroles comportamentais, reincidência criminal, entre outros. É considerada como a mais grave alteração de personalidade, uma vez que os indivíduos caracterizados por essa patologia são responsáveis pela maioria dos crimes violentos, cometem vários tipos de crime com maior frequência do que os não-psicopatas e, ainda, têm os maiores índices de reincidência apresentados. Assim, o que o PCL - R pretende diferenciar são os psicopatas dos não-psicopatas, segundo a proposta de Hare. Um dos principais objetivos da escala é identificar os sujeitos com maior probabilidade de reincidência criminal, sendo assim, além de um instrumento diagnóstico importante para tomada de decisão acerca do trâmite do condenado no sistema penal, uma ferramenta para separar os que apresentam tal condição daqueles que não a apresentam, com vistas a não prejudicar a reabilitação dos chamados criminosos comuns. (MATTEO, 2006)

No artigo de doutorado chamado *Teoria e avaliação da personalidade psicopática: construção e evidências de validade de um instrumento de autorrelato para uso na população geral* feito por Nelson Hauck (2013), na tentativa de explicar as características da psicopatia, foi apresentado dois modelos que buscam adentrar em várias áreas do conhecimento, são a Hipótese da ausência do Medo e a hipótese da modulação, na hipótese da ausência de medo significa de a pessoa não ter o medo propriamente dito, a sensação de desprezar a algo (ou alguém). Lykken em 1957 em sua pesquisa chamada *A study of anxiety in the sociopathic personality*, mostrou que prisioneiros com alto índice de psicopatia eram menos aptos a resolver tarefas que incidiam em evitar apertar botões que podiam dar choques elétricos.

A Hipótese da modulação se encaixa juntamente com a hipótese de ausência do medo, mas poderia dizer de uma forma mais “forte” e no mesmo tempo só ocorrem em determinada situação (Wallace & Newman, 2008), o psicopata teria uma capacidade de processar sentimentos ou estímulos fora de seu foco no momento mais devagar.

Attention Moderates the Fearlessness of Psychopathic Offenders um grande estudo por Newman et al., (2010) usando a resposta a um som alto entre prisioneiros, os que tinham um baixo escore em psicopatia apresentavam uma alta resposta ao som alto em três tarefas que requisitavam o foco, já os que tinha traços de psicopatia somente apresentaram alguma reação quando foram instruídos a diferenciar quando sentiam alguma ameaça ou não.

Nadja Heym (2008), Professora sênior de psicologia na universidade de Nottingham Trent narra em seu artigo,

Embora os psicopatas mostrem uma falta específica de emoções, como ansiedade, medo e tristeza, eles podem sentir emoções como felicidade, alegria, surpresa e nojo. Assim, enquanto tendem a sofrer para reconhecer rostos amedrontados ou tristes, são menos sensíveis às ameaças e punições. Eles podem identificar rostos felizes e respondem positivamente quando são grandemente recompensados. Eles também podem sentir raiva, especialmente em resposta à provocação, ou ficar frustrados quando seus objetivos não são alcançados. Sendo assim, você é plenamente capaz de ferir os sentimentos de um psicopata, mas provavelmente não pelos motivos que levaria uma pessoa “comum” a ficar magoada. (HEYM, 2008)

Demonstrando assim, a frieza e a baixa ansiedade envolvida na pessoa com o transtorno de psicopatia, o problema sempre será na sua falta de empatia, tanto que todo mundo pode ser um pouco psicopata em situações específicas sem ter o transtorno, um grande exemplo e a sedução para conseguir algo e a não demonstração de culpa.

2.3 Direito Comparado

Não só no Brasil temos que pensar nos psicopatas, mas no mundo todo, pois não há uma diferença entre eles, exceto algo mais cultural que vai de país para país, mas vemos que em alguns lugares o estudo é maior e mais minucioso, pois há o medo de que esses indivíduos possam fazer em uma sociedade completa, principalmente fechados dentro de uma cadeia com outras pessoas propícias a acatar ideias de um indivíduo com o transtorno.

Em pesquisas como a de Priscyla Oliveira (2015) ela narra que nos países Estados Unidos e Inglaterra com seus estudos sobre o transtorno avançados, perceberam que o indivíduo psicopata pode trazer grandes problemas assim vindo uma grande necessidade de conter desde cedo, e analisando desde pequenos os traços.

Há países como Estados Unidos, Dinamarca, Alemanha que entendem que não há como essas pessoas compreenderem a gravidade de seus crimes, nem que mudem sua ideia assim colocam em prática medidas radicais como a castração química, medida tomada para aqueles crimes de teor sexual como estupro, pedofilia, atentado ao pudor que comumente acontecem em serie/sequência.

Há ideias, que seriam realmente úteis no Brasil, como da Inglaterra, onde existe o *Dangerous and Severe Personality Disorder* (2001) – DSPD (Programa para Pessoas Perigosas com Transtornos Graves da Personalidade) – que é uma iniciativa conjunta entre os Ministérios da Justiça e da Saúde e o sistema prisional britânico, em que os presos considerados perigosos, estejam eles soltos ou perto do fim da sentença, são acompanhados de perto por funcionários do governo para que não reincidam nos crimes.

No Brasil já foi apresentado um projeto de lei 6858/2010 com o teor,

Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.

Mas foi arquivada, onde vemos um grande problema por quando um ente político tenta ajudar ou solucionar, não foi atendido, e seria de bom uso na rede prisional.

Há grande diferença que vemos no direito comparado sobre o indivíduo psicopata e que fora existe a condenação certa para cada caso, um exemplo disso é a condenação perpétua com uma cela de isolamento, entendendo que o indivíduo não consegue de qualquer jeito viver em sociedade, claro que para os casos mais absurdos do distúrbio, serial killers e abusadores sexuais, no Brasil uma prisão perpétua seria algo distante a se pensar, com uma doutrina mais consolidada e também com o pouco caso a população carcerária, não teria local e nem saneamento.

3. DIREITO PENAL BRASILEIRO E CULPABILIDADE

3.1 Aspectos Legais

Na área criminal, o objeto de crime envolve o criminoso e a vítima. Com esse estudo explora-se a psicopatia dentro da criminologia, como uma psicologia criminal e psiquiatria criminal, sendo diferente uma da outra.

Por Sérgio S. Shecaira, que da sua ideia sobre criminologia,

Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes (SHECAIRA, 2004, p. 31).

A definição de criminologia, como qualquer entendimento se tem variações de ideia, Edwin H. Sutherland traz outra definição,

Criminologia é o conjunto de estudos sobre o crime como um fenômeno social. Inclui em seu escopo os processos de elaboração de leis, de quebra de leis e de reagir à quebra de leis. Certos atos considerados indesejáveis são definidos pela sociedade política como crimes (SUTHERLAND, 1947, p.1).

Não há uma legislação específica para a psicopatia no Brasil, assim, constata-se que a justiça brasileira se esqueceu dos indivíduos acometidos pelo transtorno.

Os crimes mais propensos que um indivíduo com o transtorno de personalidade seriam o homicídio qualificado, quando tem a intenção de matar, o psicopata pode ter todos os problemas mentais possíveis, mas quando ele tem a intenção de matar, nada tira essa ideia dele, o crime previsto no art. 121 do Código penal, Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (BRASIL, 1940, Art. 121).

Com a grande frieza e esperteza podemos dizer do indivíduo com o transtorno, se torna uma pessoa que consegue fácil manipular os outros, sendo sempre benéfico a ele, pois tenta alcançar seus objetivos, caindo assim no art. 171 do Código Penal,

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984) (...)

(BRASIL, 1940, Art. 171)

Nas decisões judiciais no Brasil os indivíduos, são tidos como imputáveis, sofrendo a aplicação da pena privativa de liberdade, mas há a ideia de semi-imputabilidade, pois o que vemos em jurisprudência e o pedido, mas nunca a aprovação do juízo a quo, por entender que o psicopata sabe do que se trata, sabe que é um crime o fato cometido, apenas não sente remorso.

Contradizendo assim o artigo 26 do Código Penal Brasileiro de 7 de dezembro de 1940,

Isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, no tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940, Art. 26).

Antes se faz toda a análise para saber se o indivíduo é mesmo psicopata, após vem a análise criminal, e as sanções aplicadas (quando o sujeito cometer o crime previsto em lei).

Após as alterações da Lei de Anticrime (Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019) de acordo com o artigo 75 não poderá ultrapassar 40 anos de prisão, mas nenhuma prisão fará com que ajude um psicopata a se ressocializar, sendo assim um meio improvável.

As medidas de segurança, que seria uma sanção penal aplicada aos indivíduos doentes mentais ou com desenvolvimento mental afetado, buscando sempre a reintegração do indivíduo, sem o privar dentro de celas, mas sim o ajudando com tratamentos psiquiátricos ou a sujeição a tratamento ambulatorial, conforme art. 96 do Código Penal,

Art. 96. As medidas de segurança são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - Sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Imposição da medida de segurança para inimputável (BRASIL, 1940, Art. 96).

Assim, conforme o art. 777 do código processual penal,

Em qualquer tempo, ainda durante o prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o tribunal, câmara ou turma, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, seu defensor ou curador, ordenar o exame, para a verificação da cessação da periculosidade. (BRASIL, 1941, Art.777)

Assim buscando analisar o nível de periculosidade que o carcerário possui, o objetivo em si e demonstrar as informações, é o análise ficar para o juiz responsável pelo processo, o transtorno como demonstrado não tem um tratamento consequentemente não curando em estadias de anos em um hospital psiquiátrico, com a tecnologia farmacêutica hoje em dia mais desenvolvida pode aparecer medicamento que retarda um pouco essa motivação de ser um psicopata brutal, que não consiga controlar sua ambição em importunar ou matar, isso e algo na cabeça do indivíduo não tem culpa de ter tamanha vontade de planejar um homicídio.

3.2 Culpabilidade

Com relação à culpabilidade, o texto de Cezar Roberto Bitencourt disserta,

Hodiernamente, a culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com os fatos, podia e devia agir de modo diferente. Sem culpabilidade não pode haver pena e sem dolo ou culpa não pode existir crime. Pelo exposto, a responsabilidade objetiva é insustentável no sistema penal brasileiro, que, certamente, encapou as ideias da responsabilidade penal subjetiva (BITENCOURT, 2011, p. 125).

Desse modo é necessário entender que o direito penal se coloca como protetor, porque no final o direito tem que ter a resposta a um crime cometido. A lei tem que prever, organizar e principalmente controlar, mas perante os psicopatas a justiça brasileira tarda em sua providência.

A classificação de semi-imputabilidade do indivíduo psicopata perante as leis se vê impossível, pelo simples fato do indivíduo saber o que está fazendo e também saber que o acometimento é um crime se for o caso (casos de homicídio, furto, ameaças etc.).

O psicopata, no direito penal brasileiro, se torna mais um criminoso comum em nossa sociedade, pois além de ser pouco compreendido, os critérios de prisão e reeducação são mal manejados.

3.3 Cumprimento De Pena Pelos Psicopatas

O homicídio praticado por psicopatas é julgado pelo Conselho de Sentença, órgão integrante do Tribunal do Júri, com isso a sentença sairá em conformidade com o conjunto probatório apresentado.

Após a prisão de um indivíduo psicopata cabe ao juiz da sentença a fixação do regime inicial da execução da pena aplicada, seguindo os seguintes critérios legais: quantidade da pena aplicada, natureza e reincidência (conforme art. 33, caput, do CP/40, combinado com o seu § 2º e alíneas).

Pela Justiça Brasileira, a sentença pode ocorrer de diferentes maneiras, se o juiz reconhecer que o indivíduo é imputável, sendo aquele que tem plena consciência de seus atos, assim punido como qualquer outro criminoso comum, ou semimputável, caso quase impossível de ocorrer, pelo pouco estudo doutrinário como base.

APELAÇÃO CRIMINAL AMEAÇA E VIAS DE FATO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ABSOLVIÇÃO - INVIÁVEL PROVAS SEGURAS PALAVRA DE VÍTIMAS E DE INFORMANTES PRETENDIDA EXCLUSÃO DA APLICAÇÃO DO ART. 98, DO CÓDIGO PENAL - IMPOSSIBILIDADE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL COM PRODUÇÃO DE LAUDO PSIQUIÁTRICO, CORROBORADO POR LAUDO PSICODIAGNÓSTICO PARA FINS JUDICIAIS - CONCLUSÕES PERICIAIS QUE INDICAM ANOMALIA PSÍQUICA E RECOMENDAM AFASTAMENTO DO CONVÍVIO FAMILIAR, POR REPRESENTAR RISCO AOS FAMILIARES - REDUTORA DA SEMI-IMPUTABILIDADE DO ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO RECONHECIDA - MEDIDA DE SEGURANÇA ADEQUADAMENTE IMPOSTA - PEITO DE RECONHECIMENTO DE DETRAÇÃO PENAL E DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INVIÁVEL MEDIDA DE SEGURANÇA QUE NÃO SE CONFUNDE COM PENA - INAPLICÁVEL A DETRAÇÃO PENAL 1. Provada a autoria e materialidade delitiva, inadmissível a absolvição. 2. O juízo acertadamente aplicou o redutor imposto pelo artigo 26, parágrafo único do CP, na dosimetria da pena do apelante. 2. Se os laudos

periciais produzidos em incidente de insanidade mental atestam que o semi-imputável requer afastamento do convívio de familiares em seu tratamento psiquiátrico, porque apresenta risco à segurança deles, o juiz poderá converter a pena em medida de segurança de internação (CP, art. 98). 4. Medida de segurança é distinta de pena e como tal não se lhe aplica a detração penal nem é possível ocorrer a extinção da punibilidade considerando tal fato. [...]

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

O psicopata, mesmo com vários anos de prisão, não produz nenhum avanço no tratamento, já que é incapaz de aprender e internalizar valores e princípios, ou mesmo de se culpabilizar pelos próprios atos que o levaram à condenação.

Dizia o filósofo Michael Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*,

Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósitos de criminosos, depósitos cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. [...] . Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. (FOUCAULT, 1979, p.131-132).

Tanto um indivíduo normal quanto o psicopata, após a sua prisão têm todos os efeitos de progressão de regime da pena ou de concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas. Pensando assim, é claro que qualquer pessoa gostaria de terminar o cumprimento de pena no menor tempo possível, passando-se por um detento exemplar.

Para Alexandra Carvalho Lopes de Oliveira, quanto ao tratamento que é dispensado, conforme a legislação penal brasileira aos criminosos psicopatas,

Não serve como forma de punição aos psicopatas [...] uma vez que apresenta inteira indiferença aos institutos penalizadores diante da sua carência afetiva. E sem o adequado acompanhamento "brincarão" com o sistema carcerário, tendo em vista que poderão manipular a realidade apresentando bom comportamento para serem beneficiados com a progressão de regime, por exemplo,

voltando mais rápido à convivência com a população (Oliveira, 2012, p. 2).

Para o Promotor de Justiça Marcellus Ugiette,

Um psicopata não tem a capacidade de arrependimento, ele não entende o que é errado e certo, sendo assim, ainda que este acabe cumprindo sua punição, não se demonstrará arrependimento do que fez. Deste modo, no momento em que for solto, o psicopata provavelmente voltará a realizar os mesmos crimes que o levou a ser preso (apud PASSOS, 2008, p. 6).

Para a Ministra Maria Thereza de Assis Moura a doutrina se encontra consolidada sobre a culpabilidade do psicopata,

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ALEGAÇÃO DE VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE PELOS JURADOS. RÉU DIAGNOSTICADO COMO PSICOPATA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE LAUDO PSIQUIÁTRICO INDICANDO QUE O RÉU TINHA CAPACIDADES COGNITIVA E VOLITIVA PRESERVADAS. VEREDICTO DOS JURADOS AMPARADO EM PROVA CONSTANTE DOS AUTOS. VEREDICTO MANTIDO.

1. A doutrina da psiquiatria forense é uníssona no sentido de que, a despeito de padecer de um transtorno de personalidade, o psicopata é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta (capacidade cognitiva).

2. Amparados em laudo psiquiátrico atestando que o réu possuía, ao tempo da infração, a capacidade de entendimento (capacidade cognitiva) e a capacidade de autodeterminar-se diante da situação (capacidade volitiva) preservadas, os jurados refutaram a tese de semi-imputabilidade, reconhecendo que o réu era imputável.

3. Não merece qualquer censura a sentença proferida pelo presidente do Tribunal do Júri que deixou de reduzir a reprimenda pela causa prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal, se o soberano conselho de sentença não afastou a tese da semi-imputabilidade do réu. Precedentes do TJDF.

4. Existindo duas teses contrárias e havendo plausibilidade na escolha de uma delas pelo Tribunal do Júri, não pode a Corte Estadual cassar a decisão do conselho de sentença para dizer que esta ou aquela é a melhor solução, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, CF).

(Documento: 73969483 - Despacho / Decisão Pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJe: 28/06/2017, Superior Tribunal de Justiça)

Assim a discussão de inimputabilidade ou semi-imputabilidade já sabemos que não é válida com o estudo jurisdicional, mas também é algo certo de que o psicopata dentro de uma prisão se torna uma bomba relógio implantada pelo sistema judiciário, a solução teria que vir primeiramente com o reconhecimento do perigo dos psicopatas dentro das penitenciárias e depois o estudo de como poderiam ajudar o indivíduo com transtorno de personalidade.

4. A PSICOLOGIA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

4.1 Casos de Psicopatia no Brasil

Um dos casos mais famosos, conhecidos no Brasil, é o de João Acácio Pereira da Costa, o bandido da luz vermelha - foi assaltante, esturador e um assassino em série, preso aos 24 anos de idade e condenado em 88 processos, sendo 77 roubos e 04 homicídios, conforme a reportagem *Há 20 anos, Bandido da Luz Vermelha era assassinado em SC* por Luiz Carlos Ferreira (2018).

Tinha a peculiaridade de entrar nas casas, descalço e com uma lanterna vermelha, para iluminar. Pela legislação do Brasil na época o prazo máximo da pena é de 30 anos de reclusão, logo foi solto ao cumpri-la, mas foi morto quatro meses depois por um homem que se defendeu numa tentativa de homicídio de João Acácio.

Outro caso, foi o de Febrônio Índio do Brasil, se denominava Filho de Luz e era conhecido por estuprar, matar e tatuar suas vítimas como um ritual de purificação, antes de se tornar um serial killer praticava crimes de personalidade psicopática como o suborno ou fraude, pelo fato de ser um indivíduo frio, uma grande personalidade presente nessas pessoas.

Na época que foi preso, em 1926, o psicopata foi internado por um certo tempo, mas depois solto pelo fato de não ter dinheiro para custear o transtorno, no próximo ano

em 1927 foi preso novamente em uma prisão convencional, nesse momento de prisão abusou de companheiros de cela e foi solto por falta de provas.

Podemos ver que o psicopata não parava de comparecer nas delegacias, eles não sabiam o 'que fazer com o indivíduo, sempre entrava e saía de presídios, por último o judiciário o colocou em um Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro, onde permaneceu até seu último dia de vida, mas o mal já tinha sido feito pelo psicopata, pessoas mortas por um problema que desde o começo podia ter sido acompanhado, pois as barbaridades que o indivíduo cometia era nas suas saídas da cadeia, e cada vez piorava os casos.

Na época o estudo dos psicopatas era mais precário que nos dias de hoje, ainda não temos muitas soluções para o problema, a não ser manicômios ou a prisão do indivíduo, por não ter nenhuma possibilidade de conviver em sociedade.

4.2 Exame Criminológico

A psicologia criminal fala da personalidade da pessoa, a forma de ser e tudo o que pode influenciar para a prática do crime, um estudo mais aprofundado, o que tem que ser visto muito cuidadosamente. Já, na psiquiatria criminal, seria o entendimento dos transtornos anormais, envolvendo doenças mentais, retardos mentais e esquizofrenias de ídolo psicóticas.

Conforme Odon Ramos Maranhão, há patente carência de psicose de qualquer tipo nesses indivíduos, bem como de manifestações neuróticas na conduta psicopata,

Não apresentam sinais de psicose de qualquer tipo. Seu pensamento é lógico e convincente. [...]. Expressam serenidade e bem-estar físico. Não se observam indícios de angústia ou ansiedade, fenômenos histéricos ou atos obsessivo compulsivos. Comunicam impressão de absoluta tranquilidade (MARANHÃO, 2008, p. 87).

Assim, nas penitenciárias com o psicopata já dentro dela, entra o exame criminológico, que é nada mais que uma perícia, onde busca descobrir como está a adaptação do preso ao seu regime para o cumprimento de pena, analisando se existe alguma probabilidade de voltar a fazer um crime e o bom comportamento.

Hewdy Lobo em seu artigo chamado *O que é Exame Criminológico* narra,

A Lei de Execução Penal – LEP (Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1.984) dispõem da seguinte maneira em seu Artigo 5º: Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e

personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Esta classificação é feita pela Comissão Técnica de Classificação, de acordo com o Artigo 6º da LEP : Art 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação (CTC), que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões. Para elaborar o projeto terapêutico individualizado, a CTC utiliza os resultados do exame criminológico, tendo em vista a reinserção social do condenado. Esta individualização da pena tem como princípio uma concepção humanista, para que o período carcerário não seja apenas punitivo e segregante.

Para Rodrigo Murad do Prado, em seu artigo para o portal jurídico Ciências Criminais,

O Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento jurisprudencial acerca da admissão ou não do exame criminológico, rezando que tal será realizado por meio de decisão motivada e segundo as peculiaridades do caso. Vejamos a Súmula 439: *Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.* Conclui-se que para a determinação do exame criminológico, basta que o magistrado profira sua decisão fundamentadamente de acordo com a necessidade do caso e atendendo às peculiaridades do condenado sem perder de vista, o cunho psicossocial que tal exame será utilizado para, por fim, reinserir o examinado no seio social.

No psicopata o exame irá analisar amplamente se tem alguma capacidade para convivência social, quando feito antes da soltura ou progressão de regime sua análise deve ser minuciosa pois o judiciário vem pecando em algumas decisões por não entender muito bem o perigo desses indivíduos na sociedade.

Na associação dos magistrados Mineiros os delegados da Polícia Federal Hellan Wesley Soares e Marcos Teixeira (2009) debateram sobre o assunto, aonde narram o acontecimento do benefício dado ao apenado Admar de Jesus, assassinou seis jovens em quanto cumpria pena de pedofilia, apresentou bom comportamento carcerário, assim o juiz decidiu pela sua soltura por ter o exame criminológico favorável, mas teria sido pedido pela promotoria um segundo exame criminológico, assim se revela o descaso do

estado em não acompanhar bem seus presos, principalmente os acometidos com o transtorno de personalidade.

4.3 Possíveis Soluções

O principal seria o entendimento do judiciário em ver que os psicopatas podem ser um grande problema para a sociedade, assim entra a ampliação dos debates no meio legislativo acerca da psicopatia, para fins de obtenção de soluções eficazes e formulação de novas leis que vigoram diante da correta punição de réus psicopatas.

A busca de encontrar potenciais psicopatas desde cedo, como quando crianças apresentando características, ou a pessoa entender por ela mesmo que acha possível ter o transtorno de personalidade, assim procurando o estado para que haja o devido acompanhamento com profissionais especializados na área de psicopatia, onde a união faria a capacitação desses psicólogos, com cursos, utilizando de uma das modalidades da licitação, exemplo o concurso ou a concorrência.

A construção de estabelecimentos apropriados no Brasil para receber réus acometidos de psicopatia ou distúrbios mentais, que cometeram crimes de homicídio ou propensos a cometê-los, com base em apuradas investigações, pois sabemos que o psicopata vai ser preso de qualquer jeito em uma penitenciária no Brasil, por que não fazer uma própria? Nós temos os recursos possíveis para isso acontecer.

Caso não seja a escolha de uma penitenciária própria à disposição de uma penitenciária com alas separadas dos demais detentos seria uma ideia a se analisar, rigorosamente segura, a fim de evitar rebeliões e facilitar a gestão adequada desses detentos especiais. No entanto, pela realidade da superlotação que há nos presídios brasileiros atualmente, essa é uma ideia praticamente inconcebível.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Presente artigo demonstra um pouco sobre a psicopatia perante o direito penal brasileiro, demonstrou que a psicopatia não consiste em nenhuma doença mental, assim a imputabilidade do psicopata ao crime é certa, indivíduo sabe do crime que está cometendo, só não consegue controlar seus atos, mas o fato de sentenciar e punir deveria ser diverso, pois o indivíduo dentro de uma penitenciária se torna um grande problema.

O legislativo e judiciário se esqueceram do psicopata, o fazendo responder como um criminoso comum, os casos estão começando a aparecer mais e mais, e deviam seguir uma ideia externa como nos estados unidos, onde já existe um amplo estudo e precaução, por enquanto nada é feito no Brasil, jogados dentro de um sistema prisional inflado e "péssimo".

Ainda não se sabe o rumo que se deve tomar com os psicopatas, mas ao mostrar estudos e casos vemos que é sim um problema para a sociedade brasileira, um indivíduo com total descontrole perante seus atos não deve passar ileso pela nossa legislação e judiciário.

A ideia de cuidarmos desde cedo de um potencial psicopata para poder fazer a socialização é algo capaz de ser feito pelo estado, é para os psicopatas criminosos, celas separadas ou a criação de um penitenciária especializada em indivíduos com o transtorno de personalidade, concluindo que ainda falta muito para termos a ideia de segurança, isso faz refletir o que pode vir, se não impulsionarmos ideias e soluções e deixarmos esses indivíduos sem as devidas precauções e conseqüentemente mais pessoas sofrendo na mão deles.

6. REFERÊNCIAS

AMBIEL, Rodolfo Augusto Matteo. **Diagnóstico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial**. Psico-Usf, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 265-266, dez. 2006. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1413-82712006000200015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psuf/a/QH4kR3WwFsndQ7wT7qqBNy/?lang=pt>. Acesso em: 09 out. 2021.

Associação Americana de Psiquiatria. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge**. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p. 656-658. Disponível em: http://www.clinicajorgejaber.com.br/2015/estudo_supervisionado/dsm.pdf. Acesso em: 28 out. 2021.

BANHA, Nathalia. **A resposta do Estado aos crimes cometidos por psicopatas**. 2008. 33 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Campus João Paulo do Valle Mendes, Belem. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321. Acesso em: 25 out. 2021.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/35042990/Tatiana_Viggiani_Bicudo_Por_Que_Punir_teorias_geral_da_pena. Acesso em: 30 out. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 125 e 781 – 782. Disponível em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/756/1/Tratado%20de%20Direito%20>

Penal%20%20Parte%20geral%20%20%20Cezar%20Roberto%20Bitencourt.pdf. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei 2848/40 Institui o Código Penal Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática nº 1.533.802 - TO (2015/0123231-4). RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS. RECORRENTE: DIEGO MARADONA DOS SANTOS SILVA. Relator: RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Brasília, DF, 22 de junho de 2017. **Superior Tribunal de Justiça Stj - Recurso Especial: Resp 5004417-64.2012.8.27.0000 To 2015/0123231-4 - Decisão Monocrática.** Brasília: Jusbrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473179740/recurso-especial-resp-1533802-to-2015-0123231-4/decisao-monocratica-473179756>. Acesso em: 15 out. 2021.

DUARTE, Tatiane Borges. **Psicopatia Versus o Sistema Penal Brasileiro: Como Enfrentá-la?**. 2018. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

EMILIO, Caroline Souza. **Psicopatas Homicidas e as Sanções Penais a Eles Aplicadas na Atual Justiça Brasileira.** 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/caroline_emilio.pdf. Acesso em: 02 out. 2021.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: O Nascimento da Prisão.** Tradução Raquel Ramallete 35ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. Disponível em: <http://revistacientifica.pm.mt.gov.br/ojs/index.php/semanal/article/view/262>. Acesso em: 15 out. 2021.

HAUCK FILHO, Nelson. **Teoria e avaliação da personalidade psicopática: construção e evidências de validade de um instrumento de autorrelato para uso na população geral.** 2013. 150 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/122290/000895738.pdf;sequence=1>. Acesso em: 27 out. 2021.

HEYM, Nadja. **Five things you didn't know about psychopaths.** The Conversation, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, out. 2018. Disponível em: <https://theconversation.com/five-things-you-didnt-know-about-psychopaths-103865>. Acesso em: 10 out. 2021.

LOBO, Hewdy. **O que é Exame Criminológico?** Jusbrasil, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-1, nov. 2017. Disponível em: <https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/532767774/o-que-e-exame-criminologico>. Acesso em: 10 out. 2021.

LYKKEN, D. T. **A study of anxiety in the sociopathic personality**. 1957. *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, 55(1), 6–10. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/h0047232>. Acesso em: 26 out. 2021.

MALVA, Pamela. TATUADOR E ASSASSINO EM SÉRIE: O INSANO CASO DE FEBRÔNIO ÍNDIO DO BRASIL. **Aventuras na História**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-1, 14 jan. 2021. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/tatuador-e-assassino-em-serie-o-insano-caso-de-febronio-indio-do-brasil.phtml>. Acesso em: 18 out. 2021.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

MINAS GERAIS. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS. **Exame criminológico pode ser obrigatório para presos com sinais de psicopatia**. **Jusbrasil**, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, nov. 2009. Disponível em: <https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/2156020/exame-criminologico-pode-ser-obrigatorio-para-presos-com-sinais-de-psicopatia>. Acesso em: 27 out. 2021.

NOVAES, Iago Vinicius Russi. Falando Sobre a Criminologia. **Jusbrasil**, Dois Vizinhos, v. 1, n. 1, p. 1-1, nov. 2019. Semanal. Disponível em: <https://iago010.jusbrasil.com.br/artigos/636189106/falando-sobre-a-criminologia>. Acesso em: 13 out. 2021.

OLIVEIRA, Priscyla. **Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida**. 2015. 15 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual do Maranhão, [S.L.], 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>. Acesso em: 27 out. 2021.

Organização Mundial da Saúde. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos**. Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993. p. 199-200.

PASSOS, Beatriz Fernandes. A figura do psicopata no ordenamento judiciário brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 11 jun 2019. p. 6. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53038/a-figura-do-psicopata-no-ordenamento-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 15 out. 2021.

PRADO, Ana Carolina. Entenda melhor como funciona o cérebro de um psicopata. *Super Interessante*, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, 21 dez. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/como-pessoas-funcionam/entenda-melhor-como-funciona-o-cerebro-de-um-psicopata/>. Acesso em: 27 out. 2021.

RABELO, Ingrid Freire Ferraz. **Atraso brasileiro no julgamento dos criminosos psicopatas diante de outros países.** 2020. 1 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Educação Superior da Paraíba, Cabedelo, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82200/atraso-brasileiro-no-julgamento-dos-criminosos-psicopatas-diante-de-outros-paises>. Acesso em: 19 out. 2021.

RAMIREZ, Gonzalo. **Psicopatia: o que é e como identificar um psicopata.** Tua Saúde, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, set. 2021. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/como-reconhecer-um-psicopata/>. Acesso em: 18 out. 2021.

SAMOSA, Aline. O Psicopata Homicida perante o Direito Penal. 5. **Jusbrasil**, Rio Branco, v. 1, n. 1, p. 1-1, set. 2021. Disponível em: <https://linesamosa9041.jusbrasil.com.br/artigos/1256962825/o-psicopata-homicida-perante-o-direito-penal>. Acesso em: 15 out. 2021.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 129.

SZKLARZ, Eduardo. **E se...fosse possível prever os crimes dos psicopatas? SUPERINTERESSANTE:** Mentes psicopatas, São Paulo, n.º 267, p. 21, 2009.

SZKLARZ, Eduardo. O psicopata na justiça brasileira. Super Interessante, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-1, out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/o-psicopata-na-justica-brasileira/>. Acesso em: 27 out. 2021.

[1] Orientador Prof.º. Esp. Claudenir da Silva Rabelo. Docente do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS AS RELAÇÕES TRABALHISTAS

CHARLENE DE PAULA LIMA: Graduanda do Curso de Direito da Cidade Universitária – Una Contagem. Graduada em Gestão de Recursos Humanos, graduanda em Direito e atua como Coordenadora de Recursos Humanos em uma multinacional do seguimento de autopeças automotiva³.

NATALIA CARDOSO MARRA

(orientadora)

RESUMO: Seguindo as evoluções da sociedade, bem como as inovações tecnológicas, o ordenamento jurídico buscou introduzir em 2018, a Lei nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Em regra, não há ramo específico para o tratamento de dados, porém, pensou-se na possibilidade de aplicabilidade nas relações de trabalho, já que envolve uma série de informações sensíveis do empregado. Feito isso, o objetivo do presente trabalho é verificar a aplicação da LGPD no âmbito trabalhista, ao passo que existe a coleta de dados e informações importantes, mediante essa novidade legislativa. Feito isso, é necessário compreender as consequências jurídicas da Lei nº 13.709/2018, em outros ramos, mas com enfoque na proteção da pessoa natural enquanto titular de dados. Utilizar-se-á como metodologia, pesquisas bibliográficas e de artigos científicos acerca do assunto, no qual será dividido em três tópicos centrais, que irão demonstrar a necessidade da proteção na era digital, as consequências nas relações de trabalho e o término do tratamento dos dados juntamente com o consentimento do empregado. Alcançou-se, como resultado, a conclusão de que o Direito do Trabalho, enquanto ramo que regula as relações trabalhistas, não escapa da observância das regras contidas na LGPD.

Palavras-chave: LGPD. TRATAMENTO DE DADOS. RELAÇÕES TRABALHO. EMPREGADO. CONSENTIMENTO.

ABSTRACT: Following the evolutions of society, as well as technological innovations, the legal system sought to introduce in 2018, Law No. 13,709, known as the General Data Protection Law (LGPD). As a rule, there is no specific branch for data processing, however, it was thought of the possibility of applicability in the work relationships, since it involves

³ E-mail: charlene.lima@icloud.com

a series of sensitive information of the employee. Once this is done, the objective of this work is to verify the application of the LGPD in the labor context, while there is the collection of important data and information, through this legislative novelty. Once this is done, it is necessary to understand the legal consequences of Law No. 13,709/2018, in other branches, but with a focus on the protection of the natural person as a data subject. It will be used as methodology, bibliographic research and scientific articles on the subject, in which it will be divided into three central topics, which will demonstrate the need for protection in the digital age, the consequences on labor relations and the end of the processing of data together with the consent of the employee. As a result, it was concluded that labour law, as a branch that regulates labor relations, does not escape compliance with the rules contained in the LGPD.

Keywords: LGPD. DATA PROCESSING. WORK RELATIONSHIPS. EMPLOYEE. ASSENT.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018 também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), foi inspirada na *General Data Protection Regulation* (GDPR), regulamento europeu de proteção geral de dados e é peça legislativa que visa resguardar a privacidade como bem jurídico tutelado pelo Estado e entrará em vigor após 8 anos de tramitação no Congresso Nacional.

Assim como o regulamento europeu, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) visa garantir ao titular dos dados (pessoa física a quem eles se referem) maior controle sobre suas informações pessoais e estabelece diversas hipóteses cumulativas para o tratamento de dados, incluindo: 1- consentimento do titular, 2- o legítimo interesse do controlador e 3- a necessidade de cumprimento de contrato (seja de obrigação legal ou regulatória).

Até pouco tempo não havia especificamente na legislação trabalhista uma regulamentação para as questões trazidas pela LGPD, sendo utilizado por analogia o Código Civil 2002. Entretanto, com a reforma trabalhista em 2017 foi editado o artigo 223-C, que trata da intimidade do empregado como um bem imaterial tutelável, ou seja, preservação da imagem, intimidade, saúde e as questões íntimas do empregado de forma totalmente sigilosa, pois, o vazamento das informações, gera graves consequências jurídicas.

O estudo se propõe a analisar a forma de aplicação da Lei nº 13.709/2018 nas relações trabalhistas e suas eventuais consequências jurídicas, considerando que não foi pensada para estas relações e sim, com caráter amplo para os negócios jurídicos que envolvam o tratamento dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, visando a garantia e proteção dos direitos fundamentais da liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Por sua vez, a LGPD não foi pensada para relações de emprego, e sim para as relações virtuais de maneira geral, mas com especial ênfase nos negócios em que cadastros e tráfego de dados estão intrinsecamente embutidos no modelo de negócios. Dito isso, mesmo não havendo qualquer menção à exclusão das relações trabalhistas da aplicabilidade desta norma, chegou-se ao seguinte questionamento: como aplicar a LGPD nas relações de trabalho, onde a coleta de dados pessoais dos empregados é parte integrante do processo por se tratar de uma obrigação legal?

Sendo assim, o presente trabalho se limita em três principais capítulos: o primeiro, abordando aspectos gerais da Lei Geral de Proteção de Dados; o segundo, trazendo perspectivas de tratamento de dados e sua aplicabilidade nas relações trabalhistas e, por último, acerca do consentimento do empregado e o fim das tratativas das informações. Por fim, seguem-se as considerações finais.

2. PROTEÇÃO DE DADOS NA ERA DIGITAL

Evidentemente, que a sociedade global se inseriu em um contexto revolucionário, marcado pela internet, que dispõe acesso, distribuição e uso de informação para várias finalidades. Milhares de pessoas diariamente, se expõem nas redes sociais, por questões de trabalho, entretenimento, lazer e até mesmo em procura de relacionamentos.

Muitas pessoas não se dão conta de como se expõem nas redes sociais. Inclusive, muitas pessoas utilizam as redes sociais para quase tudo na sua vida, gerando uma verdadeira dependência virtual. Ainda que seja fonte de informações, não há limitações acerca do acesso nas redes sociais e na Internet, tudo pode ser postado, visualizado, compartilhado e todos podem ver, acessar.

Nem sempre o acesso à internet e suas ferramentas se limitam a informações importantes. Atualmente, a violação à privacidade aumentou drasticamente, visto que é um espaço infinito de opiniões e ideias. (MARTINS, 2021)

Com a pandemia, o número de crimes por meio virtual aumentou, sendo destacados aqueles que se referem a privacidade, vida privada e golpes. Todos os dias, campanhas de ódio se espalham na internet, assédios, intimidade própria e alheia exposta, e estelionato são os mais frequentes na chamada “terra sem lei”.

Segundo explica Martins (2021), os golpes aumentaram em virtude da confiabilidade das pessoas nas redes sociais como forma de resolver seus problemas sem sair de casa, principalmente em decorrência da pandemia. Muitos quando se dão conta, caíram em golpes, sofreram ameaças ou tiveram a privacidade violada.

Os golpes mais frequentes em 2021, estão ligados a rede social de mensagem Whatsapp e perfis falsos. Na maioria, solicitam dinheiro por meio de clonagem do perfil da vítima e por acharem serem ela, acaba repassando os valores. Há também aqueles que anunciam produtos que inexistem, na promessa de entrega e a vítima repassa a quantia em dinheiro. O PIX, se tornou o queridinho do momento para os golpistas, pois garante rapidamente que os valores acordados sejam recebidos de imediato.

A violação à privacidade, não se limita somente aos golpes mencionados que resultam em vantagens econômicas das vítimas, mas a vida privada em relações íntimas e pessoais se tornaram também alvo de cibercrimes, nos quais espalham vídeos e fotos com nudez, aproveitando-se das vulnerabilidades das vítimas.

Entre um dos exemplos que mais chamou atenção de violação à privacidade, é do presidente Jair Bolsonaro no qual teve seus dados vazados nas redes sociais, incluindo o número de celular, valor da conta telefônica, minutos gastos por dia, CPF e data de nascimento. (G1, 2020)

Flávia Piovesan (2016) em seu artigo publicado nas Nações Unidas do Brasil que mesmo com a Lei nº12.965/2014, conhecido como Marco Civil da Internet, instituindo algumas garantias acerca do uso das redes, ainda assim, há inúmeros desafios relacionados à privacidade e segurança no mundo virtual, principalmente o cybercrime.

Talvez o valor da privacidade seja mais fácil de entender no mundo real. Imagine que alguém entra em sua casa e não pega nada além de abrir sua gaveta para ler suas cartas. Essa invasão pelo menos deixará a maioria das pessoas com um certo desconforto. Uma coisa muito semelhante acontece nos dias de hoje: câmeras de vigilância estão por toda parte, empresas vendem informações sobre histórico de pesquisas online, dados bancários, telefônicos e o governo monitora cada vez mais as ações dos indivíduos. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2018)

Segundo as Nações Unidas do Brasil (2018) a maioria das pessoas às vezes, optam por desistir de certos aspectos da privacidade, sempre quando compram algo online ou usam serviços com WiFi gratuitos, abrem mão de algum tipo de privacidade em troca de algo valioso.

No entanto, os indivíduos nem sempre estão cientes do que estão perdendo ao abrir mão da sua privacidade ou quem está por trás de todas aquelas informações que são expostas. Muitos não sabem que quando você obtém acesso a alguma plataforma de forma gratuita no mundo digital, você não é um cliente, mas sim, um produto. Um exemplo disso, ocorreu no ano de 2018, no qual aproximadamente 87 milhões de usuários do Facebook descobriram que seus dados foram utilizados para fins de *commodities*, sem seu conhecimento ou permissão, porque seus hábitos de pesquisa,

compras, opiniões políticas e rede de amigos foram analisados e vendidos com fins lucrativos. (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2018)

Ao mesmo tempo, com o objetivo de estabelecer parâmetros, princípios, garantias, direitos e obrigações no mundo digital, tem se preocupado em estabelecer normatização sobre o assunto, ao passo que se tem avanços nas tecnologias de informação e comunicação que podem ameaçar e infringir direitos.

2.1 Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados): Aspectos gerais

Em virtude do rápido desenvolvimento e expansão tecnológica no mundo, as pessoas estão cada vez mais conectadas, o que parecia distante a alguns anos, hoje faz parte da rotina diária da sociedade e ao mesmo tempo que proporciona soluções, há muitos desafios nessa nova realidade. A Constituição Federal de 1988 até então, era o principal regramento, quanto a resolução dos problemas que surgiram nos últimos anos, relacionados à crescente utilização dos meios digitais.

O fenômeno de proteção de dados no âmbito internacional, ganhou aspectos diferentes para seu surgimento, conforme explica Pinheiro (2020, p.3)

O motivo que inspirou o surgimento de regulamentações de proteção de dados pessoas de forma mais consistente e consolidada a partir dos anos 1990 está diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a ter uma dependência muito maior dos fluxos internacionais de bases de dados, especialmente relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos.

Fez-se necessário resgatar compromissos das instituições com os indivíduos, principalmente com a evolução da era digital, no qual dados referentes a proteção e a garantia de direitos humanos como a privacidade, deveriam ser preservados.

Conforme explica Piovesan (2016) os Direitos Humanos preocupou-se em inserir em tal categoria os direitos referentes à liberdade de expressão, como fundamento de pluralidade, diversidade e finalidade social das redes sociais. Portanto, inclui-se a proteção à privacidade, que abarca a segurança dos dados sociais, inclusive em âmbito nacional e internacional, para que os direitos sejam resguardados em face dessa nova era da internet.

Em virtude disso, os direitos referentes à privacidade de indivíduos não poderiam ser esquecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme consagra o artigo 12, que se tornou extremamente central e importante nos dias atuais, em virtude das redes sociais, principalmente com retenção dos dados pessoais por diversas empresas. Assim, destaca-se do diploma legal:

Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (DUDH, 1948)

A regra, da proteção do direito à privacidade é clara: resguardar que tais direitos *offline*, sejam protegidos também on-line, ou seja, a privacidade é frequentemente vista como uma "porta" para fortalecer outros, incluindo os direitos à igualdade e à não discriminação, bem como a liberdade de expressão, seja no âmbito pessoal ou virtual. (PIOVESAN, 2016)

Sendo assim, a própria privacidade é também um valor essencial para o desenvolvimento da personalidade e a proteção da dignidade humana, sendo este um dos temas mais debatidos nos dias atuais em virtude das redes sociais. É o que explica Ramos (2014) a privacidade como Direito Humano, permite certa proteção de perturbações não autorizadas da vida e determinar como será a interação com o mundo, estabelecendo limites, seja no que tange aos nossos corpos, lugares e coisas, bem como nossas comunicações e informações, ainda mais agora com a revolução digital.

Diante desse cenário, não poderia ser diferente que o Brasil se inspirasse em algum diploma legal para que regulamentasse a matéria de tratamento de dados. Assim, a LGPD foi inspirada no regulamento europeu sobre a matéria o General Data Protection Regulation (GDPR) nº 679, por meio da União Europeia (UE), com o partido *The Greens*, aprovada em 27 de abril de 2016. O objetivo do referido regulamento é a abordagem de proteção das pessoas físicas no que se refere aos seus dados pessoais e a livre circulação deste, sendo conhecido pela expressão "*free data flow*". (PINHEIRO, 2020)

De início, não foi realizada a aplicação das penalidades, passando por período de adequação pelo prazo de dois anos. Reani (2018) ainda assevera que a referida lei se tornou espelho para outros países, denominado de "efeito dominó" visto que, as relações comerciais com a União Europeia só poderiam ser mantidas por países e empresas se essas tivessem legislações sobre o assunto, caso contrário, estariam diante de um contexto econômico de dificuldades.

Da mesma forma como no GDPR, para coletar, processar ou transferir dados de uma pessoa, será necessária a permissão do titular, sob pena de pagar uma multa severa, em caso de descumprimento. Neste sentido, Pinheiro (2020, p.43) diz:

Atender aos requisitos da LGPD exige adequação dos processos de governança corporativa, com implementação de um programa mais consistente de compliance digital, o que demanda investimento, atualização de ferramentas de segurança de dados, revisão documental, melhoria de procedimentos e fluxos internos e externos de dados pessoais, com aplicação de mecanismos de controle e trilhas de auditoria e, acima de tudo, mudança de cultura.

Vale ressaltar que é direito fundamental a proteção de dados, em diversos países no mundo, previstos em diversos documentos, que por muitas vezes, não inovando na legislação, mas apenas de equilíbrio nas relações em um cenário de negócios marcados por fronteiras digitais.

Já no Brasil, apesar do constituinte originário ao final da década de 80 não pudesse prever os riscos atuais que envolvem a proteção de dados, o artigo 5º, inciso X, da CF/88, já tinha em seu texto a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, garantindo o direito aos titulares de “indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (BRASIL, 1988)

Assim também eram aplicáveis outros dispositivos legais ainda vigentes, como o Código Civil 2002, que, dispõe, por exemplo, sobre a proteção à personalidade, imagem e intimidade, a Consolidação das leis trabalhistas (CLT) que após a reforma, traz de forma clara sobre a intimidade do empregado como um bem imaterial tutelável, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Marco Civil da Internet (MCI), a Lei de Cadastro Positivo e a Lei de delitos informáticos.

Para Pinheiro (2020, p.70), as leis atuais não seriam eficazes diante do novo cenário tecnológico:

Pode-se pontuar também que a necessidade de leis específicas para a proteção dos dados pessoais aumentou com o rápido desenvolvimento e a expansão da tecnologia no mundo, como resultado dos desdobramentos da globalização, que trouxe como uma de suas consequências o aumento da importância da informação. Isso quer dizer que a informação passou a ser um ativo de alta relevância para governantes e empresários: quem tem acesso aos dados, tem acesso ao poder.

Diante do exposto, surgiu a necessidade de criação de uma regulamentação específica para o tratamento de qualquer tipo de transação online de dados, no intuito de resguardar a proteção dos dados pessoais. Assim, em 2018 foi aprovada a Lei 13.709/2018 (LGPD), que regulamenta a proteção de dados pessoais dos titulares, compartilhada por qualquer meio, visando resguardar os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, como disciplinado no artigo 1º da referida lei.

A LGPD não se dedicou a regulamentar especificamente questões referentes à relação trabalhista, ao contrário do que foi realizado na RGDP que dispõem especificamente a respeito, a compreensão desta legislação para a aplicação aos relações entre empregados e empregadores é de suma importância, especialmente devido às graves consequências que podem surgir devido ao seu descumprimento. Conhecer os conceitos e impactos é muito importante e necessário, principalmente nas relações profissionais, exigindo das empresas um tratamento mais adequado, seguro e ético, garantindo o cumprimento da legislação.

Nesse sentido, o principal objetivo da proteção de dados é a transparência, como afirma Pinheiro (2020, p.3):

A base desse pacto é a liberdade, mas o fiel da balança é a transparência. Sendo assim, as leis sobre proteção de dados pessoais têm uma característica muito peculiar de redação principiológica e de amarração com indicadores mais assertivos, de ordem técnica, que permitam auferir de forma auditável se o compromisso está sendo cumprido, por meio da análise de trilhas de auditoria e da implementação de uma série de itens de controle para uma melhor governança dos dados pessoais.

Além da modificação legislativa, o advento da LGPD representará uma mudança cultural e procedimental no âmbito da proteção de dados pessoais no Brasil, proporcionando mais transparência e instrumentos eficazes para cada indivíduo zelar pelas informações que lhe dizem respeito.

Ademais, conforme Clemente (2019) a LGPD trouxe grandes impactos para as empresas que estão diretamente ligadas por uso de dados pessoais. Na maioria das vezes, surge por exigências externas, visto que algumas negociações prescindem da negociação, para seu prosseguimento, inclusive por órgãos públicos, para que haja cumprimento da lei.

Conforme assegura Clemente (2019) há 13 casos já foram investigados, envolvendo dados pessoais e privacidade, por meio do Ministério Público do Distrito

Federal e Territórios (MPDFT) desde a sua promulgação em 2018. Empresas como: *MyHeritage*, Boa Vista SCPC, Atlas *Quantum* e Vivo Ads, são acusadas por vazamento de dados de milhares de clientes.

A empresa *MyHeritage*, por exemplo, confirmou o vazamento de dados, mas precisamente de *e-mails* dos clientes. De origem israelense, o site é especializado em genealogia, criando árvores genealógicas, histórico familiar e testagem de DNA. O MPDFT (2018) solicitou informações acerca das informações que foram vazadas, estimando que 3.360.814 clientes brasileiros foram afetados. Desse número, 106.880 na época dos fatos (26 de outubro de 2017) eram menores de idade.

Apesar de confirmar o vazamento, a empresa negou que informações referente a nomes, números de cartões de crédito, endereço ou os que eram derivados de árvores genealógicas e de DNA, não foram afetados pelo incidente de segurança, ocorrendo somente com o *e-mail*. A *MyHeritage*, foi considerada não violadora da lei, por meio da Autoridade de Dados Israelense (*Israeli Privacy Protection Authority*), restando ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a solicitação de informações acerca do incidente. (MPDFT, 2018)

As outras empresas, exceto a Boa Vista SCPC, seguem em investigação (Atlas *Quantum* e Vivo Ads) acerca do vazamento de dados. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios solicitou diversas diligências.

Atlas *Quantum*, empresa de criptomoedas, além de ter requerido o pagamento R\$ 10 milhões pelo vazamento dos dados de mais de 260 mil clientes, além de ser investigada por pirâmide financeira, envolvendo, nesse caso, duplicidade de violações aos direitos do indivíduo. (MPDFT, 2021)

No mesmo sentido, seguiu-se as investigações contra a operadora Vivo. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, solicitou parecer da companhia acerca de como é realizado a proteção de dados pessoais de seus clientes, processo de tratamento, com especial fim de evitar que direitos dos usuários sejam violados. (MPDFT, 2019)

Paralelamente, Valéria Reani (2018) assevera que a LGPD não foi criada tão somente pensando nos setores de tecnologias, como todos conhecem, por exemplo: *Google* e *Facebook*. É evidente que se direciona a toda e qualquer agência/organização que necessariamente realizam a coleta de dados, utilizando-os posteriormente, processando e armazenando dados pessoais de clientes. Em regra, é muito comum ver esse tipo de coleta em bancos, corretoras, clínicas médicas, hospitais, restaurantes, academias, dentre outros. Lembrando que estarão sujeitos a lei,

sempre que suas atividades tenham como fonte exclusiva a obtenção de dados, ainda que fora do ambiente digital.

É importante ainda destacar que a LGPD busca a garantia e privacidade, individualidade, com vistas à autonomia do titular dos dados, resguardando sua dignidade, protegendo de possíveis indevidas exposições de dados pessoais, com respectiva sanção aos que violarem as diretrizes. (ROCHA; PONTINI, 2021)

Seguindo o que foi exposto, é notório que mesmo quando a coleta de dados se tratar de uma obrigação legal, se faz necessária a adequação das empresas a este novo regramento, já que é necessário em quase todas as relações atualmente.

2.1 Tratamento de dados e informações

A lei especifica ainda sobre o tratamento de dados, sendo exigidos apenas nos casos previstos no artigo 7. Em regra, uma das primeiras hipóteses é mediante o consentimento do titular para o fornecimento de dados.

Os dados devem ser utilizados de maneira exclusiva para as atividades da empresa. O titular, deverá consentir para o uso dos dados, por meio de declaração, no qual poderá ser revogado a qualquer momento, conforme previsão no parágrafo 5, do artigo 8:

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei. (BRASIL, 2018)

Ademais, o titular deverá ter acesso facilitado às informações de tratamento de seus dados. Não pode ser forma obscura, inadequada, ao passo que se pauta pelo princípio do livre acesso.

O dado pessoal, conforme disposição da lei 13.709/2018 são: “as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável” (artigo 5, inciso I). Importante ressaltar que o tratamento de dados pessoais não se limita aos meios digitais, conforme ficou conhecida, mas também ao sistemas de dados. (BRASIL, 2018)

Há duas figuras importantes na referida lei, sendo: controlador e operador. Ambos podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado. O controlador, será a pessoa responsável pelas decisões concernentes ao tratamento dos

dados pessoais, já o operador é quem realiza o tratamento de todos os dados, em nome do controlador. (BRASIL, 2018)

No entanto, o que se entende por tratamento de dados? Conforme o artigo 5, inciso X, compreende:

X - Tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. (BRASIL, 2018)

Importante destacar que o rol elencado sobre o tratamento não é taxativo, ao passo que muitas outras posturas podem surgir para que aplicar a finalidade da LGPD, em decorrência da evolução tecnológica. Em suma, a LGPD visa proteger o respeito à privacidade, liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião. (ARAÚJO; CALCINI, 2020)

O tratamento de dados é iniciado pela coleta, retenção, processamento, compartilhamento e eliminação. Os dados podem ser variados, incluindo nome, sobrenome, idade, endereço, e-mail, raça e orientação sexual. No entanto, origem racial ou étnica são considerados dados sensíveis. (BRASIL, 2019)

3. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Uma das relações mais complexas e importantes do ordenamento jurídico – se não a mais importante – são as trabalhistas. Envolve uma série de direitos previstos em um documento denominado contrato. Há ali, uma relação recíproca entre empregado e empregador, que pactuaram uma prestação de serviço, a partir de determinadas informações.

Mas afinal, o que é Direito do Trabalho? Segundo Maurício Godinho Delgado (2019, p.48) “é jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea”.

Já para Sérgio Pinto Martins (2010, p.09) o Direito do Trabalho “é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.”

As relações trabalhistas, em regra, são compostas por empregado e empregador. Desse vínculo empregatício constam informações importantes para que o contrato de trabalho seja pactuado, com as regras inerentes para se configurar válido na esfera trabalhista. Ou seja, há um conjunto de dados em que se divide em algumas fases que no qual, deverá ser observada pelas empresas em consonância com a LGPD.

Assim, surge a necessidade de discussão da aplicabilidade da LGPD nas relações trabalhistas. Importante discriminar que o artigo 3º, da referida Lei 13.709/2018, não limita os ramos em que serão aplicadas as regras de tratamento de dados. Veja-se:

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que [...] (BRASIL, 2018)

Como visto, a expressão “independentemente do meio” abre a possibilidade de aplicabilidade nas relações trabalhistas. No entanto, é importante destacar que o referido artigo 3º supramencionado, em seus incisos, deixa claro que a operacionalização dos dados deve se dar mediante território nacional, seja no que tange a operação, atividade de tratamento e a coleta:

- I - A operação de tratamento seja realizada no território nacional;
- II - A atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou
- III - os dados pessoais objeto do tratamento tenha sido coletados no território nacional. (BRASIL, 2018)

A esfera trabalhista, portanto, se mostra um ramo que sofrerá impactos no que tange aos dados pessoais dos titulares (empregadores), englobando as fases do trabalho, ou seja: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

3.1 Fase pré contratual

Após a conceituação de Direito Trabalho enquanto ramo jurídico especializado em tratar das relações trabalhistas, cumpre analisar também o conceito de relação de emprego e trabalho, para fins de aplicabilidade no estudo.

O artigo 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe de informações importantes acerca do conceito de empregado e empregador e por óbvio a caracterização da relação empregatícia.

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. (BRASIL, 2017)

Segundo Carla Romar (2019) a relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho. Consiste na relação de empregado e empregador, mediante prestação de serviços, marcado pela pessoalidade, não eventualidade, subordinação e com retorno pecuniário, conhecido como salário.

É configurada a relação de trabalho conforme a não observância do artigo 2º e 3º Consolidação das Leis do Trabalho, visto que determinados pressupostos nessa relação empregatícia estarão ausentes, visto que é uma forma genérica da relação de emprego. (ROMAR, 2019)

A partir desses conceitos, fica evidente que nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT, não há dúvidas que o titular dos dados são os empregados, que por força de um contrato de trabalho fornece os seus dados ao empregador, que por sua vez será considerado o controlador destes dados, incumbindo a ele a responsabilidade de tomada de decisão quanto ao tratamento dos mesmos a ser realizado pelo operador. O operador pode ser o próprio empregador, ou um setor específico da empresa, ou até mesmo um terceiro.

Não obstante, pode surgir a seguinte indagação: em virtude da relação de trabalho, no qual o empregado é subordinado ao empregador, este não deveria aceitar o armazenamento de seus dados? Evidentemente que não! Apesar do contexto laboral, ser juridicamente desfavorável ao empregado, ainda assim, deverá ter suas informações tratadas da maneira correta, sem que haja inobservância das regras contidas na LGPD.

É o que explica Alves (2020)^[11]. Para a autora, no contexto laboral, pode o consentimento do trabalhador não ser considerado viabilizado em um contexto jurídico, ou seja, não se torna fundamento válido acerca da tratativa de seus dados pessoais, considerando a dependência e subordinação ao seu empregador, tornando sua aceitação viciada. Ademais, em virtude da sua vulnerabilidade das relações de trabalho, não

poderia sequer conceder consentimento conforme exige a lei, já que deve ser expressamente livre, o que na realidade não ocorreria facilmente, sendo por vezes, sendo obrigado a consentir visto que poderia advir quaisquer consequências em face de uma possível negativa.

Corroborando com a ideia acima, Rodrigues (2020) explica que a relação laboral é dotada de aspectos de desequilíbrio de poderes e alto grau de subordinação do empregado para com seu empregador, podendo decorrer do contrato de trabalho firmado, prejudicando na esfera privada dos trabalhadores.

Certamente, devido à subordinação legal da relação de trabalho, existe um risco maior de uso indevido dos dados pessoais dos trabalhadores. Nesse sentido, os empregadores não podem exigir que seus empregados forneçam qualquer tipo de informação referente a sua vida privada. Esta situação ocorre porque tais informações não podem ser processadas devido à confidencialidade dos dados pessoais relevantes e por sua sensibilidade. (RODRIGUES, 2020)

Silva (2021) entende que o consentimento do empregado não deve ser obtido a qualquer custo, já que poderia ocorrer diversos aditivos contratuais forçando o fornecimento de dados sensíveis do trabalhador. Seria mais interessante que as empresas buscassem fundamentos legais que justifiquem a necessidade de tratamento de informações.

Na verdade, mesmo que o empregado seja subordinado ao seu empregador, nada justifica que seus dados sejam disponibilizados à empresa, ao passo que a LGPD prevê a necessidade de consentimento do titular, e muito menos que seja contratualmente coagido a fornecer informações.

Diante disso, iniciar-se-á pela fase pré contratual. É tida como o primeiro contato com o potencial empregado, porém, realizada por terceiros, como recrutadores. Nesta fase, as empresas geralmente solicitam o cadastro do candidato, constando informações como: nome, data de nascimento, CPF, RG, e etc.

Segundo explica Soares (2021) nas relações trabalhistas, o uso do tratamento de dados já se era recomendável antes mesmo da entrada em vigor da LGPD, visto que é necessário que as empresas revisem seus processos seletivos, bem como os dados pessoais nos quais são solicitados em currículos e até mesmo portais de vagas de emprego, para que os dados pessoais não sofram nenhum tipo de tratamento indevido. É algo que precisa ser evitado, desde o início por recrutadores.

Nesta fase sugere-se a seguinte solução: os dados pessoais requisitados devem ser apenas os necessários ao processo seletivo, com posteriormente revisão dos dados

solicitados para a realização do recrutamento, garantindo o consentimento do titular e por fim, eliminar os dados, após a dispensa do candidato à vaga, se optar por manter os dados do candidato em banco de dados, ele deve ser informado da ação, inclusive quanto ao tempo que ficará disponível. (SOARES, 2021)

Dados que não são necessários em relação ao candidato para preenchimento das vagas não devem ser armazenados, sendo eliminados, com ressalva dos casos em que é justificada tal finalidade, como: estado civil, prole, religião, sexo e sexualidade e critérios de aparência em vagas que necessitam de padrões físicos de beleza. (SOARES, 2021)

Em complemento, Araújo e Calcini (2020) explicam que na fase pré-contratual é expressamente proibida a coleta de dados que futuramente, possa vir a gerar caráter discriminatório entre os candidatos. É o caso de solicitação, por exemplo, de exames de gravidez, toxicológico, sangue, atestado de antecedentes criminais e análise de crédito (débito).

A fase pré-contratual, não é regulamentada pela CLT e como não há legislação específica quanto ao tema, as empresas criam procedimentos internos próprios para recrutamento dos candidatos.

Em regra, a maioria das entrevistas iniciam com a solicitação de documentos, tais como: CPF, RG, título de eleitor, CTPS, endereço, dados dos cônjuges e etc. Em relação aos que não são aprovados, os formulários e os currículos dos candidatos ficam em arquivo para futuras vagas.

Na visão de Soares (2021), se faz necessária a revisão destes procedimentos diante da nova lei, tendo em vista a gama de informações colhidas, evitando assim o tratamento indevido dos dados, além, disso deve ser criada uma metodologia para o consentimento do titular (artigo 5º da LGPD), bem como a comunicação quanto a manutenção de currículos em banco de dados.

3.2 Fase contratual

Passando para a parte contratual, ou seja, quando o empregado já terá um vínculo trabalhista com a empresa recrutadora. Nesta fase, é realizada a coleta da documentação do empregado, para a confecção de contrato e demais formalidades. Assim, entende-se que está autorizado, portanto, que o consentimento não precisa ser um instrumento contratual autônomo, mas sim uma cláusula do contrato de trabalho ou um anexo a este. (ARAÚJO; CALCINI, 2020)

De posse do consentimento, que deve ser dado contra a informação sobre quais os procedimentos que serão efetuados nos dados do funcionário, há a crença que o empregador esteja resguardado quanto ao uso, uma vez que, tais dados são mantidos exclusivamente por conta de atendimento à lei, ou como meio para fins que, na maioria das vezes, beneficiam o funcionário, como por exemplo: cadastro de benefícios. (SOARES, 2021)

Quanto ao compartilhamento aos órgãos públicos de dados que tratam de uma obrigação legal que consta na legislação trabalhista, não há a necessidade do consentimento do empregado. (BRASIL, 2018).

3.3 Fase pós-contratual

Após o preenchimento dos requisitos da vaga, a contratação, poderá ocorrer um eventual desligamento do funcionário, e nessa fase, ainda há a necessidade de se observar os critérios de tratamento de dados presentes na Lei Geral de Proteção de Dados, ao passo que o diploma legal supramencionado dispõe das tratativas de finalização do uso de dados, que pode ser solicitada pelo titular dos dados ou determinação legal.

Conforme aponta Alcântara (2021) no término do contrato de trabalho, há dados que são relevantes e sensíveis ao titular, podendo ser de conteúdo variado, como: motivo do encerramento do contrato de trabalho, verbas rescisórias, se empregado faleceu conterà informações sobre falecimento e informações correlatas, dados para futura referência ao novo empregador, Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP).

Tais dados, pela sua natureza informativa sobre o empregado e para ele utilizar futuramente, se tornam objeto de tratamento, ao passo que reúne informações importantes acerca do histórico-laboral do trabalhador, não se limitando à informações que necessariamente a empresa deve conter, mas também aquelas que serão utilizadas em outros procedimentos, por ambas as partes. (ALCÂNTARA, 2021)

Para Araújo e Calcini (2020) as relações trabalhistas por si só, já obrigam os empregadores a guardarem documentos em virtude de uma imposição legal, afastando que o empregado peça que tais dados sejam eliminados. Tudo dependerá do caso concreto. Um exemplo a ser citado são os documentos que serviram de prova para possíveis ações trabalhistas.

Nesse sentido, surge para a empresa uma obrigação de guarda da documentação dos empregados pelos próximos dois anos, em virtude do prazo decadencial de ajuizamento da respectiva ação trabalhista, bem como, possuindo garantia legal para armazenamento dos dados. (ARAÚJO; CALCINI, 2020)

4. TÉRMINO DO TRATAMENTO DE DADOS E O CONSENTIMENTO DO EMPREGADO

Como visto, além do armazenamento de dados ter de respeitar os fins para que são colhidos, é necessário a observância do término do tratamento de dados, que ocorrerá de acordo com o artigo 15 da LGPD. Veja-se:

Art. 15. [...]

I - Verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; (controlador)

II - Fim do período de tratamento; (controlador ou lei, regimento)

III - Comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do artigo 8º desta lei, resguardado o interesse público; (titular)

IV - Determinação da autoridade nacional, quando houver violação ao disposto nesta lei. (BRASIL, 2018)

Noutro passo, além de prever acerca do término do tratamento de dados, há a questão do consentimento do empregado acerca do armazenamento de informações a seu respeito.

É importante que as empresas adequem os seus contratos de trabalho, tendo em vista a necessidade de anuência dos empregados em relação a seus dados. Assim como na Constituição Federal, o artigo chave da LGPD é o artigo 5º, especialmente o inciso XII, que regulamenta o consentimento necessário para a coleta de dados pessoais, definindo-o como a "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada" (BRASIL, 2018).

Já o artigo 8º §2º da LGPD, estipula que: "§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei." (BRASIL, 2018).

Em consonância, Alcântara (2021) explica que a expressão "livre" disposta no artigo 5º, inciso XII, gera a presunção que é legítima opção do titular dos dados pessoais em consentir com seu armazenamento, porém, pode levantar dúvidas no que tange a legitimidade no que se refere às relações trabalhistas, visto que é verdadeiramente diferente de outras relações, ao passo que o empregado se encontra em

constante desequilíbrio de poder em face do seu empregador, principalmente no que tange a dependência econômica. (ALCÂNTARA, 2021)

Nesse sentido, pode surgir diversas indagações acerca da legitimidade de escolha por parte do empregado acerca do armazenamento de dados, utilizando-se como pretexto que não houve consentimento em virtude da relação desequilibrada e sendo viciado de vontade para fins de manutenção do vínculo empregatício. (ALCÂNTARA, 2021)

Seguindo com o entendimento de Soares (2021), quando se tratar de relações de trabalho, as empresas devem tomar os mesmos cuidados e quando se tratar de contratação de uma empresa terceirizada para prestação de serviço, deverá solicitar além dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, como também o cumprimentos das normas da LGPD.

Não parece desarrazoado afirmar que o consentimento não precisa ser um instrumento contratual autônomo, mas sim uma cláusula do contrato de trabalho ou um anexo ao contrato de trabalho existente.

No entanto, o empregador pode abandonar a presunção de consentimento quando a obtenção deste, em observância ao artigo 8º, caput e §1º, da LGPD, que assim dispõe:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º^[2] desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

§ 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. (BRASIL, 2018)

A fim de mitigar os riscos jurídicos inerentes a guarda e proteção de dados dos empregados é importante a clara definição do período que as informações devem ser guardadas e após este período a maneira de descarte, estruturando uma política eficiente de proteção de dados.

Assim, o cuidado com a preservação de dados deve ser de forma ampla, pois, há dentro das empresas pessoas que possuem uma relação de trabalho e não necessariamente há uma relação de emprego e a LGPD traz garantias desde a relação pré-contratual. Neste sentido, a compreensão desta nova legislação é indispensável para a sua aplicabilidade nas relações trabalhistas, principalmente pelas graves consequências que podem advir do descumprimento de suas determinações, como por exemplo o

previsto no artigo 52, II, multa de até 2% do faturamento da empresa, por infração cometida.

Não há dúvidas de que a LGPD traz diversas obrigações para as empresas, que precisarão adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas para proteger os dados pessoais obtidos em suas relações de trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir que a Lei Geral de Proteção de Dados entrou no ordenamento jurídico para inovar as tratativas de dados. Não parece desarrazoado afirmar que sua vigência pode trazer maior segurança aos titulares de informações, inclusive no mundo virtual.

Hoje, o uso de dados permeia os mais diversos relacionamentos entre pessoas e empresas. O tratamento dos dados tornaram-se vitais para o desenvolvimento da sociedade e o alcance dos objetivos pessoais e empresariais, especialmente nas relações de trabalho.

Não obstante, fez-se necessário a sua implementação em diversas áreas para que estratégias de adequação fossem adotadas por empresas, ao passo que possibilita maior amplitude de segurança das informações fornecidas. É verdade, que a maioria das pessoas ao fornecerem seus dados, não sabem o real caminho dessas informações, como são tratadas e se são descartadas após atingirem seu objetivo final.

Essa adequação deve ocorrer nas relações de trabalho e com certa urgência, visto que há nesse ambiente laboral, coleta e armazenamento de dados frequentemente, sem ignorar que também estão sujeitas as novas regras da LGPD.

No cenário trabalhista, algumas mudanças devem ser acompanhadas em consonância com as fases em que o empregado se encontra, ou seja, desde sua possível entrevista até sua efetiva contratação. Ademais, o contrato de trabalho por si só deve ser necessariamente adequado às novas regras da LGPD.

As empresas deverão observar regras para que o uso de dados seja o mínimo possível, ou que os riscos de vazamento sejam eliminados. Não se pode olvidar que o consentimento dos trabalhadores é necessário para que seus dados sejam tratados e armazenados, sem que se utilize da subordinação para coagi-los.

Portanto, o Direito do trabalho, como ramo que regula as relações trabalhistas, não escapa da observância das regras contidas na LGPD, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contrato. Portanto, é necessário observar quais dados pessoais e sensíveis a

empresa processa, e quais os tratamentos ocorrerão em consonância com o caminho a ser seguido, ou seja, da contratação até a demissão do empregado. Além disso, definir o número de operadores e controladores é a base para a eficácia responsável pelo processamento de dados.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Clayton Deodoro Gonçalves de. **Impacto da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho**. 30f. Artigo Científico- Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC- GOIÁS). Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1472/1/TC2-B12%20-%20CLAYTON%20DEODORO%20G.%20DE%20ALCANTARA%20-%20FINAL%20-%202021-1%281%29.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

ARAÚJO, Cristiane Carvalho Andrade; CALCINI, Ricardo. O impacto da LGPD nas relações de trabalho. Revista **Consultor Jurídico**, 17 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/lgpd-impactos-trabalhistas>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Planalto, Brasília, 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Planalto, Brasília, 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

CLEMENTE, Rachel Ellmann. **LGPD: impactos atuais de uma lei ainda não vigente**. LGPD Brasil, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/lgpd-impactos-atuais-de-uma-lei-ainda-nao-vigente/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. Ed. São Paulo : LTr, 2019

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Unicef, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out. 2021.

G1. **Grupo de hackers vaza em rede social supostos dados pessoais de Bolsonaro, filhos e ministros**. G1 Globo, 06 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/02/grupo-de-hackers-vaza-em-rede-social-supostos-dados-pessoais-de-bolsonaro-filhos-e-apoiadores.ghtml>. Acesso em: 18 out. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MPDFT. Criptoativos entram na mira do MPDFT. **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, 17 set. 2021. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2021/13420-criptoativos-entram-na-mira-do-mpdft>. Acesso em: 18 out. 2021.

MPDFT. MPDFT requisita informações a site especializado em genealogia. **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, 13 ago. 2018. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2018/10284-site-especializado-em-genealogia-confirma-vazamento-de-e-mails-de-brasileiros>. Acesso em: 18 out. 2021.

MPDFT. MPDFT solicita explicações à Vivo sobre guarda e proteção de dados de clientes. **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, 23 mar. 2019. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2019/10786-mpdft-pede-explicacoes-da-vivo-sobre-guarda-e-protecao-de-dados-de-clientes>. Acesso em: 18 out. 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Artigo 12**: direito à privacidade. Nações Unidas do Brasil, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/81736-artigo-12-direito-privacidade>. Acesso em: 18 out. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck . **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD. Editora Saraiva, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Internet e direitos humanos**. Nações Unidas Brasil, 10 nov. 2016. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/74901-artigo-internet-e-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Daniela Sofia da Silva. **Algumas questões sobre a proteção de dados na relação laboral**. 103f. Comunidades & Coleções, Escola Superior de Tecnologia e Gestão Politécnico do Porto, Dissertações de Mestrado em Solicitadoria, 2021. Disponível em: <https://recipp.ipp.pt/handle/10400.22/17108>. Acesso em: 19 set. 2021.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho**. Coordenador Pedro Lenza. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Fabrício Lima. LGPD nas relações de trabalho: riscos do consentimento para o tratamento de dados. Revista **Consultor Jurídico**, 10 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/fabricio-silva-lgpd-relacoes-trabalho>. Acesso em: SOARES, Paulo Vinícius de Carvalho. **A Lei Geral de Proteção de Dados frente às relações trabalhistas**. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-frente-as-relacoes-trabalhistas/>. Acesso em: 15 out. 2021.

NOTAS:

^[1] ALVES, 2020 *apud* SILVA, 2021.

^[2] Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - Mediante o fornecimento de consentimento pelo titular. [...] (BRASIL, 2018)

O SISTEMA INVESTIGATÓRIO NO BRASIL E O INQUÉRITO 4.781/DF (INQUÉRITO DAS FAKE NEWS): APONTAMENTOS ACERCA DA RECEPÇÃO DO ART. 43 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A QUESTÃO DO SISTEMA INVESTIGATÓRIO NO BRASIL

LARA DIOVANNA NASCIMENTO RODRIGUES:

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)⁴.

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA^[1]

(orientador)

RESUMO: A temática do trabalho possui como questão central o estudo do Inquérito 4.781/DF, instaurado de ofício pelo Presidente da Corte. Este estudo norteou-se a partir do objetivo em verificar a compatibilidade da instauração do referido inquérito, sob a perspectiva da Constituição Federal e do Código de Processo Penal. A metodologia empregada foi através da pesquisa jurídica, de cunho exploratória, sendo bibliográfica e documental, com análises qualitativas, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da instauração de inquérito policial e aos direitos fundamentais que a norteiam, cujo método de abordagem teórica foi o dedutivo. Dentre os resultados alcançados tem-se demonstrado que o Código de Processo Penal e Constituição Federal são uníssonos quanto à competência e forma de instauração de inquérito, porquanto o Regimento Interno da Suprema Corte é parcialmente divergente. Concluiu-se, então, quanto a instauração do inquérito 4.781/DF, que houve afronta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito investigatório e aos princípios do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial comprovando-se a efetiva incompatibilidade do inquérito 4.781/DF com a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. É recomendável, portanto, o arquivamento do inquérito, conforme requerido pela Procuradoria Geral da República.

Palavras-chave: Inquérito 4781. *Fake news*. Incompatibilidade com a Constituição. Inquérito policial instaurado de ofício.

ABSTRACT: The theme of the work has as its central issue the study of Inquiry 4.781/DF, opened ex officio by the President of the Court. This study was guided by the objective of verifying the compatibility of the opening of such an inquiry, from the perspective of the Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure. The methodology employed

⁴ E-mail: laradiovannanr@gmail.com

was through legal research of an exploratory nature, bibliographic and documental, with qualitative analyses, considering that doctrinal and jurisprudential understandings were observed about the opening of a police inquiry and the fundamental rights that guide it, whose theoretical approach was the deductive method. Among the results achieved, it has been shown that the Code of Criminal Procedure and the Federal Constitution are unanimous as to the competence and form of opening an inquiry, while the Internal Rules of the Supreme Court are partially divergent. It was concluded, then, as to the opening of Inquiry 4.781/DF, that there was an affront to the fundamental principle of human dignity in the investigative scope and to the principles of the natural justice and due legal process in the perspective of the police inquiry, proving the effective incompatibility of Inquiry 4.781/DF with the Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure. It is recommended, therefore, that the investigation be closed, as requested by the Attorney General's Office.

Keywords: Inquiry 4781. Fake news. Incompatibility with the Constitution. Police inquiry instituted ex officio.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo da instauração do inquérito nº 4.781/DF (inquérito das *fake news*) no que tange à sua compatibilidade com o que preceitua a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal.

Assim, tem-se por tema desta pesquisa a análise do referido inquérito instaurado de ofício, com base no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observando-se a compatibilidade deste com o que preceitua o regimento constitucional e infraconstitucional, surgindo, assim, a seguinte problemática: o Inquérito nº 4.781/DF (Inquérito das Fake News), instaurado de ofício no âmbito do Supremo Tribunal Federal, possui compatibilidade com o sistema investigatório estabelecido após a Constituição de 1988?

Essa pesquisa justifica-se a partir da necessidade de realizar uma abordagem acerca da (in)compatibilidade do inquérito nº 4.781/DF (inquérito da *fake news*) com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal, visto que a instauração do inquérito é totalmente oposta ao que preceitua a Constituição de 1988 e a legislação especial.

Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral em verificar se o Inquérito nº 4.781/DF, instaurado de ofício, com base no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, possui vícios de legalidade em contrapor o texto da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal.

O caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, dentre os quais, expor, inicialmente, uma análise através do artigo 43 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição e do Código de Processo Penal, sobre a possível existência de irregularidades na instauração do referido inquérito.

Adiante, outro paradigma importante que norteou esta pesquisa foi a observância à possível ocorrência de desrespeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito investigatório e aos princípios do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial.

A metodologia empregada foi realizada através da pesquisa jurídica, de cunho exploratório, sendo bibliográfica e documental, com análises qualitativas, considerando que foram observados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do que dispõe a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal sobre a instauração de inquérito policial, cujo método de abordagem teórica foi o dedutivo.

A presente pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro tem por objeto o estudo sobre o inquérito nº 4.781/DF, instaurado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao segundo capítulo, foi abordado acerca da matriz investigatória no Brasil sob a ótica da Constituição Federal de 1988, com enfoque aos princípios da dignidade da pessoa humana, do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial.

Já o terceiro capítulo tratou de forma específica o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a cerca da instauração de *ex officio* do inquérito policial pela autoridade judicial, para uma possível solução da problemática enfrentada no presente artigo científico.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O INQUÉRITO Nº 4.781/DF INSTAURADO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Inquérito 4.781 do Supremo Tribunal Federal, popularmente conhecido por inquérito das *Fake News*, tem por objetivo a apuração de “notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”[2].

Elucida ainda a Corte que o inquérito em questão possui também o fito de “verificar a existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito”[3], conforme despacho de 19 de março de 2019.

Instaurado de ofício por ordem do Excelentíssimo Senhor Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, em 14 de março de 2019, através da Portaria 69/2019, e relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, o inquérito em questão possuiu como investigados inúmeras pessoas, dentre as quais grandes empresários.

Como argumento para instauração do inquérito, o Ministro Dias Toffoli utilizou o artigo 13, inciso I e o artigo 43, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõem:

Art. 13. São atribuições do Presidente: i – velar pelas prerrogativas do Tribunal;

[...]

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.[4]

A Constituição Federal em seu artigo 102, inciso I traz que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar (...)”[5], não fazendo qualquer menção quanto “à possibilidade do órgão atuar como autoridade investigativa e instaurar inquérito”. [6]

O artigo 129, inciso VIII, da mesma norma determina que “são funções institucionais do Ministério Público: (...) VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”[7].

Assim, sob a égide do dispositivo supramencionado, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), por meio do mandado de segurança nº 36.422, alegou que “a competência constitucional para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial é do Ministério Público”[8], defendendo, desta forma, a inconstitucionalidade da instauração do inquérito 4.781/STF.

Além disso, alegou a entidade ao longo do referido mandado de segurança, que:

Por meio do ato coator, o Presidente do STF de ofício e em um só ato:

a) instaurou Inquérito Criminal em claro abuso de poder, pois o Supremo Tribunal Federal não pode se confundir com órgão investigador, em vista do princípio acusatório;

b) designou pessoa específica para conduzir os trabalhos, violando os princípios do juiz natural e da impessoalidade, criando verdadeiro tribunal de exceção;

c) fundamentou o ato em artigo do Regimento Interno da Corte que não guarda similitude fática/equivalência com os fundamentos da PORTARIA, extrapolando os âmbitos conformativos dados pela lei ao ato administrativo, pois (i) os atos investigados não ocorreram nas dependências da Suprema Corte; e (ii) não foram especificadas as autoridades investigadas e sujeitas à sua jurisdição criminal; e também

d) ainda que se entenda que o ato seja legal, o artigo de lei (RISTF) utilizado como fundamento para a edição da PORTARIA não foi recepcionado pela Constituição Federal, pois viola o sistema acusatório e a imparcialidade do Judiciário.[9]

Outra controvérsia diz respeito ao ato de designação do ministro relator, pois o artigo 66, § 2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispõe que sua designação dar-se-á por meio de sorteio[10]. Entretanto, em relação ao inquérito 4.781/DF, verifica-se que o disposto na normativa não foi cumprido. O Ministro Relator Alexandre de Moraes fora designado de maneira direta e arbitrária, pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, sem prévio sorteio.

Ademais, vislumbra-se no inquérito que membros de uma mesma instituição atuam como juiz, investigador e vítima, ocasionando um genuíno tribunal de exceção, "que seria a escolha do magistrado encarregado de analisar determinado caso, após a ocorrência do crime e conforme as características de quem será julgado, afastando-se dos critérios legais anteriormente estabelecidos".[11]

Nesse esteio, defende a Procuradoria Geral da República que "algumas medidas cautelares foram determinadas pelo Ministro Relator sem qualquer participação da

PGR”[12], ou seja, “o próprio Ministro Relator avaliou a pertinência dessas medidas para investigação. Em seguida, tal qual determina o art. 74 do RISTF, esse mesmo Ministro julgará o resultado da investigação, materializado na peça acusatória”[13]. Além disso, destacou a Procuradoria que:

Aqui, um agravante: além de investigador e julgador, o Ministro Relator do Inquérito 4781 [Alexandre de Moraes] é vítima dos fatos investigados – que seriam ofensivos à “honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”. NÃO HÁ COMO IMAGINAR SITUAÇÃO MAIS COMPROMETEDORA DA IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE DOS JULGADORES – princípios constitucionais que inspiram o sistema acusatório. [...] O que ocorre com o Inquérito n. 4781, portanto, é inédito[14].

Em contrapartida, fortemente defendeu a Advocacia Geral da União (AGU):

[...] O inquérito judicial constitui procedimento administrativo destinado à elucidação da infração penal, de suas circunstâncias e de sua autoria, possuindo as mesmas características que o inquérito policial: instrumental, informativo, sigiloso e inquisitório. O Ministro designado para conduzir o inquérito e o Ministro Presidente não atuam, na hipótese, como juízes acusadores. Inexistência ofensa aos preceitos constitucionais invocados como parâmetro de controle. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.[15]

Nítido é que a *Fake News* é algo desprezável, devendo, assim, ser investigado. Contudo, para sua apuração deve ser feita mediante ao devido processo legal, previsto na Constituição Federal de 1988.

Portanto, tem por objetivo assegurar que o julgador seja imparcial, “visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos se materializem de forma parcial, corrupta”[16], devendo então manter o equilíbrio que as partes esperam.

Desta forma, compreendido acerca inquérito nº 4.781/DF, instaurado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no próximo capítulo será abordado quanto à matriz jurídica investigatória no Brasil sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

3 A MATRIZ JURÍDICA INVESTIGATÓRIA NO BRASIL SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O presente capítulo tem objeto o estudo acerca da matriz investigatória no Brasil sob a ótica da Constituição Federal de 1988, com enfoque aos princípios da dignidade da pessoa humana, do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial.

3.1 O RESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO INVESTIGATÓRIO

Ao tomar como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana para a formulação do Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988 demonstra que todos os demais dispositivos, constitucionais ou infraconstitucionais, devem considerá-lo como referência para entendimento e execução.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, conceitua dignidade como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.[17]

Tal princípio se trata de uma característica intrínseca e uma necessidade imprescindível a cada indivíduo. Através deste, inúmeros outros princípios se esteiam e, dentro deles, aqueles que disciplinam o inquérito e sua propositura.

Em doutrina, sobre inquérito policial, vale citar Guilherme de Souza Nucci, que diz ser “um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria”.[18]

Nesse contexto, se esteia o artigo 42 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispondo que o presidente responde pela polícia do Tribunal, sendo que, no exercício dessa atribuição pode ele requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário.[19] O sistema inquisitivo (ou inquisitório) presente em um inquérito é caracterizado segundo Fernando Capez, pelo:

Procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias aos esclarecimentos do crime de sua autoria.[20]

Segundo Aury Lopes Junior, “os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época”[21]. Guilherme de Souza Nucci, caracteriza o sistema inquisitorial da seguinte forma:

Pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.[22]

No mesmo sentido, destaca o jurista José Frederico Marques que “no sistema inquisitivo não existe processo penal, mas tão só procedimento de autotutela penal do Estado”[23]. Sob outra perspectiva, Renato Brasileiro Lima, argumenta ser:

Evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1).[24]

Contudo, contrário ao sistema inquisitório, apresenta-se o sistema acusatório por ter “como principal característica a separação das funções de acusador e julgador, aceitando o contraditório e ampla defesa, nele o órgão responsável por julgar não detêm a função de investigar ou produzir provas”[25]. Não obstante, Thiago André Pierobom de Ávila explana que:

No sistema acusatório, o juiz é excluído da responsabilidade de promover a ação penal e é reservado para uma posição de imparcialidade, de equidistância das partes (passividade) e afastamento do ônus de provar a prática da infração penal, que incumbe à acusação. Neste sistema, o juiz não pode investigar, não pode dar início à ação penal, não pode modificar os fatos

submetidos ao julgamento, não pode incluir de ofício novos sujeitos passivos na ação, e deve ter uma posição de distanciamento na gestão da prova.[26]

Em consonância defende a Procuradoria Geral da República, já que alega que no presente caso “não há como imaginar situação mais comprometedora da imparcialidade e neutralidade dos julgadores”[27].

3.2 OS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA PERSPECTIVA DO INQUÉRITO POLICIAL

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso III, disciplina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”[28], garantindo, deste modo, o princípio do juiz natural. Guilherme de Souza Nucci descreve que o referido princípio:

Estabelece o direito do réu de ser julgado por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, acarretando, por consequência, um julgamento imparcial. [...] Seu contraponto é a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5.º, XXXVII, CF), ou seja, a nomeação de um juiz ou a constituição de um tribunal, após a prática do delito, especialmente para julgar o seu autor.[29]

Já no que tange a este princípio relacionado ao Inquérito 4.781 do Supremo Tribunal Federal, Eduardo Luiz Santos Cabette expõe que:

A atribuição da investigação não se deu por sorteio ou distribuição e, nesse passo, fere o Princípio do Juiz Natural. O cidadão deve contar com a garantia de ser julgado ou, no caso, “*ad argumentandum tantum*”, investigado, por um juiz previamente designado de forma objetiva por um procedimento no qual a distribuição é muito importante. A distribuição é um critério objetivo de estabelecimento de atribuição e competência, que afasta a perigosa subjetividade de uma designação arbitrária que tanto pode ser feita com o fito de prejudicar como de beneficiar o réu ou investigado. Essa garantia é de tal importância num Estado Democrático Constitucional de Direito que hoje já se fala também na doutrina de um Promotor Natural e de um Delegado Natural (este último com base na Lei Federal 12.830/06 – artigo 1º, § 4º). Não importa aqui se o Ministro Alexandre de Moraes é um jurista competente, um magistrado probo, se está

ou não agindo de forma escorreita na prática de seus atos. O Princípio do Juiz Natural é uma garantia inafastável do cidadão, não havendo margem para discricionariedade na indicação do magistrado que atuará num caso concreto (inteligência do artigo 5º., XXXVII e LIII, CF).[30]

Contudo, apesar de todo o exposto, para instauração do referido inquérito, a Suprema Corte se pautou na legislação constitucional e infraconstitucional, visto que a Constituição Federal 1988 disciplina que um inquérito pode ser instaurado de ofício, porquanto o próprio Regimento Interno da Corte, garante a ela a competência de instaurar inquérito, ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro[31].

Cedido é que um inquérito pode ser iniciado i) de ofício, ii) pela provocação do ofendido, iii) pela requisição da autoridade competente e iv) pela lavratura do auto de prisão em flagrante, conforme explana Greco Filho Vicente:

Instaura-se formalmente o inquérito de ofício, por portaria da autoridade policial, pela lavratura de flagrante, mediante representação do ofendido ou requisição do juiz ou do Ministério Público, devendo todas as peças do inquérito ser, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas.[32]

No que tange ao item i, Renato Brasileiro Lima (2020, p. 1712-1713) sustenta que alguns dispositivos, como o art. 29 do Código Penal, foram revogados de forma tácita pela Constituição de 1988, retirando, desta forma, a possibilidade de abertura de inquérito por meio de ofício:

Como se sabe, até o advento da Constituição Federal de 1988, era possível que o órgão jurisdicional desse início a um processo penal condenatório de ofício (processo judicialiforme). Era o que ocorria nas hipóteses estabelecidas na Lei nº 4.611/65 (crimes culposos de lesão corporal ou de homicídio) e nos casos de contravenções penais: vide art. 26 e antiga redação do art. 531 (o art. 531 teve sua redação alterada pela Lei nº 11.719/08). Com a outorga da titularidade da ação penal pública ao Ministério Público pela Constituição Federal, doutrina e jurisprudência já eram uníssonas em apontar que os arts. 26 e 531 (em sua redação original) não haviam sido recepcionados pela Carta Magna de 1988. Com a reforma processual de 2008, não há mais qualquer dúvida acerca da inaplicabilidade de tais dispositivos: a uma, porque o art. 531 teve

sua redação modificada, dispondo, atualmente, sobre o procedimento sumário; a duas, porque o art. 257, I, do CPP, passou a prever de maneira expressa que ao Ministério Público cabe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida no CPP, revogando, tacitamente, o art. 26 do CPP.[33]

O princípio de devido processo legal se relaciona com diversos outros, como o princípio da legalidade, da legitimidade e à jurisdição. Esse princípio versa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”[34], ao mesmo passo que assevera que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.[35]

O princípio em comento possui tal relevância que é uma garantia contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos ao declarar em seu artigo 8º que, “todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.[36]

Assim, Patrícia Salomão explica que “o princípio do devido processo legal garante inúmeros outros postulados como os princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, sendo o contraditório, o direito que tem as partes de serem ouvidas nos autos”.[37]

Joaquim Canuto Mendes de Almeida conceitua o contraditório como uma “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”[38], ou seja, a possibilidade do indivíduo se defender daquilo que lhe foi imputado.

Entretanto, um inquérito trata-se de um procedimento administrativo, porém de caráter inquisitorial. Assim, não há obrigatoriedade de contraditório no inquérito. Fernando Capez (1997, p. 28) esclarece que “o contraditório é um princípio típico do processo acusatório, inexistindo no inquisitivo”[39].

No mesmo sentido, é o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte no sentido de que “o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório”[40]. Constatando-se, assim, que não há contraditório durante a fase da investigação criminal.

4 O ARTIGO 43 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DISCUSSÃO ACERCA DA INSTAURAÇÃO *EX OFFICIO* DO INQUÉRITO POLICIAL PELA AUTORIDADE JUDICIAL

A competência do Ministro do Supremo Tribunal Federal para instaurar o inquérito 4781 se deu através da interpretação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que dispõe:

Art. 43: Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.[41]

Não obstante, tem-se a oficialidade do inquérito que, de acordo com Diego Augusto Bayer, é um princípio onde “a pretensão punitiva do Estado deve se fazer valer por órgãos públicos, ou seja, a autoridade policial, no caso do inquérito, e o Ministério Público, no caso da ação penal pública.”[42] O Código de Processo Penal disciplina em seu artigo 4º que:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.[43]

Ou seja, não apenas à própria autoridade policial é permitida a instauração de inquérito, mas também às autoridades administrativas, sendo estas igualmente competentes para fazê-lo.

Em contrapartida, a Lei Maior, em seu art. 129, inciso VIII, explicita que requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial é função institucional do Ministério Público.[44]

4.1 OS SISTEMAS INVESTIGATÓRIOS NO BRASIL DE ACORDO COM A ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL VIGENTE

A investigação no Brasil pode se dar por meio do setor estatal e do setor privado. Em relação à primeira, a investigação é exercida para a preservação da ordem pública e

da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares e das polícias penais federal, estaduais e distrital.[45]

Nos termos do dispositivo supracitado, a polícia visa à proteção da ordem pública e a integridade das pessoas e do patrimônio. A polícia administrativa, ou polícia de prevenção, atua antes da infração penal com o intuito de impedi-la que ocorra, porquanto, a polícia judiciária é aquela que atua de forma repressiva, ou seja, após a prática do fato delituoso, a fim de investigá-lo[46]. Na perspectiva de Romeu de Almeida Salles Júnior:

Inquérito Policial é o procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto.[47]

Eduardo Luiz Santos Cabette, elucida que é necessário atentar para o fato de que o inquérito policial não deve ser conceituado somente sob o ponto de vista que destaca sua função de fornecer elementos ao titular da ação penal, mas que, na realidade, o inquérito policial sirva não somente para embasar a futura ação penal, como também, em certos casos, para demonstrar exatamente o inverso, ou seja, a desnecessidade ou o não cabimento de uma eventual ação penal.[48]

O inquérito é um instrumento imparcial, não vinculado à futura acusação, podendo em seu bojo trazer elementos de interesse da defesa do suposto autor da infração. Reduzi-lo a fornecedor de elementos ao titular da ação penal é manietar sua verdadeira função, muito mais ampla e relevante à consecução da Justiça[49].

Segundo Eduardo Luiz Santos Cabette, "no modelo brasileiro o inquérito policial tem grande importância na elucidação dos fatos, na eficácia da persecução penal e pode ter uma relevante função na consecução da garantia constitucional de um devido processo legal"[50].

A Magna Carta, ao atribuir à cada órgão uma diferente função, destacou o sistema acusatório, visando impedir a concentração de poderes nas mãos de um mesmo órgão. Desta feita, não há que se falar em atividades distintas sendo exercidas pelo mesmo órgão, vez que, o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, atribui ao Ministério Público a promoção da ação penal, sobejando aos juízes apenas a incumbência de apenas julgar.[51]

O sistema acusatório predominou sob o direito processual penal até o século XII, quando, a partir de então, este sistema foi paulatinamente sendo substituído pelo inquisitivo. De forma predominante, os doutrinadores defendem que o atual sistema empregado é o misto, estando presentes ambos, o acusatório e o inquisitivo, visto que a fase precedente ao processo é inquisitorial, porquanto, no decorrer do processo, é empregado o acusatório.

Todavia, de forma antagônica, se faz o entendimento do jurista Aury Lopes Júnior que defende:

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.[52]

Aury Lopes Júnior explica ainda que:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.[53]

O mesmo jurista explana que o sistema acusatório é definido pela separação entre o juiz e as partes, sendo absolutamente incompatível com o sistema acusatório a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a decretação de prisão preventiva de ofício por parte do magistrado; a decretação de busca e apreensão, de ofício; a iniciativa do corpo probatório a cargo do juiz; a condenação do réu sem pedido do Ministério Público bem como vários outros dispositivos do Código de Processo Penal que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo. Todas essas práticas são incompatíveis com o papel do magistrado e ferem de morte a imparcialidade, pois a contaminação e os pré-julgamentos feitos por um juiz inquisidor são manifestos.[54]

O sistema misto permite que no mesmo processo haja duas fases. A primeira, realizada pela polícia judiciária, se caracteriza o sistema inquisitivo, sendo este de cunho investigativo, cuja a próxima fase se faz presente o sistema acusatório, dirigido por um

juiz, havendo aqui o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior aduz ainda que:

É reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.[55]

Contudo, de maneira diversa compreende Guilherme de Souza Nucci, ao defender que:

Não se pode apagar a realidade com a utilização de mera teoria. A investigação do crime inicia-se, como regra, na delegacia, instaurando-se o inquérito policial, de natureza inquisitiva e trâmite nos moldes do sistema inquisitivo. Nesse procedimento administrativo, colhem-se provas a serem utilizadas, posteriormente, no contraditório judicial, com força probatória definitiva (laudos, medidas cautelares etc.). Durante o referido procedimento, há a atuação de um magistrado, não raras vezes o mesmo que irá receber futura denúncia ou queixa e julgará o réu. Esse juiz, fiscalizador do inquérito, pode decretar uma prisão preventiva ou uma busca e apreensão. Posteriormente, recebe a peça acusatória, instrui o feito e, de maneira imparcial, julga a causa. Esta é a realidade contra a qual doutrina alguma pode opor-se. Este é o sistema *existente*, que é misto. Há lanços inquisitivos e toques acusatórios.[56]

Nota-se, portanto, que não há uma classificação unânime relacionado ao sistema processual penal brasileiro, isto ocorre em função dos vários artigos contidos no Código de Processo Penal ir de encontro a direitos e princípios da Constituição Federal de 1988.

4.2 DA RECEPÇÃO OU NÃO DO ARTIGO 43 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DO CASE DO "INQUÉRITO DAS FAKES NEWS

O presente tópico tem por objetivo, chegar há uma possível resposta da problemática que consiste em saber se o Inquérito 4.781/DF (Inquérito das Fake News), instaurado de ofício no âmbito do Supremo Tribunal Federal, possui compatibilidade com o sistema investigatório estabelecido após a Constituição de 1988?

O artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal preceitua que “ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”.^[57]

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 no artigo 129, inciso I, outorga privativamente ao Ministério Público, a promoção de ação penal pública, na forma da lei.^[58] Isto ocorre porque segundo Ramos cruz,

O sistema acusatório se define em atribuições específicas de defender, compreendendo os advogados e defensores públicos, a de julgar, abarcando os magistrados, e, claro, os Ministros das Côrtes superiores. Por fim, a acusação, recai aos membros do Ministério Público [...].^[59]

Desta forma, as atribuições processuais são divididas entre os órgãos para que não haja um verdadeiro tribunal de exceção, preservando, sobretudo, a imparcialidade dos julgadores.

Destaca-se ainda que, na mesma portaria que foi instaurado o inquérito 4781, Portaria 69/2019, já foi previamente designado o relator, nem que houvesse a devida distribuição.

Contudo, segundo Beatriz Camargo Ribeiro “tal dispositivo é pré-constitucional, adveio ao ordenamento jurídico em 1980, e não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, uma vez que totalmente contrário ao sistema acusatório por ela trazido”.^[60]

Desta forma, fica claro que não há possibilidade de o órgão julgador iniciar as investigações, sendo tão somente ao Ministério Público. Isto decorre em função do princípio da imparcialidade, o que fica evidente nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (destaque nosso).

Por outro lado, **para não perder a sua imparcialidade, não pode o juiz agir de ofício para dar início à ação penal. Cabe ao titular da ação penal, que é o Ministério Público (art. 129, I, CF),** como regra, essa providência. Não propondo a ação penal, no prazo legal,

pode o particular ofendido tomar a iniciativa (art. 5.º, LIX, CF). A conjugação das referidas normas constitucionais demonstra a sua previsão implícita na Carta Magna. E mais: deve o magistrado julgar o pedido nos estritos limites em que foi feito, não podendo ampliar a acusação, piorando a situação do réu, sem aditamento à denúncia, promovido por quem de direito.[61] (grifo do autor)

Marco importante foi a reforma da Lei 13.964/2019 conhecida como “Pacote Anticrime”, que “introduziu a figura do juiz das garantias, que tem por finalidade, justamente, assegurar, cada vez mais, o juiz imparcial”[62], que assim dispõe o artigo 3º-A da Lei 13.964/2019: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”[63].

Portanto, ao instaurar o inquérito 4.781 de ofício pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, este foi totalmente em sentido contrário ao texto constitucional, assim não possuindo compatibilidade com a Carta Magna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral em verificar a compatibilidade da instauração do referido inquérito (Inquérito das Fake News) sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro, de modo a certificar se sua propositura se deu conforme preceitua o mandamento constitucional e infraconstitucional.

Nesta senda conclusiva, o caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto cognitivo de aferição das informações jurídicas através da pesquisa bibliográfica e documental, com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, dentre os quais, expor, inicialmente, uma análise através do art. 43 do RISTF à luz da Constituição e do Código de Processo Penal, sobre a possível existência de irregularidades na instauração do referido inquérito.

Ao abordar tais condições jurídicas, notou-se que o Código de Processo Penal e Constituição Federal são uníssonos quanto à competência e forma de instauração de inquérito, porquanto o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 43, é parcialmente divergente. Concluiu-se, então, no que tange a instauração do inquérito 4781/DF, houve o conflito aparente de normas, devendo-se considerar o princípio hierárquico.

Outros paradigmas nortearam a presente pesquisa, e um objetivo específico fundamental para se chegar à conclusão deste estudo foi a análise do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no âmbito investigatório e dos princípios do juiz natural e do devido processo legal na perspectiva do inquérito policial, princípios que norteiam a instauração de um inquérito policial.

Com isso, diante da análise desenvolvida, verificou-se o desrespeito quanto aos princípios supramencionados, visto que a Constituição Federal de 1988 assegura ao Ministério Público a propositura de inquérito policial, além de que o relator foi escolhido de maneira arbitrária, sem prévia distribuição.

Assim, com o desfecho desta pesquisa, conclui-se que o a instauração do inquérito 4781/DF se deu através de uma interpretação incerta da Constituição no que tange a competência da propositura de um inquérito, privando, desta forma, o Ministério Público de exercer sua atribuição legal, além de que, por desrespeitar os princípios do juiz natural e do devido processo legal, configura os membros do Supremo Tribunal Federal nas posições de vítimas, julgadores e investigadores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A Contrariedade na Instrução Criminal**. Tese de livre-docência apresentada junto ao Departamento de Direito Processual da FADUSP, São Paulo, 1937. Não paginado. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/393209583/ALMEIDA-Joaquim-Canuto-Mendes-de-A-CONTRARIEDADE-NA-INSTRUCAO-CRIMINAL-1937-pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal**. Promotor de Justiça do MPDFT, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Professor de Direito Processual Penal da FESMPDFT, 2010. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11604/a-nova-ordem-das-perguntas-as-testemunhas-no-processo-penal/2>. Acesso em: 03 out. 2021.

BAYER, Diego Augusto. **Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal** – parte 05, 2013. Não paginado. Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943169/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-05>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Paco Anticrime.** Brasília: Casa civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Inquérito 3.387/CE.** Agravante: Maria Gorete Pereira; Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. 2ª Turma, 15/12/2015. Não paginado. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350303>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF.** Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos.** – 3. Ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 15. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/154492/000154492.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno.** – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Inquérito judicial das fake news: as obviedades que precisam ser explicadas.** Meu site jurídico, Editora juspodivm, 2020. Delegado de Polícia aposentado, Assessor e Parecerista Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal. Não paginado. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/04/inquerito-judicial-das-fake-news-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/>. Acesso em: 03 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Ramos. **O “inquérito supremo” é tecnicamente legal?** Revista Jurídico Certo, 08/10/2019. Não paginado. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/ramos-cruz-adv/artigos/o-inquerito-supremo-e-tecnicamente-legal-5329>. Acesso em: 11 out. 2021.

GRECO, Filho Vicente. **Manual de processo penal**. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva: 1980.

MASSA, Roberta Franco. **Inconstitucionalidade sob a perspectiva do acusado e do acusador no âmbito do inquérito 4.781/STF**. Anais do EVINCI – UniBrasil, Curitiba, v.5, n.1, p. 205-205, out. 2019. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/5022>. Acesso em: 11 set. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo, 2017.

NEVES, Gíto Motta Tribuzi Neves. **I(legalidade) do inquérito 4781/STF: Inquérito das Fake News**. Mettzer, s.d., não paginado. Disponível em: <https://www.mettzer.com/projects/ilegalidade-do-inquerito-4781stf-inquerito-das-fake-news-5f634eebb32829001891334a>. Acesso em: 03 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 13. Ed. rev., Atual e Ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIBEIRO, Beatriz Camargo. **Ativismo Judicial: regresso ao autoritarismo e a democracia como projeto inatingível, 2020**. Não paginado. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8839/67650352>. Acesso em: 11 set. 2021.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e Ação Penal**. 5a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SALOMÃO, Patrícia. **O princípio do devido processo legal**. Sistema Educacional online, Juris Way, 2008. Não paginado. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=866. Acesso em: 04 out. 2021.

WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. **Investigação Criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: romulodireito1@gmail.com

[2] MASSA, Roberta Franco. **Inconstitucionalidade sob a perspectiva do acusado e do acusador no âmbito do inquérito 4.781/STF**. Anais do EVINCI – UniBrasil, Curitiba, v.5, n.1, p. 205-205, out. 2019. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/5022>. Acesso em: 11 set. 2021.

[3] MASSA, Roberta Franco. **Inconstitucionalidade sob a perspectiva do acusado e do acusador no âmbito do inquérito 4.781/STF**. Anais do EVINCI – UniBrasil, Curitiba, v.5, n.1, p. 205-205, out. 2019. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/5022>. Acesso em: 11 set. 2021.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

[5] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

[6] RIBEIRO, Beatriz Camargo. **Ativismo Judicial: regresso ao autoritarismo e a democracia como projeto inatingível, 2020**. Não paginado. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8839/67650352>. Acesso em: 11 set. 2021.

[7] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

[11] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 09

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: 36.422/DF**. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores da República; Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro EDSON FACHIN, em 24/10/2019, Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Não paginado. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580741&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021

[16] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 09.

[17] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33^a ed. São Paulo, 2017. p. 66.

[18] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 13. Ed. rev., Atual e Ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 143.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

[20] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 79.

[21] LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2019. p. 182.

[22] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 110.

[23] MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva: 1980. p. 81.

[24] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 39.

[25] NEVES, Gioto Motta Tribuzi Neves. **I(legalidade) do inquérito 4781/STF: Inquérito das Fake News.** Metzzer, s.d., não paginado. Disponível em: <https://www.metzzer.com/projects/ilegalidade-do-inquerito-4781stf-inquerito-das-fake-news-5f634eebb32829001891334a>. Acesso em: 03 out. 2021.

[26] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal.** Promotor de Justiça do MPDFT, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Professor de Direito Processual Penal da FESMPDFT, 2010. Não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11604/a-nova-ordem-das-perguntas-as-testemunhas-no-processo-penal/2>. Acesso em: 03 out. 2021.

[27] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno.** – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

[28] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

[29] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal.** – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 158.

[30] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Inquérito judicial das fake news: as obviedades que precisam ser explicadas.** Meu site jurídico, Editora juspodivm, 2020. Delegado de Polícia aposentado, Assessor e Parecerista Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal. Não paginado. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/06/04/inquerito-judicial-das-fake-news-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/>. Acesso em: 03 out. 2020.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno.** – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

[32] GRECO, Filho Vicente. **Manual de processo penal.** 9^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

[33] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1712-1713.

[34] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

[35] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

[36] BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos**. – 3. Ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 15. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/154492/000154492.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso: 04 out. 2021.

[37] SALOMÃO, Patrícia. **O princípio do devido processo legal**. Sistema Educacional online, Juris Way, 2008. Não paginado. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=866. Acesso em: 04 out. 2021.

[38] ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A Contrariedade na Instrução Criminal**. Tese de livre-docência apresentada junto ao Departamento de Direito Processual da FADUSP, São Paulo, 1937. Não paginado. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/393209583/ALMEIDA-Joaquim-Canuto-Mendes-de-A-CONTRARIEDADE-NA-INSTRUCAO-CRIMINAL-1937-pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

[39] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 28.

[40] BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Inquérito 3.387/CE**. Agravante: Maria Gorete Pereira; Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. 2ª Turma, 15/12/2015. Não paginado. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350303>. Acesso em: 04 out. 2021.

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Não paginado. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

[42] BAYER, Diego Augusto. **Princípios Fundamentais do Direito Processual Penal** – parte 05, 2013. Não paginado. Disponível

em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943169/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-05>. Acesso em: 10 out. 2021.

[43] BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

[44] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

[45] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

[46] WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. **Investigação Criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes.** Rio de Janeiro: Brasport, 2014, p.3870.

[47] SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e Ação Penal.** 5a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 03.

[48] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do Inquérito Policial no Sistema Acusatório: o modelo brasileiro.** Delegado de Polícia em Guaratinguetá (SP). Mestre em Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal. Jun/2009, não paginado. Disponível em: [http://www.amdepol.org/arquivos/\(Opapeloinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto\).pdfb0fa3.pdf](http://www.amdepol.org/arquivos/(Opapeloinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto).pdfb0fa3.pdf). Acesso em: 10 out. 2021

[49] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do Inquérito Policial no Sistema Acusatório: o modelo brasileiro.** Delegado de Polícia em Guaratinguetá (SP). Mestre em Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal. Jun/2009, não paginado. Disponível em: [http://www.amdepol.org/arquivos/\(Opapeloinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto\).pdfb0fa3.pdf](http://www.amdepol.org/arquivos/(Opapeloinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto).pdfb0fa3.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

[50] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do Inquérito Policial no Sistema Acusatório: o modelo brasileiro.** Delegado de Polícia em Guaratinguetá (SP). Mestre em

Direito Social. Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal. Jun/2009, não paginado. Disponível em: [http://www.amdepol.org/arquivos/\(Opapeldoinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto\).pdfb0fa3.pdf](http://www.amdepol.org/arquivos/(Opapeldoinqueritopolicialnosistemaacusatorioprojeto).pdfb0fa3.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

[51] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

[52] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41.

[53] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

[54] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.

[55] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 47.

[56] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73.

[57] BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno do STF**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 outubro de 2021.

[58] BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021

[59] CRUZ, Ramos. **O “inquérito supremo” é tecnicamente legal?** Revista Jurídico Certo, 08/10/2019. Não paginado. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/ramos-cruz-adv/artigos/o-inquerito-supremo-e-tecnicamente-legal-5329>. Acesso em: 11 out. 2021.

[60] RIBEIRO, Beatriz Camargo. **Ativismo Judicial: regresso ao autoritarismo e a democracia como projeto inatingível, 2020.** Não paginado. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8839/67650352>. Acesso em: 26 maio 2021.

[61] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal.** – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 10.

[62] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal.** – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 10.

[63] BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Paco Anticrime.** Brasília: Casa civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 maio 2021.

O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMO CIÊNCIA JURÍDICA AUTÔNOMA

ARQUIMEDES TORRES DE MELO REVOREDO:

advogado, assessor e consultor jurídico previdenciário com foco em empresas e beneficiários da seguridade social, sócio administrador da ARSIA, articulista, pós-graduado (lato sensu) em direito processual, direito da seguridade social, advocacia previdenciária, direito do consumidor, direito público, direito constitucional aplicado, mestrando em direito processual constitucional⁵.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o direito processual constitucional como nova ciência jurídica e sua autonomia por ser independente dos demais ramos do direito não confundindo com o direito constitucional e com o direito processual, bem como, o porquê de a denominação dessa disciplina não ser direito constitucional processual, mas sim direito processual constitucional. Para tanto utilizou-se de material bibliográfico de doutrinadores brasileiros, latino americanos e europeus para expô-los com o objetivo de levar os operadores do direito à reflexão e inspirar no debate para o reconhecimento do direito processual constitucional como ciência jurídica e com autonomia.

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional; Ciência Jurídica; Autonomia.

ABSTRACT: This article deals with constitutional procedural law as a new legal science and its autonomy for being independent from other branches of law, not confusing it with constitutional law and procedural law, as well as why the name of this discipline is not law constitutional procedural law, but constitutional procedural law. For this purpose, bibliographical material from Brazilian, Latin American and European scholars was used for the presentation with the aim of leading legal practitioners to reflection and inspiring the debate for the recognition of constitutional procedural law as a legal science with autonomy.

Keywords: Constitutional Procedural Law; Legal Science; Autonomy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Direito Processual Constitucional como Ciência Jurídica – 3. Autonomia Científica do Direito Processual Constitucional – 4. Considerações Finais – 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

⁵ E-mail: advocaciarevored@gmail.com

O presente artigo é de grande relevância para os operadores do direito, pois, versa sobre o direito processual constitucional como um ramo do direito independente dos demais se destacando como uma ciência jurídica e sua autonomia em relação a outras disciplinas já estabelecidas no mundo jurídico.

Nas palavras de Siqueira Júnior (2006, p. 62) “o direito processual constitucional, este sim, configura-se como ramo autônomo do direito, com método e objeto de estudo próprio”.

Buscou-se conceituar esse ramo do direito que emerge não só no Brasil, mas também, na América Latina e na Europa. Ainda, distinguiu-se dos demais ramos do direito como, direito constitucional e direito processual expondo os motivos de não denominá-la de direito constitucional processual, mas sim de direito processual constitucional.

Ao discorrer apresentou-se a importância dessa nova ciência jurídica para os operadores do direito, pois, é uma realidade inclusive nos casos concretos ao realizar do controle de constitucionalidade nos modelos difuso e concentrado.

Apesar de ser uma ciência jurídica que se harmoniza com os demais ramos do direito, também tem sua autonomia já que é independente e seu objeto de estudo difere das demais disciplinas jurídicas.

Para tanto utilizou-se de material bibliográfico com doutrinas jurídicas de professores e doutrinadores do direito processual constitucional brasileiros, latinos americanos e europeus.

Longe de esgotar o assunto até porque não é consenso no mundo jurídico o direito processual constitucional como ciência distinta das demais disciplinas jurídicas e sua autonomia objetiva-se com este trabalho trazer a reflexão e inspirar ao debate os operadores do direito para assim delimitar cada vez mais as especialidades do direito.

Sendo assim, verificará que após esta exposição o direito processual constitucional é digno de ser reconhecida como uma nova ciência jurídica e autônoma dos demais ramos do direito.

2 O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMO CIÊNCIA JURÍDICA

O direito processual constitucional é uma nova ciência do ramo do direito público que se explica a partir da relação que existe entre o processo e a constituição. Vale a pena dizer que trata das instituições processuais e garantias judiciais inseridas nas constituições de cada Estado, dos processos constitucionais, e os princípios e orçamentos

fundamentais que qualquer processo deve ser aplicado em disputas entre as partes em homenagem ao princípio do devido processo.

Para Siqueira Júnior (2006, p. 62):

“O direito processual constitucional já se desponta como novo objeto da ciência jurídica, colocando-se ao lado de outros ramos do direito processual, como o direito processual civil, o direito processual penal, o direito processual do trabalho e agora também o direito processual constitucional”.

O ponto de partida poderia estar correto se não levar em consideração as assimetrias que existem entre os sistemas processuais e os modelos previstos para o controle de constitucionalidade. E isso sem levar em conta a polêmica que persiste entre aqueles que argumentam que os processos constitucionais e a função judicial no controle de constitucionalidade é puramente processual, nem daqueles que afirmam que ambos questões pertencem ao direito constitucional.

Ou seja, a simplificação é incorreta, pois além de observar que em qualquer controvérsia em particular, há sempre um conflito entre direitos que derivadas da Constituição, também existem diferentes perspectivas sobre os aspectos que definem a autonomia científica.

Além disso, trata-se de uma abordagem reduzida para questões processuais. É por isso que o direito processual constitucional está relacionado à jurisdição constitucional (organização judicial, teoria da interpretação, formas de cumprir princípio da supremacia constitucional) e, atualmente, a evolução e o impacto que tem a aplicação e eficácia no direito interno das Convenções, Acordos e Tratados de Direitos Humanos (controle de convencionalidade).

Nesse diapasão, Mazzuoli (2018, p. 68) diz “No Brasil, o devido processo convencional interno fortalece e complementa a garantia do devido processo legal, expressamente consagrada pela Constituição de 1988 (art, 5º, LIV)”.

É ainda adicionado a isso tudo o que se relaciona com os chamados direito processual transnacional que envolve inclusão no direito processual constitucional o estudo e desenvolvimento do funcionamento dos órgãos encarregados de fiscalizar tais direitos internacionais.

Ainda, Mazzuoli (2018, p. 36) diz:

“... o juiz nacional como *longa manus* do Estado, tem o dever de compatibilizar a norma doméstica com os ditames dos tratados de direitos humanos ratificado e em vigor no Estado, devendo, para tanto, proceder *ex officio* (para além, evidentemente, de quando há iniciativa da parte)”.

É verdade que na América Latina a ciência foi disciplinada com repercussão notável, mas aqui dá-se maior importância ao estudo dos processos as leis constitucionais e os poderes dos juizes que nelas atuam, enquanto que na Europa, a preocupação está voltada para a investigação dos limites e poderes dos tribunais constitucionais.

Um trata das garantias processuais no processo bilateral, o outro enfoca a dimensão da atividade normativa que pode desnaturar a proteção dos direitos fundamentais. Parece que o interesse em desvendar é saber o quanto o juiz no controle difuso pode fazer quando ele tem para cumprir seu dever de fortalecer a Constituição e fazer justiça no caso concreto em relação ao poder do tribunal no controle concentrado em uma única atividade para aplicar a lei e decidir se é ou não constitucional.

Segmentar a tarefa do juiz constitucional de acordo com os poderes que cada sistema atribui isso provavelmente está errado, porque, em última análise, ambos têm a missão de equilibrar as tensões entre os objetivos constitucionais e a justiça do caso.

Para aceitar a divisão, a tarefa de direito processual constitucional no sistema do controle difuso de constitucionalidade a dimensão do problema estará na as funções do juiz ordinário que atua em e para o caso concreto, onde haja um conflito entre partes conhecidas e que exigem uma solução apenas para si mesmas.

Por outro lado, onde existem tribunais constitucionais, a missão da lei o direito processual constitucional explicará o modelo, uma espécie de direito processual concretizada, o que significa extrair da lei material constitucional essencial para o trabalho e gerar com ele, métodos de interpretação.

O que se verifica, além disso, é que o chamado controle difuso está cada vez mais se afastando mais do modelo que lhe deu origem. Mesmo os países mais próximos ideologicamente à Constituição dos Estados Unidos, eles preferiram derrubar o controle órgãos constitucionais aos órgãos colegiados de interpretação final ou de encerramento, evitando que a intenção objetiva de fazer cumprir a conformidade supremacia constitucional.

Conforme, Teixeira Filho (1985, p. 60) ao se referir ao sistema difuso diz:

“... o primeiro foi adotado nos EEUU ... Tomando em conta as suas origens, poderíamos chamar de norte-americano o sistema difuso e de austríaco o concentrado, embora saibamos que a origem remota do primeiro não foi, a rigor, norte-americana, conforme procuramos demonstrar anteriormente”.

No entanto, para emancipar o direito processual constitucional não bastará examinar o conteúdo analiticamente, mas, além disso, será necessário encontrar um rigor metodológico que o distingue para evitar confusões de localização ou simplesmente para demonstrar suas linhas de fundação.

Alguns entendem que a comunidade de interesses que a ciência possui está no direito fundamental à legalidade constitucional que no Brasil se refletiria no princípio obrigatório de aplicar a interpretação mais alinhada com a supremacia da Constituição, no entanto, esta declaração seria afetada (na verdade, é um complemento necessário) pela influência dos Pactos e Convenções Internacionais sobre os direitos humanos, que trazem o dever de especificar o controle da convencionalidade.

O controle da convencionalidade constitui a função essencial dos organismos internacionais competentes que, de acordo com expresso, eles não se configuram como funcionários nacionais, legisladores ou juízes, mas sim interpretar atos domésticos sob a Convenção. É mencionado em campo internacional constitucionalização do direito internacional, no sentido de construir uma ordem jurídica constitucional de respeito aos direitos. Posição para ser está se manifestando há aproximadamente duas décadas.

Borges (2018, p. 137) ao discorrer sobre fundamento jurídico do controle de convencionalidade diz que esta tem sua natureza obrigatória na Convenção Americana de Direitos Humanos, nos artigos 1.1 e 2:

“A primeira norma estabelece aos Estados-partes obrigações gerais de respeito e garantia aos direitos convencionais, constituindo a comunicação entre os ordenamentos internacional e interno, e a segunda, a obrigação de adotar disposições para harmonizar o direito interno com o interamericano, exigindo a compatibilização entre os ordenamentos jurídicos”.

Agora, o fenômeno descrito sinteticamente mostra que a função constitucional de juízes ou tribunais constitucionais alimenta e nutre a disciplina, dando origem a particularidades que o processo constitucional deve adquirir.

No entanto, razões há pelas quais as magistraturas especiais, se torna evidente a distância com a polaridade tradicional que gerou a criação de tribunais constitucionais, onde o conhecido julgamento de Hans Kelsen (A garantia jurisdicional da Constituição, 1928) argumentou que o melhor sistema para evitar a desconfiança dos juízes tradicionais foi a criação de um tribunal neutro, mas específico na missão de controlar a constitucionalidade das leis, tese contra a qual Carl Schmitt reagiu (O guardião da Constituição, 1931) alegando que assim a justiça se politizou e o juiz passou a ser legislador.

Ou seja, em ambos os sistemas não se trata de apontar os opostos. Enquanto no sistema de controle difuso opera na solidão do problema contingente e próprio que resolve o controle constitucional no limite subjetivo (entre as partes) da coisa julgada, no sistema concentrado, a regra é abstração e generalidade do pronunciamento porque o princípio da legalidade interessa perante a justiça do caso concreto.

Paulo e Alexandrino (2008, p. 38 e 63) relatam:

“O controle de constitucionalidade difuso ... baseia-se no reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, em face de um caso concreto submetido à sua apreciação”.

“Diferentemente do controle difuso, de origem norte-americana, que se limita, em um caso concreto, a subtrair alguém aos efeitos de uma lei, o controle abstrato é efetivado em tese, sem vinculação a uma situação concreta, com o objetivo de expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. Diz-se que no controle abstrato a inconstitucionalidade é examinada “em tese” (*in abstracto*) porque o controle é exercido em uma ação cuja finalidade é, unicamente, o exame da validade da lei em si; a aferição da constitucionalidade da lei não ocorre incidentalmente, em um processo comum”.

Neste dualismo polarizado entre duas leituras que chegam de diferentes concepções que se impõem para realizar o controle da constitucionalidade, eles derivam imprecisões e confrontos estéreis que não favorecem a ciência que abordamos.

Na verdade, considerar que o juiz do sistema americano atende à justiça objetivo do caso específico, como acreditar que o tribunal concentrado do sistema europeu resolve abstraído da causa, são caminhos confusos que demonstram inconsistência das respostas obtidas em uma ou outra posição.

Nenhum é preciso porque, no primeiro espaço, a solidez dogmática se perde quando encontrar diversidades no sistema de controle de constitucionalidade que o Países da América Latina, o que diferencia os modelos de regulamentação processual de processos e uma leitura diferenciada em cada uma das garantias da jurisdição, sobre mudança, no segundo, não se percebe ou se considera que existem mecanismos transnacionais que tornam constitucional uma multiplicidade de processos que na ordem os reclusos não são servidos pelos tribunais constitucionais, como não é analisado que essas magistraturas especiais não funcionam isoladas do contexto, nem são insensíveis a sofrimento humano: muito pelo contrário, embora a personagem pura jurisdição que exercem, não há nenhum medo de alegar que a resolução também se aplica a um julgamento entre as partes.

As alternâncias na interpretação podem levar a crer que somente aqueles que têm tribunais constitucionais têm uma jurisdição especial e um direito procedimento constitucional (embora seja difícil encontrá-lo assim definido), assim como, acontece que aqueles que estudam a disciplina desde os limites do controle difuso são sujeito ao erro de buscar o direito processual constitucional nos pilares de um ciência ou outra (isto é, em direito processual ou direito constitucional), quando na verdade, não é um ramo ou projeção de nenhum deles, mas mais um caso de direito público.

Com essa lógica também se argumenta que a atuação dos tribunais constitucionais são o exercício da jurisdição constitucional, ao contrário dos juízes que resolvem processos constitucionais cuja tarefa expressa um modelo de justiça constitucional.

Figueiredo (2016, p. 23) diz que:

“A existência da justiça constitucional é o resultado último da consolidação do Estado de Direito e da Constituição como norma suprema e positiva. Só pode existir uma justiça constitucional verdadeira nos Estados livres onde os juízes tenham independência e garantias para aplicar a constituição e seus valores sem temor”.

O ponto de partida para reconhecer a disciplina começa com o esclarecimento do conteúdo. Uma versão mínima que trata da magistratura e processos constitucionais e, portanto, explicar o desenvolvimento de modelos de controle de constitucionalidade das leis, ou ampliar o espectro e abrangência das garantias contidas nas cartas fundamentais, os processos que para o efeito são concebidos, e os órgãos encarregados de perseguir tais objetivos, sem a necessidade de restringir a visão aos tribunais constitucionais.

Nesse sentido, Guerra Filho (2005, p. 7) relata:

“Seriam, então, temas típicos ao Direito Processual Constitucional, a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição; os princípios gerais do processo consagrados na Constituição, tais como o do contraditório, do devido processo legal, etc.; e as ações previstas na Lei Maior com o fim de resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento jurídico constitucional”.

Além disso, a fim de determinar a localização da ciência, é muito importante surgimento dos chamados direitos de terceira geração, uma vez que implantam um princípio da cooperação coletiva, que implica uma renovação na proteção típica de direitos individuais, afetando os princípios tradicionais do processo judicial, como são a bilateralidade do contraditório, a legitimidade para agir e, principalmente, a âmbito da coisa julgada.

3 AUTONOMIA CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Ainda não há acordo doutrinário para apoiar a autonomia como ciência do direito processual constitucional. Alguns derivam do direito processual e outros de direito constitucional, portanto as respectivas declarações de direito processual constitucional e direito constitucional processual.

Dessa forma, Siqueira Júnior (2006, p. 37) diz:

“A Constituição Federal preocupou-se em estabelecer garantias para o processo, em especial, para o processo penal, tendo em vista o bem jurídico tutelado, que é a liberdade, não abandonando outros ramos do direito processual. Essa tutela é estudada pela disciplina direito constitucional processual, que surge da relação evidente entre constituição e processo. Dessa forma, podemos, podemos utilizar duas denominações para identificar a aludida reciprocidade: direito constitucional processual e o direito processual constitucional”.

O doutrinador Hernández Valle (1995 p.35 e 36) sustenta que:

“No processo constitucional, protege-se dois direitos legais diferentes: os direitos fundamentais dos cidadãos e o princípio da supremacia constitucional. Portanto, existem vários tipos de processos, que respondem a diferentes necessidades, uma vez que os interesses em jogo são também diferentes. Esta realidade das condições do processo constitucional logicamente o conteúdo do

direito processual constitucional, o que implica que numerosas instituições do direito processual clássico têm que se adaptar e até ser radicalmente transformado para satisfazer os dois interesses jurídicos protegidos por este novo ramo jurídico processual”.

A ideia parte de questionar se o funcionamento do tribunal constitucional goza de autonomia processual para que seja seu órgão da jurisdição que tem o poder de preencher as lacunas existentes e interpretar as disposições processuais legais para o efetivo cumprimento do funções que lhe são confiadas.

A instalação de estudos em direito constitucional recebe importante respaldo, embora divida as preferências argumentando que o direito processual constitucional é um setor do direito constitucional que trata de algumas instituições procedimentais consideradas fundamentais pelo constituinte formal ou informal. Essas questões incluem, por exemplo, certas garantias de uma correta administração da justiça. Em vez disso, a lei processual constitucional é um ramo do mundo jurídico que se situa no direito processual, e atende aos dispositivos procedimentais obviamente legais destinados a garantir a supremacia constitucional. O direito processual constitucional é, principalmente, o direito de jurisdição constitucional, e tem duas áreas principais: a magistratura direito constitucional e processos constitucionais.

O direito processual constitucional é um conjunto de princípios e normas legais consagrados na Constituição e na lei, que regulam os processos constitucionais e procedimentos constitucionais, quaisquer que sejam os órgãos encarregados de preservar com justiça a supremacia da Constituição e da proteção dos direitos humanos. Como corolário do acima, podemos afirmar que o direito processual constitucional estuda o devido processo, a partir da perspectiva constitucional, de acordo com tratados e convenções internacionais aprovadas pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos.

O professor peruano Rodríguez Domínguez (1997, p. 23 e ss) argumenta, por sua vez, que a existência de normas processuais na Constituição, não implica a existência de uma Direito processual constitucional, uma vez que ainda é da área do direito constitucional, porque a Constituição é a base do sistema jurídico de um Estado. Se assim não fosse, teríamos que admitir - acrescenta - que também existe um direito civil constitucional ou direito constitucional do trabalho. Em suma, o direito processual constitucional é baseado na Constituição, mas não nasce da Constituição, embora contenha regras processuais. Nasceu quando ditam as normas que regulam os processos pelos quais devem ser resolvidos conflitos de natureza constitucional, e a natureza constitucional do conflito é dada pela razão de ser de qualquer constituição: a

manutenção do sistema jurídico por meio o respeito pela hierarquia normativa e a proteção dos direitos essenciais da pessoa humana.

Como pode ser visto, a perspectiva constitucional aborda o fenômeno do controle de constitucionalidade e pressupõe que os processos constitucionais façam parte das normas e princípios básicos de cada Estado que tratam da defesa das liberdades individuais e coletivo. A existência de processos constitucionais e, particularmente onde possuem tribunais constitucionais, isso não prejudica a habilitação, pois são tidos como atividades jurisdicionais de um órgão da Constituição.

Por outro lado, para García Belaunde (2008, p. 74), na dimensão procedimental a visão é diferente e, também, contraditório. No Brasil, por exemplo, é incentivado a aceitar a legislação processual constitucional não como uma disciplina independente e ainda menos autônoma, porque interpreta que se trata de um compêndio metodológico, de natureza preparatória, que serve para explicar o funcionamento do processo quando ele atua de forma a preservar a regra de supremacia constitucional. É por isso que a doutrina está certa quando avisa que esta definição leva ao desaparecimento do direito processual constitucional ao torná-lo formal parte da teoria do processo.

A contradição que apontamos é observada quando usamos a teoria geral do processo na mecânica do processo constitucional, como fingir aplicar-se ao juiz constitucional (de controle difuso ou concentrado) as mesmas funções que o juiz ordinário, com o qual existem concordâncias incomparáveis.

Agora, como ramo do direito processual, que após um estudo detalhado e criterioso indica que a disciplina é um ramo de direito processual, que participa na sua natureza de direito público onde o processo, como garantia, é único e, portanto, é como o tronco de uma árvore da que saem vários ramos com singularidades próprias.

Esta linha de pensamento insiste com os ramos fornecidos, todos, pela teoria geral, permitindo encontrar um direito processual civil, direito processual direito penal, muitos outros (administrativo, trabalhista, etc.) e, em particular, direito processual constitucional.

Desta forma, o processo é definido como um gênero com procedimentos de leis constitucionais que possuem configurações particulares. Os poderes do juiz estão vinculados aos poderes da jurisdição em matéria de controle de constitucionalidade, para que não se encontrem mais diferenças entre os modelos como se entre pedidos.

Aqueles que frequentam o método, normas procedimentais, regras ou técnicas aplicadas, de tal forma que alguns confundem ou entendem jurisdição constitucional como sinônimos (ações de tribunais constitucionais), justiça constitucional (a sentença e

seus efeitos sobre controle de constitucionalidade) ou direito processual constitucional em sentido lato.

A distinção é correta para avançar nessa nova ciência, e isso não se deve apenas ao fato de que todos os sistemas jurídicos fazem uso de mais procedimentos para dar justiça constitucional, mas também que os tribunais instituído ad hoc e, em muitos casos, os tribunais superiores de justiça ou seus seções especializadas foram investidas com outras funções, que configurar de forma bem diferente do que antes, o que os coloca mais tarde, em uma posição integradora peculiar no contexto das formas de Estado e governo.

Cappelletti (1987, p. 187) faz abordagem diferente e inovadora aos estudos de justiça constitucional, pois, nem toda ciência é puro escrutínio constitucional, porque existem projeções importantes em outras instituições, como a ações do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha quando se trata de legalidade dos partidos políticos, o julgamento sobre as acusações do Bundestag ou do Bundesrat contra o Bundespräsident, etc. Ou, do Tribunal Constitucional Italiano, quanto aos seus poderes para resolver conflitos de atribuição de competências, ou interadministrativo ou entre localidades, etc. A possibilidade de se tornar órgão de decisão no julgamento político contra funcionários do Estado.

Todas essas manifestações podem certamente ser reduzidas a uma unidade, pelo menos sob seu aspecto funcional: o papel de tutela e ação judicial dos preceitos da lei constitucional suprema.

Talvez o ponto mais importante seja encontrado na dimensão transnacional assumindo a influência que a justiça tem fenômeno constitucional como um fenômeno que transcende fronteiras, estabelecendo uma espécie de nova lei superior de um tipo de comunidade que, como tal, coloca um teto diferente sobre reconhecidas nas soberanias territoriais.

É típico de quem não trata de questões teóricas, mas de pragmatismo pura de ação jurisdicional. A tese é apresentada como justiça constitucional ou jurisdição constitucional. É o pensamento que vem da Europa, dominado em centrar o procedimento constitucional na atividade dos tribunais constitucionais.

Guerra Filho (2005, p. 14) diz que:

“Esse aperfeiçoamento da jurisdição constitucional é um imperativo do chamado Estado Democrático de Direito, enquanto este é uma

condição política para desenvolvimento autônomo do direito processual constitucional”.

Para o ilustre procedimentalista Almagro Nosete (1984, p. 157 e 158) diz:

“o fundador do direito processual constitucional foi, sem dúvida, o jurista vienense Hans Kelsen, inspirador do regulamento da Constituição Austríaca de 1920 de uma jurisdição cujo objetivo específico era a resolução de processos exclusivamente constitucional. A validade da constituição, de fato, é traduzida principalmente em a adaptação a isto das leis que o desenvolvem. Se as leis incorrerem contradição ou discordância com os preceitos constitucionais, os mandatos primários da lei suprema e a inconstitucionalidade é incorrida. A desordem ordenamento jurídico que, em cadeia, pode dar origem à multiplicidade de atos jurídicos, sujeitos a o cumprimento da lei inconstitucional, aconselha a instituição de órgãos e meios de comunicação remédios específicos para a injustiça”.

A justiça constitucional é, com efeito, constituído pelos procedimentos de aplicação da Constituição à resolução de casos controversos, embora não se limite apenas a isso. Ela também inclui a teoria da constituição como uma norma substancial. Desta forma a justiça constitucional deve ser concebida não como uma soma desses dois elementos, mas sim como a união de ambos, pois cada concepção da Constituição carrega em si uma concretização do procedimento, bem como cada concepção do procedimento implica uma concepção da Constituição. Não há *prius* nem *posterius*, mas uma implicação recíproca. Portanto, o termo justiça constitucional é muito longo para explicar o assunto em estudo, sendo preferível integrá-lo a mais duas noções, como a jurisdição constitucional, ou a magistratura encarregada de exercer em processos constitucionais, e direito processual constitucionais que seriam os trâmites tutelares das garantias e o princípio da supremacia constitucional.

Para Favoreau (1994, p. 13):

“Um tribunal constitucional é uma instituição criado para saber especial e exclusivamente sobre assuntos contenciosos constitucional, localizado fora do aparato judiciário ordinário e independente dele bem como o poder público. Um supremo tribunal, ou mesmo a câmara tribunais constitucionais de uma corte suprema podem ser jurisdições constitucionais, mas não são tribunais constitucionais”.

A falta de inteligência doutrinária para resolver a autonomia científica do direito processual constitucional pode levar a um questionamento de convergência onde ambos aceitam o que corresponde a cada um, ou assumir que devem coexistir razoavelmente, para que entre eles possam construir.

Questiona-se se é possível falar de um direito processual constitucional com referência ao conjunto de regras todas a serem interpretadas relativas ao estabelecimento de decisões constitucionais e a representação nestes de cargos subjetivas, as modalidades de atuação do tribunal constitucional, as características e efeitos de suas decisões: em síntese, as regras pelas quais a Constituição é colocada em posição de desenvolver a função de critério de julgamento prático para o resolução judicial de litígios relativos à sua esfera.

A perspectiva continental europeia, especialmente na Itália, Espanha e em menor medida na Alemanha, eles referem o ensino do procedimento constitucional ao campo desta última disciplina, tendo em vista que os tribunais constitucionais têm criado a necessidade de explicar o desenvolvimento de uma justiça especial que denominada "jurisdição constitucional". A preferência está na descrição do sistema normativo e exegese.

Por outro lado, há um olhar diferente que tenta localizar o direito processual constitucional no domínio da teoria geral do processo, a partir do qual em vez da natureza do conflito privado entre as partes, as consequências da lei públicas que emergem em conflitos constitucionais. Com esta base o direito processual constitucional como direito público, onde as garantias do processo são substanciais e nunca adjetivo. Ou seja, constituindo o processo constitucional em um conjunto de regras e princípios comuns (devido processo) a partir do qual pode projetar de procedimentos constitucionais especiais, como mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, etc.

Em suma, o desacordo sobre a área onde o estudo disciplina tem três posições diferentes:

- a) O primeiro deduz que a análise do direito processual constitucional é principalmente da responsabilidade do direito constitucional, uma vez que as questões emergem dele central no que se refere a "processos" e "conflitos" constitucionais, e mesmo dele surgem os trâmites processuais do caso (habeas corpus, mandado de segurança, etc.).
- b) Em segundo lugar, a disciplina está localizada como um capítulo da lei processual. Por exemplo, alguns dizem que o direito processual constitucional trata do conjunto normativo que regula o tribunal constitucional e os processos

que conhece. É um galho puramente processual, cuja natureza não oferece problemas diferentes dos de direito processual em geral. Porém, apesar da gravidade das reflexões, é difícil partilhá-los, uma vez que a matéria processual constitucional não pode ser identificada de forma única com a presença de um tribunal constitucional. Apenas olhando para um sistema de controle de diferente constitucionalidade, basta encontrar dificuldades de enquadramento.

Outros, na mesma linha, acreditam que as garantias constitucionais são processuais e, portanto, fazem parte da lei, norma adjetiva. Esta relação entre regras é importante, mas não definitivo para estabelecer uma determinada atribuição científica.

- c) A terceira é uma posição eclética. Em geral, ele responde a uma fórmula que reconheça elementos constitucionais e procedimentais, sem um oprimir, superar ou aprisionar o outro. Presume-se que a ciência não é suficientemente elaborada para que a localização final em uma dimensão de plena autonomia, é um risco que por enquanto não deve ser corrido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, conclui-se que depois de tantas exposições, não há dúvida de que o direito processual constitucional constitui o fenômeno jurídico de maior importância doutrinária.

Mesmo em direitos de evolução notável, como os derivados das relações de consumo, meio ambiente e direitos difusos, admitem contar com os paradigmas daquela.

Acontece também com a renovação dogmática da teoria do processo, onde o conceito de ação reconhece a influência constitucional, o acesso à justiça permanece enquadrado nas razões dessa disciplina, a eficácia e as modalidades de decisões que são proferidas para grupos de pessoas que transcendem os critérios litígios de consórcio tradicionais para se tornarem ações coletivas, eles também dizem abasteça-se de inovações do direito processual constitucional.

Por este motivo, a posição hesitante da doutrina mais transcendente que, por sua influência e fundamentos não podem ser substituídos, não parece aceitável, pois que demonstra porque a ciência do direito processual constitucional é autônoma do direito processual e independente do direito constitucional.

Não no sentido de afirmar que não tem nada a ver com eles, mas para definir o que levou de um e de outro para adotar uma característica própria que forneça modelos e razões para operadores do direito que devem trabalhar com suas fundações.

REFERÊNCIAS

ALMAGRO NOSETE, José. **Constitución y Proceso**. Barcelona: Bosch, 1984.

BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **La giurisdizione della libertà**. Milano: Giuffrè, 1987.

FAVOREAU, Louis. **Os tribunais constitucionais**. Barcelona: Ariel, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **Direito processual constitucional em perspectiva**. Biblioteca Jurídica de Porrúa Processo Constitucional nº 24. México: Porrúa, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos e fundamentais**. 4 ed. rev. E ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. **Direito processual constitucional**. São José da Costa Rica: Juricentro, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 8 ed. São Paulo: Método, 2008.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A. **Direito processual constitucional**. Lima: Grijley, 1997.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público**. São Paulo: LTr, 1985.

AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO – UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

SAMARA KAROLINE CAMPOS MARTINS:

Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro
Universitário São Lucas de Ji-Paraná/RO - AFYA⁶

MARLETE MARIA DA CRUZ CORREA DA SILVA

(orientadora)

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de fazer uma explanação jurisprudencial e doutrinária acerca da conquista das mulheres, ao longo da história até os dias atuais, apurar a desigualdade salarial, o impacto da inserção da mulher nas atividades laborais, os motivos que carecerem o surgimento de constituições voltadas à proteção da mulher no mercado de trabalho, as primeiras reivindicações para asseverar direitos e equidades do labor da mulher nas indústrias. A metodologia aplicada será a qualitativa de natureza explicativa, com a finalidade de deixar evidente cada ponto a ser discutido. Demonstra ainda que é ampla a discriminação salarial por gênero e a nomeação em cargos elevados, haja vista que são decorrentes de uma sociedade interligada a figura do patriarcado. Contudo, é inegável que a mulher vem destacando e crescendo no mercado de trabalho. Logo, este trabalho discorrerá a respeito das primeiras conquistas através de leis emergidas para assegurar a labuta da mulher, bem como direitos mais recentes salvaguardados, aspirando à equiparação salarial e a posição da mulher na mesma proporção e equidade que o homem, diante do mercado de trabalho.

Palavras-chave: Mulher. Desigualdade. Labuta. Conquista.

Abstract: The present work aims to make an explanation of jurisprudence and doctrine about the conquest of women throughout history until today, ascertain the wage inequality, the impact of the insertion of women in labor activities, the reasons that lack the emergence of constitutions aimed at protecting women in the labor market, the first claims to assert rights and equity of women's work in industries. The methodology applied will be qualitative of an explanatory nature, with the purpose of making evident each point to be discussed. It also shows that wage discrimination by gender and the appointment in high positions is widespread, given that they are the result of a society intertwined with the figure of patriarchy. However, it is undeniable that women have been standing out and growing in the job market. Therefore, this paper will discuss the first conquests through laws that emerged to ensure women's work, as well as more

⁶ E-mail: samarakarol-campos16@hotmail.com

recent rights safeguarded, aspiring to equal pay and the position of women in the same proportion and equity as men in the labor market.

Keywords: Woman. Inequality. Toil. Conquest.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica. 2.1 Período Colonial. 2.2 Revolução Industrial. 2.3 Primeira e Segunda Guerra Mundial. 2.4 As lutas femininas no decorrer da história. 2.5 O início da tutela do trabalho feminino. 2.6 A mulher nas legislações brasileiras. 3. Do Princípio da Igualdade e não Discriminação do Trabalho da Mulher. 4. Da proteção ao trabalho da mulher gestante. 4.1 Locais adequados de trabalho. 4.2 Da licença-maternidade. 4.3 Do período de amamentação. 4.4 Da estabilidade e garantia de emprego. 5. A proteção ao labor da mulher na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). 6. Da Jornada de Trabalho. 6.1 Da Hora extraordinária. 7. A situação atual da mulher no mercado de trabalho. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A constante luta feminina por direitos e garantias assegurou à mulher um reconhecimento não antes visto em diversas áreas da sociedade, como política e trabalho. É certo que as mulheres tiveram que lutar muito para alcançar esse notável feito, considerando a situação vivenciada por esta até o final do século XX.

A vida da mulher na sociedade nunca foi algo fácil, pois esta era submetida a situações em que o homem era quem detinha a maior parte dos direitos, ocasionando o que ficou conhecido como patriarcado. O patriarcado foi, e ainda é, uma forma de estrutura social em que o homem é quem tem a dominância sobre as questões familiares, políticas, trabalhistas e afins, ou seja, somente o homem tinha direito de opinar, enquanto a mulher não.

Dito isto, é importante salientar estas conquistas angariadas pelas mulheres ao longo dos anos; o que se fará ao longo desta pesquisa como meio de elucidar o quão importante é esta questão. A mesma será abordada primeiramente pelos apontamentos históricos de como ocorreu a evolução das mulheres no do mercado de trabalho, bem como quais medidas tiveram que adotar para chegara este ponto.

Em seguida, é importante frisar o quão importante são as questões de igualdade entre os gêneros, em que tanto homem, quanto mulher, tem os mesmo direitos e deveres perante a legislação nacional. Outro ponto importante a ser analisado é a questão da não discriminação de gênero, que deve ser adotado pelo sistema trabalhista nacional, sendo passível de crimes de responsabilidade para aqueles que não cumprirem com estas premissas.

É certo que a mulher é caracterizada como um elo mais frágil em relação ao homem, por isso precisa de uma maior amplitude de direitos trabalhistas, como é o caso da licença-maternidade, que também será foco desta obra.

Por fim, será demonstrado como a legislação nacional incluiu a mulher no mercado de trabalho através da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como a situação que esta tem vivenciado contemporaneamente dentro do mercado de trabalho, se a legislação tem sido cumprida da maneira correta ou não.

Desta forma conclui-se que o legislador crie mecanismos que protejam a mulher no mercado de trabalho, pois esta detém maior fragilidade que homem, podendo em muitos casos ser demitida em razões inconsistentes com o que versa a legislação, apenas pelo fato de ser mulher.

Para que esta pesquisa seja analisada, a metodologia a ser utilizada será a qualitativa de natureza explicativa, pois os pontos apresentados tendem a ser uma explicação do cenário que a mulher vivenciou na busca por seus direitos e garantias ao decorrer da história.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As lutas das mulheres, ao longo da história, foram grandes conquistas, chama atenção em razão da persistência da figura feminina mesmo diante do rótulo estabelecido pelo tecido social, já que a mesma tinha o propósito preestabelecido desde a infância, pois apresentava perante a sociedade, como um ser inferior, frágil, incapaz e submisso, que carecia casar, ser dona do lar e haver filhos desde cedo, haja vista não se admitia a mulher com idade mais tardia na condição de solteira, não poderia se prolongar na casa dos pais, uma vez que precisava cumprir a sua “função” imposta no âmbito social.

2.1 Período Colonial

Ressalta-se, no período colonial, que a família era comandada exclusivamente pela figura masculina, pois esse era o chefe do lar, em que os filhos e até mesmo a esposa deviam obediência. Ademais, as mulheres apresentavam-se totalmente dependente e subordinada ao homem. Outrossim, vale mencionar, também, acerca da aquisição de escravos, bastante acentuada nessa época, o qual os fazendeiros almejavam aos homens, tendo em vista que mostravam mais fortes que as mulheres fisicamente. As africanas eram adquiridas em quantidade menor, bem como abusadas sexualmente pelos “detentores de poder” a fim de atender a satisfação de prazeres extraconjugais. Assim, a mulher, nessa fase, demonstrava como um mero produto (MATOS; GITAHY, 2007).

O poder patriarcal manifesta-se de maneira intensificada, haja vista que a mulher, no período colonial, não tinha voz no do lar, podendo até mesmo apanhar, receber sermões e castigo do marido, quando não respeitava as normas emanadas no sistema familiar.

De acordo com Menin (2019, p. 71) assevera,

[...] o sistema patriarcal serviu de forma a explorar as mulheres nativas e as de origem africana de diversas formas. As mulheres eram as pessoas responsáveis pelas atividades domésticas e eram vistas como objeto dos homens colonos que as exploravam sexualmente fora de seus casamentos, fato que ocasionava a geração de filhos e que explica boa parte da miscigenação brasileira. Isto significa que o patriarcado tinha um lado estratégico para a colonização portuguesa, uma vez que o sexismo e o racismo denotavam o domínio do homem branco perante às mulheres, sejam elas suas próprias esposas traídas que suportavam a situação por conta do então considerado laço sagrado do casamento, ou suas amantes estupradas que não podiam se defender por conta do regime escravocrata presente.

Logo, enfatiza que no homem se concentrava todo poder no meio social e familiar, frisa-se a superioridade e a dominação masculina, em contrapartida à opressão e à inferioridade em relação à figura feminina. O sistema patriarcal é marcado pela dominação e a exploração, em razão da detenção de riqueza e meio de produção, enquanto a mulher era um ser submisso, a qual devia seguir as regras estabelecidas, já que não havia autonomia e independência (GOMES, 2019).

2.2 Revolução Industrial

A mulher por muitos anos restringiu aos afazeres domésticos, exercendo o papel de mãe, cônjuge e dona de casa, enquanto o marido era responsável pelo sustento do lar. Destaca-se que a esposa devia obediência e subordinação ao chefe da família que era o patriarca, o incumbido de promover a subsistência de todos.

Para Feitosa (2019), nesse cenário se deparava com uma mulher frágil e submissa, incapaz de confrontar elevados desafios, pois essa estava restringida às tarefas da residência.

O processo de evolução das indústrias provocou mudanças no tecido social, tendo em vista que neste período a procura por mão de obra feminina acentuou

desenfreadamente devido à ausência de normas de tutela ao trabalho da mulher, bem como em razão da remuneração baixíssima em comparação aos homens, mesmo subordinada às mesmas atividades que ao provedor da vivenda (COSTA, 2014).

Segundo Siqueira e Samparo (2017), a Revolução Industrial motivou a integração das mulheres em grande escala, não por motivos nobres, como a tutela por igualdade, mas sim por ser mais barata a mão de obra. Nessa perspectiva, é possível realçar que os donos de produção usaram demasiadamente do serviço da mulher, almejando à redução dos custos da manufatura.

Em concordância com Romar (2021), o resultado da eclosão das fábricas foi a inserção da senhora do lar no mercado de trabalho. Todavia, essa era desvalorizada, haja vista receber provento ífero ao chefe da família, como também não havia nenhuma proteção em relação ao período gestacional e de maternidade.

Ademais, a esposa "dependente" ganhou espaço no meio social e passou a labutar nas indústrias por longas jornadas, o trabalho era exaustivo, desempenhava funções além de suas forças, as condições de trabalho colocavam em risco a saúde, já que não existia nenhum equipamento de segurança, sendo assim, percebe-se que os locais eram precários. Logo, estavam sujeitas a condições indignas para garantir o provimento do lar (PRADO, 2017).

De acordo com o Bertolin (2015, p. 100),

Com a crescente industrialização nos grandes centros urbanos, as mulheres e as crianças chegaram a compor mais da metade da mão de obra nas fábricas e indústrias, principalmente nas de tecidos. Mas, por sua "condição inferior", percebiam salários inferiores aos dos homens, sendo chamadas, por isso, de "meias-forças".

A Revolução Industrial foi o primeiro passo de rompimento da figura da mulher "frágil, submissa e dona do lar", haja vista que a procura pela mão de obra feminina disparou nesse período, considerando-se que era mais barata, ela desempenhava a mesma função que o homem, contudo recebia de forma desigualitária. Submetia a longas jornadas, em condições prejudiciais à saúde, sem segurança alguma na labuta e não havia normas de proteção ao ofício exercido pela mulher. Com consequência para o empregador, correspondia uma vantagem utilizar dessa mão de obra, já que correlacionava ao custo-benefício.

A condição de inferioridade social a que estava submetida a mulher passou a ser o principal objeto de interesse da acumulação de capital. Sua passividade e submissão, desenvolvidas durante toda

uma história de opressão, passam a ser utilizadas para lhe impor o pagamento de salários inferiores ao do homem e jornadas de trabalho extensas (COSTA, 2014, p. 15).

Desse modo, o processo de Revolução Industrial proporcionou grandes transformações, foi um marco em que se destacou a inserção da mulher no mercado de trabalho, momento pelo qual a mulher passou a visar à independência financeira e pessoal, aspirar à busca pela qualificação no ofício, emergiram, também, as lutas por reivindicações pela igualdade salarial e de direitos.

2.3 Primeira e Segunda Guerra Mundial

Cabe salientar que a Revolução Industrial impulsionou a entrada da mulher no mercado de trabalho; mas o que realmente fez com que fosse em larga escala, foi com a primeira e segunda guerra mundial, tendo em vista que os homens partiram para a batalha com o objetivo de defender seu país, por consequência a mulher deparou-se com a necessidade de manter a família. A figura masculina quando reingressava ao lar, se encontrava debilitado em razão da guerra, ou mesmo acabava falecendo em defesa da pátria, fazendo com que a mulher permanecesse de frente aos negócios e provendo o sustento das proles, diante da ausência do chefe da família.

Os homens eram convocados a protegerem e defenderem suas pátrias nas batalhas, recaindo sobre as mulheres o comprometimento de ocupar o "espaço vazio" deixado pela figura masculina, tanto para tomar a rédea do lar, quanto para o mercado de trabalho. Fazendo com que a mão de obra feminina crescesse e se destacasse na economia (SANTOS; ALVES, 2016, p. 3).

A figura feminina, nesse período, trabalhava também na fabricação de munições e armamentos, pois a indústria estava voltada à necessidade proveniente do período de guerra. Portanto, decorrente desse acontecimento, do desenvolvimento tecnológico, mas também o crescimento industrial, ocorreu um aumento elevado da mão de obra feminina nas fábricas. Tal processo conquistou benefícios e garantias em leis a favor da mulher.

2.4 As lutas femininas no decorrer da história

Para o trabalho da mulher houve um papel fundamental e de extrema importância para o desenvolvimento e crescimento do tecido social, passando por diversas fases; a figura feminina forneceu contribuição à medida que a sociedade expandia, todavia foi totalmente desvalorizado o ofício da mesma.

A princípio, a dona do lar era como um ser inferior ao homem, servia para procriação e cuidar da prole, assim era impedida de executar serviço fora do ambiente familiar, tendo em vista que a atividade desempenhada pelo chefe da família não possibilitava a cônjuge exercê-la, pois representava inábil. Enfatiza-se que a incumbência de promover o sustento da casa estava concentrada na imagem do marido

Cabe salientar que as leis de proteção ao trabalho da mulher aconteceram de forma gradativa não apenas em razão da exploração demasiadamente da mão de obra feminina, mas também pelas condições degradantes empregadas na realização do labor, os salários indignos com a função desempenhada e a desproporção dos rendimentos em comparação aos homens.

A batalha feminina começa na Inglaterra, no ano de 1792, momento esse que almejava a equidade à democracia. Outrossim, destaca-se que visava o direito ao voto as pessoas do sexo feminino, visto que aspirava à participação no eleitorado (TOSI, 2016).

Esplandece o cenário da primeira greve norte-americana em que desencadeou a luta das donas de casa pelas normas de defesa ao trabalho, tal como: a redução da jornada de serviço. Contudo, acarretou a morte de 129 (cento vinte e nove) mulheres, falecerem queimadas numa ação policial repressiva à postulação aos direitos, tal dia ficou reconhecido mundialmente como o Dia Internacional da Mulher (OLIVA, 2007).

Realça-se, também, o episódio da primeira médica na história do Brasil, Rita Lobato Velho, a qual serviu de exemplo a outras mulheres (LOBO, 2017).

Menciona-se a luta pelo poder de labutar, sem a autorização do esposo, em 1922, consequência do empenho da pioneira do feminismo brasileiro, a Berta Lutz (SOUSA, 2012).

Em 1962, cita-se a criação do Estatuto da Mulher Casada, a qual servia para conferir às mulheres, o direito de laborar fora do lar, sem a necessidade de o marido permitir, como também a guarda dos filhos poderia ser fornecida a mãe em caso de divórcio (BRASIL, 1962).

Em 1960, a pílula anticoncepcional chega às farmácias nos Estados Unidos; no Brasil, foi apenas no ano de 1962, passou a ser comercializada, sobressalta-se que o movimento feminista não ocorreu apenas para ganhar espaço político e social, mas também no lar; a mulher conquista o poder de decisão no âmbito familiar (ALVES; ALVES, 2013).

Pontua-se que a conquista da figura feminina pela igualdade de gênero foi um processo lento e progressivo, que ocorreu ao decorrer da história, contudo, infelizmente, perdura a objeção da mulher diante do mercado de trabalho.

Segundo afirmam Matos; Gitahy (2007, p. 75) que, “Foi um processo evolutivo, gradual e constante. Conquistas que foram inserindo a mulher na sociedade como cidadã e igualando seus direitos”.

Releva-se que foram batalhas, que houve morte, agressão, derrotas e vitórias por direitos que até então não lhe eram conferidos. Além disso, enfatiza-se a discrepância pelo fato de ser mulher em razão da remuneração, da função exercida, o olhar fragilizado, a resistência ao conferir cargos de chefia, entre outros, fruto de um marco histórico não superado. Hodiernamente, com muito empecilho “a dona de casa” tem lutado pela equipolência na labuta. Infelizmente, permanece a diferença nos vencimentos pela condição de gênero, mesmo desempenhando a mesma atribuição que a figura masculina, porém, acaba por receber provento inferior. Ademais, a imagem de ser exclusiva à casa, aos filhos e ao marido, aos poucos, foram sendo modificadas pelas transformações socioculturais que a população atravessou ao longo dos anos. Assim, o convívio social careceu moldar diante das mudanças (JAVARO, 2016).

2.5 O início da tutela do trabalho feminino

Acentua-se que as primeiras normas de proteção ao ofício da mulher eclodiram na Europa.

Em 1842, na Inglaterra emergiu o “Coal Mining Act” serviu para vedar a labuta da figura feminina em subterrâneos. Já o “Factory Act”, em 1844, configurou-se para limitar a carga horária do serviço desempenhado pela mulher, sendo reduzido para 12 horas, bem como obstando a jornada noturna. O “Factory and Workshop Act”, em 1878, proibiu a ocupação feminina noturna, como também as funções perigosas e insalubres (LOPES, 2008).

Em 1902, aflora-se a Lei Carcano, o qual coibiu o ofício da mulher em locais subterrâneos e funda-se a licença à maternidade de quatro semanas após o nascimento da prole (SANTOS, 2017).

A primeira constituição a inserir leis voltadas a salvaguardar o emprego feminino foi a no México de 1917. Estipulou a redução da jornada para 8 horas diárias, censurou a labuta dos menores de 12 anos, bem como delimitou, também, a função desempenhada aos menores de 16 anos a uma carga horária de 6 horas diárias. No que tange ao labor noturno fixou em 7 horas, sendo concedido o direito ao descanso remunerado ao empregado. Destaca-se que o referido documento se atentou tratar da proteção à maternidade, remuneração mínima, a permissão de fazer greve, sindicalizar, à indenização no caso de dispensa, defesa a acidente no desempenho da ocupação e seguro social, preocupou com diretrizes direcionadas ao trabalhador (SILVA, 2012).

Desse modo, almejando reparar o mal causado pelo processo da eclosão das fábricas, buscou-se criar as primeiras legislações voltadas à proteção do trabalho da mulher. No decorrer dos anos surgiram, lentamente, leis asseverando tais direitos.

2.6 A mulher nas legislações brasileiras

A Constituição Imperial de 1824 salientava que só considerava cidadãos, os homens com 25 (vinte e cinco) anos ou aqueles que detinham renda de 100 mil réis, já as mulheres e escravos não englobavam a esse conceito de cidadão, estavam excluídos do contexto político (BRASIL, 1824).

Relata Calil (2000, p. 6) que,

O Brasil era, então, um jovem Império, havia apenas 10 anos deixava de ser uma colônia de Portugal, o escravismo era a grande fonte de mão-de-obra, a Constituição de 1824 praticamente ignorava a existência das mulheres a quem era negado o direito ao voto e maioria esmagadora das mulheres era mantida analfabeta.

Além disso, a primeira Constituição Republicana Brasileira foi de 1891 que estabeleceu o voto universal aos maiores de 21 (vinte e um) ano e alfabetizados, exceto mendigos, soldados, analfabetos, religiosos sujeitos ao voto de obediência, bem como a figura feminina, permanecia excluída do tecido social (BRASIL, 1891).

Conforme Gunther; Gunther (2014, p. 44), "Do mesmo modo, a Constituição de 1891 não mencionou expressamente a igualdade entre homens e mulheres".

Enfatiza-se que o decreto de n. 20.076/1932 conferiu o direito ao voto a todos cidadãos, maiores de 21 (vinte e um ano) de idade, alfabetizados, sem distinção de sexo, primeiro espaço de cidadania conquistado pelas damas (CABRAL, 2010).

Frisa-se que a Constituição Federal de 1934, voltada a um acontecimento pós-guerra mundial, foi promulgada pelo Chefe de Governo Provisório, Getúlio Vargas, o qual previa matéria de ordem constitucional. Abordava aspectos de ordem social, econômico, familiar, educacional e cultural, como também introduziu o voto secreto e feminino, percebe-se uma inclusão da mulher na vida política. Releva-se que a Constituição preocupou em abranger leis, em que cuidava da figura da mulher, tendo em vista que no período de Guerra Mundial, a mulher encontrava-se inserida nas indústrias, uma vez que a mesma se tornou a provedora do lar. Careceu deixar o lar em busca do sustento da família, já que o homem se deparava ausente, em tal cenário. Foi fundada, também, no referido documento, a Justiça do Trabalho, referia-se a normas direcionadas ao trabalhador, a jornada de trabalho estipulada na carga horária de 8 horas diárias,

incluindo o repouso semanal, férias remuneradas e direito a previdência social (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937, conhecida como Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas, o principal destaque é o reconhecimento dos trabalhos urbanos, mas também releva a integração da mulher no eleitorado como membro da sociedade civil e portadora de demanda legítima (BRASIL, 1937).

Com o surgimento da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, destinou-se um capítulo especial para tratar do trabalho desempenhado pela mulher, versou acerca das condições e duração do trabalho, vedou o tratamento discriminatório, disciplinou acerca da labuta noturna, o descanso semanal remunerado, locais e proteção ao ofício, licença à maternidade e as penalidades em caso de não cumprimento (BRASIL, 1943).

Cabe mencionar a respeito da Constituição Federal de 1946, o qual tratou-se da vedação do ofício da mulher em locais insalubres e asseverou o direito da gestante antes e após o parto. Adotou-se o direito a assistência médica, hospitalar e sanitária à figura feminina que aguardava a espera de um filho. Ademais, frisa-se, também, que no referido texto constitucional ficou proibido a desigualdade salarial por motivo de sexo. Assim, nota-se que assegurou direitos voltados a mulher diante do mercado de trabalho (BRASIL, 1946).

A Constituição Federal de 1967 permaneceu coibindo a dessemelhança do provento por razão do sexo, mas também obstou a ocupação da figura feminina em cenários insalubres das indústrias, proporcionou também o descanso remunerado à gestante, sem haver prejuízo da remuneração e o serviço. No que tange a previdência social, marca-se a salvaguarda à maternidade, bem como o direito à aposentadoria aos 30 (trinta) anos de labor, com permissão ao rendimento integral (BRASIL, 1967).

As proteções inerentes ao ofício da mulher foram ratificadas com a Emenda Constitucional do ano de 1969.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, direcionada a um Estado Democrático de Direito, com muitas garantias e benefícios ao trabalhador, especialmente à mulher, deixou de vedar o trabalho insalubre a figura feminina, passando a ser permissivo no âmbito das indústrias. Avulta-se que a referida Carta Magna de 1988 buscou acabar com a desigualdade em relação ao gênero, como também extinguir a elevação da figura masculina, a fim de atingir uma igualdade jurídica, em que homens e mulheres passam a ser análogos em direitos e obrigações (BRASIL, 1988).

3. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

Um dos grandes avanços em benefício da mulher, foi a Constituição Federal de 1988 que expandiu o direito à cidadania, aboliu a superioridade masculina e estabeleceu a igualdade inerente ao gênero. Homens e mulheres passaram a ser iguais em direitos e obrigações. O provedor do lar que era concentrado, outrora, na figura masculina, na contemporaneidade dividiu-se esse espaço com a “dona de casa” (DOS MATOS; GITAHY, 2007).

A Carta Magna foi de extrema importância para propagação e na defesa de direitos relacionados a mulheres na esfera do mercado de trabalho.

Nesse sentido, frisa-se, também, que a mulher aos 18 (dezoito) anos está apta ao trabalho, não carece da autorização do esposo, uma vez que o art. 446 da CLT, foi revogado, tratava do estatuto da mulher casada (BRASIL, 1943).

Certifica Romar (2021, p. 731),

A previsão constitucional da igualdade entre homens e mulheres se aplica a diversos aspectos da relação de emprego, como, por exemplo, em relação à capacidade para trabalhar e celebrar contrato de trabalho, ao cumprimento de jornada de trabalho igual e ao recebimento do mesmo salário para trabalho de igual valor.

A Constituição Federal de 1988 também preocupou em se atentar a proteção à maternidade e à infância. Da mesma forma, cabe enfatizar que o homem deixou de ser o chefe da casa para compartilhar esse recinto com a figura feminina, pois ambos estão no mesmo patamar, não há qualquer diferença jurídica entre eles. É extremamente importante pontuar que a Carta Magna de 1988 também vedou a diferença de rendimentos, fixou duração máxima da jornada de trabalho, não podendo exceder 8 (oito) horas diárias ou 44 (quarenta e quatro horas) semanais, atestou o direito à licença maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, sem que a mulher sofresse qualquer alteração no salário ou perda do emprego. Outrossim, o referido texto constitucional se ateve em proporcionar creches e pré-escolas às proles menores de 6 (seis) anos (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a equidade entre homens e mulheres positivado pela Constituição Federal de 1988, configura-se uma grande conquista à figura feminina, haja vista foram anos que a “dona de casa” devia total submissão ao chefe da família, já que era a única provedora do lar. Ocorre que ao longo da história passou-se por ruptura de paradigmas, constituições criadas para atender a proteção do serviço da mulher e resguardar um

espaço na sociedade, cenários marcados por lutas e reivindicações. Entretanto, ainda, com a promulgação da Carta Maior de 1988, mantém a obstinação quando se trata de igualdade de condições salariais e de oportunidades no âmbito do trabalho, não sendo superadas e combatidas.

4. DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER GESTANTE

As primeiras normas que versaram acerca do período gestacional, preocupou em conferir garantias, que até então não era asseverada, uma vez que a esposa servia tão somente para os afazeres domésticos. A Revolução Industrial provoca a inserção da figura feminina, por consequência acarreta transformações. Frisa-se que em 1909, na França, emergiu a primeira legislação regulamentando acerca dos benefícios da mulher gestante, disciplinando acerca do repouso não remunerado de 8 (oito) semanas, como também obstou o exercício de funções no âmbito do carregamento de coisas pesadas. Assim, salienta a Constituição do México em 1917, salvaguardou o repouso de 6 (seis) semanas antes e após o parto, bem como censurou ofício em que fosse necessário o emprego de uma demanda física, que pudesse trazer prejuízo ao bebê e à grávida. Regulamentou, também, o referido dispositivo sobre o pagamento do salário e a garantia no emprego (MARTINS, 2017).

A Lei Estadual Paulista n. 1596/1917, no Brasil, foi a primeira que tratou a respeito da labuta feminina na condição de gestante, o qual ratificou que era defeso a grávida desenvolver atividades nas fábricas, quando configurasse o último mês gestacional e no primeiro após o parto (MARTINS, 2017).

No que tange a Constituição Brasileira de 1934 indicou quanto a precaução ao repouso antes e depois do parto, não podendo haver perda do emprego e salário (BRASIL, 1934). As Constituições de 1937, 1946 e 1967 também certificaram as vantagens gestacional a fim de assegurar a mulher no mercado de trabalho, quebrar com a ruptura do paradigma que a única utilidade era ser dona de casa.

A Emenda Constitucional de 1969 referiu-se no dispositivo no tocante ao repouso remunerado antes e após o parto, ratificando o direito ao emprego e provento (BRASIL, 1969).

Ademais, acentua-se que a Carta Magna Maior, conhecida como a Constituição Cidadã de 1988, expandiu a prerrogativa da licença maternidade, sem gerar dispêndio no emprego e salário, por um lapso de 120 (cento e vinte) dias, e ainda propiciou a garantia desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto (BRASIL, 1988).

Desse modo, o surgimento da Constituição de 1988 provocou uma resistência aos donos da produção, já que passaram a preferir mulheres solteiras a casadas. Além disso, começaram a exigir exames a fim de comprovar que não estava à espera de um bebê, logo careceu a criação da Lei 9.029/95, o qual negou a imposição de atestados gestacionais ou esterilizações para uma possível admissão (LOPES, 2008).

4.1 Locais adequados de trabalho

A disposição acerca de locais apropriados ao trabalho, conforme artigo 389 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), dispõe que o local esteja em condições pertinentes, ou seja, iluminado, ventilado, confortável e digno ao trabalhador, cabe ao empregador fornecer equipamentos, banheiro, vestuário, armário e entre outros; conquista essas, marcada por um processo histórico conturbado, em que empregadores subordinavam a jornadas longas e em condições precárias de trabalho, em ambiente sujo e expostos a agentes nocivos à saúde (BRASIL, 1943).

Nesse contexto, enfatiza que as mulheres grávidas, como também em amamentação, são proibidas de laborar em condições que expõem ao benzeno, de acordo com a convenção n. 136 de 1971, certificado pelo Brasil, pois não pode trazer prejuízos à saúde do bebê e da mãe (SILVA, 2012).

4.2 Da licença-maternidade

A constituição de 1988 cuidou-se acerca da licença maternidade, uma condição especial em relação ao sexo feminino, no art. 7º, inciso XVIII, conferiu a duração de 120 (cento e vinte) dias, sem haver prejuízo do salário e emprego (BRASIL, 1988). Enfatiza-se que o art. 392 da CLT, também, assegurou o mesmo direito constitucional.

O momento em que não estiver exercendo atividade laborativa em razão da maternidade, receberá um provento correspondente à remuneração integral que ganhava. Haverá um prazo de 120(cento e vinte) dias para o salário-maternidade, podendo perceber com o início de 28 dias antes do parto e término 92 dias após o parto, tendo possibilidade de prorrogação. A ausência da gestante do ambiente laboral será determinada pelo atestado médico, a qual a notificará ao empregador a respeito do período inicial, ocorrendo, assim, nos 28 (vinte e oito) dias antes do parto (SCARAVONATTI; VAIDER, 2019).

No ano de 2021 foi promulgada a Portaria Conjunta n. 28, a qual prorrogou o prazo do salário maternidade, que passou a vigorar da seguinte maneira,

Art. 2º A segurada deverá requerer a prorrogação do benefício de salário-maternidade pela Central 135, por meio do protocolo do

serviço de "Solicitar prorrogação de Salário-Maternidade", a partir do processamento da concessão do benefício.

§1º O comprovante do protocolo de requerimento inicial de Salário-Maternidade conterá a informação de que é necessário requerer o serviço de prorrogação na forma do caput para os casos em que a segurada e/ou seu recém-nascido precisarem ficar internados após o parto, por motivo de complicações médicas relacionadas a este.

§2º Em caso de internação superior a 30 dias, deverá solicitar sua prorrogação a cada período de 30 dias, observado que o novo pedido de prorrogação poderá ser feito após a conclusão da análise do pedido anterior.

Essa licença conferida à mãe gestante, não impede de ser fornecida à mãe adotiva, tendo em vista não poder existir diferença entre filhos biológicos e adotados, carecendo ambos a proteção integral do Estado. O mesmo prazo proporcionado à gestante pela licença-maternidade, também precisa ser respeitado à adotante (COSTA, 2019).

Ademais, a licença-maternidade estende à empregada adotante ou a que obtiver a guarda judicial com o intuito de adotar uma criança ou adolescente. Por adolescente se entende até aos 18 (dezoito) anos incompletos. Outrossim, a licença-maternidade será concedida mediante a apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã, em conformidade com o descrito no art. 392-A, § 4º, CLT,

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Enfatiza-se também que não somente à mãe que já adotou o filho tem direito a licença-maternidade, mas também aquela que adquiriu a guarda provisória para fins de adoção, assim como aponta o art. 71-A da Lei 8.213/91,

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

§1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

§2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.

Nesta mesma linha, aponta-se a Lei nº 11.770/2008 criada pelo Governo Federal, conhecida como o programa Empresa Cidadã, o qual regulamenta a possibilidade da extensão do período de licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias. Contudo, tal prorrogação não é obrigatória, é uma faculdade da empresa, carece que contrate o benefício em compensação a mesma que goza das prerrogativas de incentivos fiscais (CARMIZINI; FINK, 2021).

Frisa-se que a referida lei supracitada também é garantida na mesma proporção à empregada que adota ou obtém guarda judicial para fins de adoção (ROMAR, 2021).

Portanto, a licença-maternidade tem como escopo a proteção à saúde da mãe e do bebê, além de visar assegurar um período gestacional tranquilo. É de suma importância ao desenvolvimento saudável da criança.

4.3 Do período de amamentação

O período de amamentação é o direito que concede a mulher a permissão de amamentar a prole até o 6 (seis) meses de idade, podendo ainda beneficiar no âmbito laboral de dois descansos especiais de meia hora cada. Vale ressaltar que também aplica aos filhos provenientes de adoção. A amamentação pode ainda ser estendida, se comprovada por autoridade competente, em concordância com o que pontua no art. 396, § 1º, da CLT,

Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.

§ 1º Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

De outro modo, é imperioso enfatizar que a empresa é obrigada fornecer um local próprio a fim de atender o período de lactação, quando houver mais de 30 (trinta)

mulheres, com idade superior que 16 (dezesesseis) anos, em consonância com o art. 389, § 1º, CLT,

Art. 389 - Toda empresa é obrigada:

[...]

§ 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

Desse modo, a amamentação é um direito fundamental estabelecido na legislação trabalhista com o escopo de proteger o menor, bem como aumentar o tempo de convívio entre a mãe e o filho, sendo extremamente necessário para o desenvolvimento saudável da criança. Em caso de descumprimento pelo empregador, suporta em forma de hora extraordinária, acrescida de reflexos (MODANÊS, 2018).

4.4 Da estabilidade e garantia de emprego

Ao falar em garantia de emprego, remete a ideia de temporário, uma vez que em razão da condição especial em que o empregado se encontra, fica o empregador vedado de dispensar durante um lapso temporal. Essa estabilidade provisória assevera ao trabalhador, a garantia do ofício, não podendo submeter a uma dispensa arbitrária, exceto se for por justa causa ou força maior (PORTO, 2013).

Cabe destacar acerca da estabilidade conferida a mulher gestante, a qual inicia com a confirmação da gravidez, após a ratificação dos exames médicos, não basta a mera concepção, perdurando até os cinco meses após o parto, passa assim ser abrangida por uma garantia constitucional, pois fica sob o manto da estabilidade provisória, conforme dispõe o art. 10, inciso II, alínea "B", do Ato das Disposições Constitucionais,

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...]

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

[...]

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A estabilidade no ofício atestadas às empregadas gestantes urbanas, salvaguarda também as rurais, bem como as no âmbito doméstico, segundo art. 25, parágrafo único, da Lei Complementar n. 150/2015, segue,

Art. 25. A empregada doméstica gestante tem direito a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, nos termos da Seção V do Capítulo III do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Parágrafo único. A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea "b" do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ademais, salienta também que a mera alegação do empregador no sentido do desconhecimento do estado gravídico, não afasta a obrigação de pagar indenização decorrente da estabilidade, entendimento este, jurisprudencial, conforme a Súmula 244, I, do TST (BRASIL, 2012). Essa responsabilidade parte de um dano objetivo, o qual o empregador assume ao firmar contrato de trabalho com uma mulher.

Outrossim, em razão da garantia de emprego, a condição de grávida assevera contra dispensas imotivadas, ou seja, sem justa causa, podendo sujeitar apenas aquelas que houver fundamentação para tanto, sendo assim por motivos econômicos, disciplinares, técnico, segundo previsão no art. 482 da CLT (BRASIL, 1943).

Além disso, a dispensa arbitrária implica na reintegração ao emprego, se ocorrer durante o lapso temporal da estabilidade. Ao contrário, restringe apenas aos salários e outros direitos decorrentes da estabilidade (SÚMULA 244, II, TST).

Ressalta-se que ocorrendo morte da criança após o parto, assegura à estabilidade a mulher até o quinto mês. Isso não ocorre em caso de aborto espontâneo, o entendimento jurisprudencial é que perdura tão somente ao período em que esteve grávida. Logo, a estabilidade gestacional remete ao aspecto de proteção à maternidade, sendo uma garantia constitucional, o qual é irrenunciável pela empregada, não podendo cláusula de convenção e acordo coletivo alterar tal direito, pois se não é nula de pleno direito (ROMAR, 2021).

5. A PROTEÇÃO AO LABOR DA MULHER NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS (CLT)

Cabe mencionar, primeiramente acerca do Decreto n. 21.417/1932, o qual vedou a labuta das mulheres nas minerações, no horário noturno, bem como em funções insalubres e perigosas. Realça que, asseverou a equidade de proventos em relação ao gênero, a proteção à maternidade, por um lapso temporal de apenas 4 (quatro) semanas após o nascimento da criança, sendo permitida a extensão em 2 duas semanas, caso ficasse comprovado a necessidade imperiosa, mediante atestado médico (LOPES, 2008).

Destarte, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) atentou-se a destinar um capítulo especial a proteção à mulher, visando à inserção da mesma no mercado de trabalho, tais direitos tratados no referido documento foram: o tempo e modo de trabalho, a labuta noturna, meios e o estabelecimento da execução de serviço, descansos, a licença maternidade e outros (BRASIL, 1943).

Assim, nota-se a necessidade de tutelar a labuta feminina que até então, não havia essa preocupação, já que ficava a margem da sociedade, excluída do contexto social. Na contemporaneidade, devida à participação ativa da mulher no mercado, houve a imprescindibilidade de criar normas que garantissem os direitos de forma isonômica ao homem.

6. DA JORNADA DE TRABALHO

Com o surgimento da Carta Magna de 1988, a Constituição Federal, passou a regulamentar acerca da jornada de trabalho, o qual tem como duração normal de trabalho 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, aplicada assim a qualquer trabalhador, não importando o gênero, bem como é facultada a compensação de redução através da previsão no acordo ou convenção coletiva do trabalho, segundo art. 7, XIII, CF/88 (SCARAVONATTI; VAIDER, 2019).

Além disso, não pode existir discriminação de salário entre homem e mulher, conforme art. 7, XXX, CF/88. Com a eclosão da Lei n. 7.855/89 deixa de existir a vedação do trabalho noturno da mulher, revogando os artigos 379 e 380 da CLT. Sendo assim, passa também a ser permissivo o labor da figura feminina em ambientes insalubres e perigosos, que até então era vedado, sendo revogado o art. 387 da CLT, por meio da Lei n. 7.885/89 (ROMAR, 2021).

6.1 Da hora extraordinária

As horas extraordinárias eram vedadas na CLT no que se refere ao trabalho da mulher, senão em duas situações: primeira: quando havia compensação de horas, segundo o art. 374 da CLT; segunda: apresentava por motivo de força maior, conforme art. 376 da CLT. Ocorre que a Lei n. 7885/89, em seu art.13, revogou o art. 374 da CLT, e a Lei n. 10.244/2001 revogou o art. 376 da CLT, com o objetivo de evitar qualquer discriminação entre homem e mulher (SCARAVONATTI; VAIDER, 2019).

7. A SITUAÇÃO ATUAL DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Conforme já demonstrado nesta pesquisa, as mulheres lutaram muito ao longo dos anos para terem seus direitos e garantias assegurados nas legislações mundiais, sejam garantias sociais, sejam políticas, ou trabalhistas; elas conseguiram um destaque maior na comunidade social, mas isto só veio através de luta e sofrimento.

No que diz respeito aos direitos trabalhistas, têm-se diversas vitórias perpetradas pelas mulheres como: possibilidade de poder trabalhar sem precisar de algum tipo de autorização; vagas destinadas às mulheres; direito de igualdade previsto na Constituição; direitos de se afastar do trabalho caso seja mãe; dentre outros.

Conforme aponta o relatório do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no ano de 2000 havia cerca de 24 milhões de mulheres empregadas em todo o país, o que equivale a cerca de 38% da porcentagem total. Já no ano de 2010 este valor saltou para 35,8 milhões, o que equivale a cerca de 42% do valor total (BRASIL, 2010).

Na sociedade contemporânea as mulheres estão à frente de muitas organizações, todavia ainda existem resquícios dos séculos passados, limitando o mundo feminino em pleno século XXI. No mercado de trabalho as mulheres ainda recebem sistematicamente menos que os homens, e enfrentam diariamente problemas, como a discriminação de gênero, o assédio, a imposição de padrões de beleza e o machismo, ainda presentes nas empresas. Num passado não muito remoto, as mulheres viviam em casa, somente para um universo de trabalhos domésticos, doutrinadas desde cedo para a submissão aos homens e pouco sabiam sobre sua sexualidade e seu corpo (SEGGIARO, 2017, p. 84).

Ademais, na contemporaneidade em decorrência do coronavírus (COVID 19), emergiu a necessidade das adaptações sociais ao novo contexto social, logo careceu a eclosão da lei 14.151/2021, o qual passou a vigorar em 13 de maio de 2021, justamente para regulamentar acerca do deslocamento das atividades das mulheres no período gestacional presencial a ser realizada a domicílio, por meio do teletrabalho, remoto, ou à distância, enquanto perdurar o cenário de emergência da saúde pública nacional,

decorrente do Coronavírus; segundo o artigo 1º da referida legislação. Tratou-se de ressaltar a importância de salvaguardar o direito à vida do nascituro, não apenas da gestante. A norma supracitada não se aplica aos quadros dos funcionários públicos, sejam em comissão ou regidos pelo regime do Direito Administrativo. Também não cabe a diaristas e empregadas autônomas (CALCINI; CARVALHO, 2021).

Não havendo possibilidade da conversão do trabalho presencial ao remoto, por incompatibilidade da função, tal como cozinheira, garçom e outros; aplica-se nesse sentido o pagamento da remuneração correspondente ao cargo da empregada, mesmo não existindo a prestação de serviço, sendo essa quitada pelo empregador, até que dê início ao salário-maternidade, percebendo, assim, pela previdência social (BRITO, 2021).

O preceito em tela não dispõe acerca das penalidades específicas pela não observância, logo remete a ideia da aplicação da legislação geral ao caso concreto. Em razão do descumprimento, salienta as possibilidades que podem incidir, remete-se ao artigo 483 da CLT, que elenca a hipótese de rescisão indireta pelo empregado, podendo, assim, pleitear a indenização, diante da exigência de serviço defeso em regulamento, a ocorrência de perigo manifesto e não efetivação das obrigações contratuais por parte do empregador (VIANNA; SANTOS; DESTE, 2021).

Por conseguinte, sobreleva-se que a imposição legal serviu para garantir a estabilidade e a segurança jurídica nas relações de trabalho, assim almeja proteger à saúde da trabalhadora gestante e o nascituro, em virtude da vulnerabilidade no momento gestacional.

Corroborando com o entendimento trazido pela lei n. 14.151/2021, a sentença da 11ª Vara do Trabalho da Zona Sul de São Paulo, o qual condenou a empresa a afastar a empregada gestante das atividades presenciais, sem prejuízo da remuneração no processo nº 1000589-62.2021.5.02.0711, conforme sentença abaixo,

Em razão do quanto exposto e à vista do que mais dos autos consta, julgo PROCEDENTES os pedidos formulados por Jaiane Baudison Lemos, para deferir a tutela de urgência requerida, bem assim condenar Ultra Fácil Drogaria & Preço Fácil Cosméticos Ltda. na obrigação de fazer consistente no imediato afastamento da autora das atividades presenciais, sem prejuízo da remuneração. A reclamante deverá permanecer à disposição da reclamada para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância. A obrigação de fazer deferida deverá ser cumprida pela reclamada, no prazo de cinco dias a contar da intimação da presente decisão. O

descumprimento da obrigação ora fixada, seja em virtude de determinação para retorno às atividades antes do encerramento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do novo coronavírus, seja em razão do não pagamento da remuneração devida, inclusive considerando a suspensão do contrato de trabalho proposta, sujeitará a ré ao pagamento de multa diária no valor de R\$ 500,00, até o limite de R\$ 10.000,00. (TRT- SP: 1000589-62.2021.5.02.0711, Data de Julgamento: 28/07/2021, 11ª Vara do Trabalho)

Outrossim, a Consolidação das Leis Trabalhistas destinou a Seção XIII, capítulo V, para tratar especificamente acerca da segurança e a medicina do trabalho (BRASIL, 1943). É importante ressaltar que conforme prevalece no art. 6 da CF/88, a saúde apresenta-se como um direito de todos (BRASIL, 1988). Assim, assevera-se também aos empregados, no que diz respeito à segurança, à higiene, às condições de trabalho, modo, os meios utilizados, tudo visando uma melhor qualidade ao trabalhador.

Ademais, a empregada que presta serviço em ambiente insalubre tem direito de perceber o adicional de insalubridade no percentual de 40% em grau máximo, 20% em grau médio e o 10% em grau mínimo, calculados sobre o salário-mínimo nacional. Nesse sentido, a Constituição Cidadã de 1988 reconheceu o direito ao adicional na remuneração em virtude das atividades insalubres executadas, segundo art. 7, inciso XXIII (PAVAN, 2020).

Do mesmo modo, o trabalhador terá esse direito quando estiver sendo submetido a agentes nocivos à saúde, bem como superior aos limites regulamentados pelo Ministério do Trabalho e Emprego. No que se refere a trabalhadoras gestantes e lactantes, em razão das radiações ionizantes e prejudiciais ao bebê, prevê o afastamento das funções em locais insalubres, quando desenvolver o ofício em ambientes insalubres em grau máximo, médio, mínimo, ou qualquer outro grau, segundo art. 394-A da CLT (PAVAN, 2020). Assim, a lei n. 13.467/2017 que adicionou na CLT, o art. 394-A, vedou ao cargo da mulher gestante e lactante que fosse empregada em locais insalutíferos ao bem-estar.

Outro ponto a ser frisado, além do afastamento das gestantes das atividades presenciais e insalubres são também a respeito da luta diária das mulheres em relação à equiparação na mesma proporção e equidade que os homens, ou seja, a garantia de direitos iguais. Não havendo distinção por gênero, o que se faz presente principalmente nas questões trabalhistas. Conforme foi demonstrado anteriormente, as mulheres não detinham voz ativa, apresentava como um mero objeto do marido, o qual devia total subordinação e obediência, assim não podiam laborar fora do lar, consequentemente

não podia ocupar cargos de grande valia dentro de empresas, o que pouco a pouco está sendo sanado ao passar dos anos.

Doutro giro, nota-se também que, com o avanço das conquistas perpetradas pelas mulheres, outro fator que ficou evidente se refere ao quesito educação, onde o número de mulheres com nível superior teve um aumento significativo ao passar dos anos, e tende a aumentar cada vez mais, o que proporciona ainda mais oportunidades de emprego.

Na população com 25 anos ou mais, 19,4% das mulheres e 15,1% dos homens tinham nível superior completo em 2019. A parcela da população com instrução vem avançando, mas as mulheres se mantêm nos últimos anos com maior grau de instrução. Em 2012, eram 14% das mulheres com ensino superior e 10,9% dos homens (SARAIVA; CARNEIRO, 2021, p. 1).

Contudo, apesar de as mulheres serem mais dedicadas nos estudos, e possuírem grau de instrução maior que os homens, não impediu a discriminação no mercado de trabalho, percebendo valores inferiores que os homens e, ainda, ocupando menos cargos de chefia que estes.

Sobre isso, Nielmar Oliveira (2019, p. 1) aponta que, "em 2018, por exemplo, a mulher ocupada de 25 a 29 anos de idade recebia 86,9% do rendimento médio do homem; quando a faixa etária subiu para o intervalo de 30 a 39 anos este rendimento caiu para 81,6%; reduzindo na faixa entre 40 e os 49 anos: 79,4%".

Assim, percebe-se que, apesar das conquistas já efetivadas pelas mulheres ainda há muito pelo que lutar, pois uma vez que os homens recebem valores superiores às mulheres em mesmo cargo, a premissa exposta no art. 5º da CF/88 se perde no tempo, fato que jamais poderia ocorrer.

É certo que muitos direitos já foram conquistados, mas ainda há que se batalhar por uma conquista total de direitos, para que não ocorram mais casos de discrepância salarial, ou privilégios por questão de gênero. As mulheres jamais irão parar de lutar por seus direitos, mas toda a sociedade também precisa acolher essa luta, e brigar pela igualdade de gênero em todos os setores sociais.

8. CONCLUSÃO

A luta perpetrada pelas mulheres ao longo dos anos garantiu uma imensidão de direitos a longo prazo, é certo que atualmente as mulheres detêm um maior espaço

dentro das questões sociais em diferente a meados do século XX. Diversos fatos históricos contribuíram para isso, como o destaque das mulheres na revolução industrial, primeira e segunda guerras mundiais, luta por direitos, e afins.

Esta constante luta serviu para demonstrar o quanto as mulheres queriam espaço nas questões sociais, políticas e trabalhistas, e o quanto elas não mais admitiriam serem subordinadas do sistema patriarcal.

Salienta-se que a entrada da mulher no mercado de trabalho ocorrer de forma mais tardia, acarretou a submissão a salários e a cargos mais baixos, com jornadas longas, bem como remuneração discrepante em comparação aos rendimentos do homem. As batalhas por equidades percorreram por vários anos, até a eclosão de legislações que trouxessem a igualdade de gênero, a proteção à maternidade e a vedação da diferença salarial.

De certo modo as mulheres conseguiram conquistar o seu “espaço vital” dentro dessas questões, e assim, conseguiram mostrar a toda a sociedade que são capazes de fazer o mesmo que os homens, e por tal questão, também devem ter seus direitos e garantias em plena isonomia, assim como prevê a Carta Magna de 1988.

Apesar de todas as conquistas já alcançadas pelas mulheres, ainda há sim, demasiada discriminação por gênero nos setores trabalhistas nacionais, seja no setor privado, quanto no público, fato este que jamais poderia ocorrer dentro de uma sociedade democrática de direitos, onde a principal premissa é a igualdade.

Dito isto, é importante frisar que, para que haver uma efetivação na diminuição dos casos discriminatórios trabalhistas em relação ao gênero, é necessário que o Estado se faça presente para garantir políticas públicas em relação a esta situação da discriminação das mulheres, ou seja, que este formule medidas que venham a ser efetivadas com findo de garantir às mulheres os direitos que estas, tanto batalharam para conquistar. Se faz necessário que o Estado atue no sentido de incluir os direitos femininos dentro de todos os setores sociais, combatendo a desigualdade de provento, pois este não beneficiaria apenas as mulheres, mas todo um contexto socioeconômico em que essas se encontram inseridas, já que poderia proporcionar uma equiparação no que diz respeito ao rendimento, às condições de equidade inerentes ao ofício, por conseguinte uma elevação na renda familiar. Atingindo um provento elevado, provoca um crescimento econômico e um desenvolvimento mais sustentável tanto no ambiente familiar, como laboral, auferindo por consequência isonomia de oportunidades, direitos e de tratamento por gênero.

9. REFERÊNCIAS

ALVES, A. C. F.; ALVES, A. K. da S. **As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres.** IV Seminário CETROS, Fortaleza: UECE, 2013.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Direito do Trabalho no Brasil de 1930 a 1946.** Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL, Casa Civil. Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Casa Civil. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Casa Civil. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 03 de out. 2021.

BRASIL, Casa Civil. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Casa Civil. Lei Complementar n. 150, de 1 de junho de 2015. **Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de Gênero**. 2010. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-1,1,2,-2,-3,128&ind=4728>>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Ministério da Economia. Portaria Conjunta n. 28, de 19 de março de 2021. **Prorrogou do benefício de Salário-Maternidade**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-28-de-19-de-marco-de-2021-309562565>>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 244**. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, TRT 2ª Região. **Processo n. 1000589-62.2021.5.02.0711**. 11º Vara do Trabalho de São Paulo, DJ: 28/07/2021.

BRITO, Ednaldo. **A suspensão do contrato de trabalho da empregada gestante e a Lei 14.151/2021**. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/91044/a-suspensao-do-contrato-de-trabalho-da-empregada-gestante-e-a-lei-14-151-2021#:~:text=Lei%2014.151%2F2021-,A%20suspens%C3%A3o%20do%20contrato%20de%20trabalho%20da,e%20a%20Lei%2014.151%2F2021&text=Publicado%20em%2006%2F2021%20.,Elaborado%20em%2006%2F2021%20.&text=A%20lei%20editada%20por%20conta,sem%20preju%C3%ADzo%20de%20sua%20remunera%C3%A7%C3%A3o.>>. Acesso em: 03 out. 2021.

CABRAL, R. L. **Constituição e sociedade: uma análise sobre a (re) formulação da arquitetura do Estado-Nação na Assembleia Nacional Constituinte de 1933**. 2010.

Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Paulo, 2010.

CALCINI, Ricardo; CARVALHO, Aurea Maria de. **Afastamento da empregada gestante sob a ótica da Lei 14.151/2021**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/pratica-trabalhista-afastamento-empregada-gestante-otica-lei-141512021>>. Acesso em: 03 out. 2021.

CALIL, L. E. S. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.

CARMIZINI, G. D. G.; FINK, R. L. R. **Viabilidade Jurídica acerca da ampliação da licença maternidade**. 2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/352043096_Viabilidade_juridica_acerca_da_ampliao_da_licenca_maternidade>. Acesso em: 03 out. 2021.

COSTA, Ana Alice. A mulher na força de trabalho. **Revista Feminismos**. Vol. 2, n. 2, mai./ago., 2014.

COSTA, Marcelo Bacchi Corrêa da. **Inconstitucionalidade da fixação de prazos diferentes na Licença-adorante**. 2019. Disponível em: <<https://marcelobacchi.jusbrasil.com.br/artigos/798166303/inconstitucionalidade-da-fixacao-de-prazos-diferentes-na-licenca-adorante>>. Acesso em: 03 out. 2021.

FEITOSA, Y.S. **Evolução da mulher no mercado de trabalho**. 2019. Dissertação (Graduação em Administração) – Faculdade de Administração, Centro Universitário Doutor Leão Sampaio Unileão de Juazeiro do Norte, Ceará, 2019. Disponível em: <<https://unileao.edu.br/repositoriobibli/tcc/YASCARA%20SOARES%20FEITOSA.pdf>> Acesso em: 03 out. 2021.

GOMES, Livia Daiane. **A origem do patriarcado: da veneração à opressão da mulher**. 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, Brasília/DF, 2019.

GUNTHER, L. E; GUNTHER, N. G. S. A igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 32, p. 39-63, 2014. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/94255>> Acesso em: 03 out. 2021.

JAVARO, Gabriele de Almeida Troia. **Mulher no volante, lucro constante: o estudo do comportamento feminino no marketing automobilístico**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Bauru/SP, 2016.

LOBO, Franciso Bruno. **A primeira médica brasileira**. UFRJ, 2017.

LOPES, Rosângela Curis. **A evolução do trabalho da mulher**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2008.

MATOS, M. L.; GITAHY, R. R. C. A evolução dos direitos da mulher. **Revista Colloquium Humanarum**, v. 4, n. 1, p. 74-90, jun. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENIN, Márcia Maria. O patriarcado no direito de família brasileiro: uma história de desconstrução e permanência. **Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares**. Vol. 14, n. 1, p. 69-82, jan./dez. 2019.

MODANÊS, Carlos. **Empregada tem Direito à dois Intervalos para Amamentação Durante a Jornada de Trabalho**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64863/empregada-tem-direito-a-dois-intervalos-para-amamentacao-durante-a-jornada-de-trabalho>>. Acesso em: 03 out. 2021.

OLIVEIRA, Nielmar de. **Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE**. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibge>>. Acesso em: 03 out. 2021.

PAVAN, Verônica. **A proteção do mercado de trabalho da mulher e a reforma trabalhista: realidade e perspectivas**. São Paulo: Dialética, 2020.

PORTO, Leiliane da Silva. **Proteção de emprego**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2013.

PRADO, A. L. Mulheres e o mercado de trabalho - uma lenta evolução. **Conteúdo Jurídico**, Brasília/DF, 2021. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51132/mulheres-e-o-mercado-de-trabalho-uma-lenta-evolucao>> Acesso em: 03 out. 2021.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquemático**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SANTOS, B. M. dos; ALVES, J. S. A Evolução da Mulher no Mercado de Trabalho: Comparação entre Ontem e Hoje. **Revista FABE**, vol. 6, n. 8, Bertioga, 2016.

SANTOS, Taená Cristine dos. **A vulnerabilidade do mercado de trabalho da mulher**. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

SARAIVA, Alessandra; CARNEIRO, Lucianne. **IBGE**: Mulheres têm mais acesso ao ensino superior, mas ainda são minoria em áreas como engenharia e TI. 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/03/04/ibge-mulheres-tem-mais-acesso-ao-ensino-superior-mas-ainda-sao-minoria-em-areas-como-engenharia-e-ti.ghtml>>. Acesso em: 03 out. 2021.

SCARAVONATTI, Eduarda Cristina; VAIDER, Kalynca. **Proteção ao trabalho da mulher no Brasil**: discriminação e maternidade. São Miguel do Oeste: Unoesc, 2019.

SEGGIARO, Felipe Balestrin. Mulheres no mercado de trabalho: análise das dificuldades de gênero enfrentadas pelas mulheres do século XXI. **Revista Metodista de Administração do Sul**, vol. 2, n. 1, p. 83-107, 2017.

SILVA, Cássia Cristina Moretto da. A proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 4, n. 7, p. 274-301, Curitiba: jun./dez., 2012.

SIQUEIRA, D. P; SAMPARO, A. J. F. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. **Revista Direito em Debate**, Rio Grande do Sul, v. 26, n. 48, p. 287-325, 2017. Disponível em <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7233>> A cesso em: 03 out. 2021.

TOSI, Marcela. **A conquista do direito ao voto feminino**. 2016. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>>. Acesso em: 03 out. 2021.

VIANNA, C.; SANTOS, C. A. S. dos; DESTE, J. A. **Lei 14.151/2021**: descumprimentos e consequências. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/347653/lei-14-151-2021-descumprimentos-e-consequencias>>. Acesso em: 03 out. 2021.

MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A NOVA LEI Nº 14.064/20 (LEI SANSÃO)

BIANCA SÓRIA: Bacharela do curso de Direito, do Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC)⁷

EDUARDO CURY.

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo central analisar a Lei nº 9.605, popularmente conhecida como “Lei de Crimes Ambientais”, criada em 12 de fevereiro de 1998 e outras tutelas legais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, além da recente mudança na Lei supracitada por força da nova “Lei Sansão” (Lei nº 14.064/20). A elaboração desse trabalho baseou-se em artigos científicos já publicados, monografias, legislação e história, sendo utilizado o método dedutivo. Ainda, analisa-se o Projeto de Lei nº 6054/2019 aguardando em pauta, uma possível alteração da disposição sobre a natureza jurídica dos animais. Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, os mesmos são considerados “coisas” e este Projeto preconiza a alteração de sua natureza jurídica, transformando-os em sujeitos de direito. Trata-se de um tema de grande relevância jurídica atual, tendo em vista que os animais não possuíam previamente um amparo jurídico favorável e à vista disso, houve mudanças significativas nas previsões jurídicas. Porém, essa espécie de crime ainda ocorre com bastante frequência, devido às lacunas deixadas pela lei, juntamente com mínimas sanções impostas – além de possibilidade de substituição das mesmas, em relação à gravidade do crime. Apesar da recente mudança que majorou a pena de maus-tratos de 2 a 5 anos, esta se aplica apenas a cães e gatos.

Palavras-chaves: Maus-tratos animais. Legislação. Lei Sansão. Natureza Jurídica.

ABSTRACT: The main objective of this work is to analyze Law No. 9.605, popularly known as “Environmental Crimes Law”, created on February 12, 1998 and other legal protections provided for in the Brazilian Legal System, in addition to the recent change in the aforementioned Law by force of new “Sansão Law” (Law nº 14.064/20). The elaboration of this work was based on scientific articles already published, monographs, legislation and history, using the deductive method. Furthermore, Bill No. 6054/2019 is analyzed, waiting on the agenda, for a possible change in the provision on the legal nature of animals. Currently, in the Brazilian legal system, they are considered “things” and this Project advocates the change of their legal nature, transforming them into subjects of law. This is

⁷ E-mail: biancasfs15@gmail.com

a topic of great legal relevance today, considering that animals did not previously have a favorable legal protection and, in view of this, there were significant changes in legal provisions. However, this type of crime still occurs quite frequently, due to the loopholes left by the law, together with the minimum sanctions imposed – in addition to the possibility of their replacement, in relation to the seriousness of the crime. Despite the recent change that increased the penalty for mistreatment from 2 to 5 years, this only applies to dogs and cats.

Keywords: Animal abuse. Legislation. Sansão Law. Legal Nature.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos antigos, a busca pelos direitos dos animais é um tema recorrente e muito debatido na sociedade, pois, assim como os seres humanos, os animais também possuem sentimentos, são passíveis de sensações e apresentam discernimento, mesmo que não consigam se expressar através da fala. No entanto, a sociedade ainda diverge em seu posicionamento, havendo um grupo que acredita se trataram de seres não humanos submissos ao homem, e outro que já considera os animais como seres não humanos iguais ao homem.

A legislação brasileira em rasas passagens dispõe sobre os direitos dos animais, encontrando-os na Lei de Crimes Ambientais, na Constituição Federal de 1988, no Código Penal e na mais recente conquista - a Lei nº 14.064/20, desenvolvidas no decorrer deste artigo. Analisando a legislação acerca do tema supracitado, questiona-se: A Lei tem sido efetiva nesse sentido? Quais são as causas que refletem diretamente nesse cenário? A nova "Lei Sansão" trouxe mudanças significativas? Como o Direito Civil pode contribuir na mudança dessa realidade?

A priori trata-se de um tema apaixonante, que reflete diretamente na moralidade de cada ser e vai muito além disso, pois visa a busca pelo respeito para com os animais e seus direitos fundamentais, que embora já sejam previstos em Lei Federal, necessitam ainda de mudanças significativas.

2 CONCEITUAÇÃO E FORMAS DE MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS

Trata-se de um crime habitual, que ocorre em diversos lugares ao redor do mundo. Num sentido mais estrito os dicionários apontam maus-tratos aos animais como: "delito de quem submete alguém sob sua dependência ou guarda, a castigos imoderados, trabalhos excessivos e/ ou privação de alimentos e cuidados, colocando-lhes assim, em risco à vida e a saúde".

Num sentido mais amplo a Lei de Crimes Ambientais, ou seja, Lei nº 9.605/98 dispõe no artigo 32 o conceito de maus-tratos aos animais: “trata-se de toda ação ou omissão da crueldade que cause ferimentos ou mutilação, resultando em dor ou sofrimento a quaisquer animais, sejam eles domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (BRASIL, 1998).

A verdade é que os maus-tratos animais vão muito além deste conceito superficial estabelecido pela Lei, o que muitos indivíduos não têm conhecimento. As práticas como o abandono (abandonar o animal em qualquer local, sem a intenção de voltar), agressões físicas (desde mantê-los presos através de corda, correntes ou qualquer outro objeto, até envenenamento), submissão a lugares não arejados, pequenos, sem entrada de luz e com higiene precária, deixá-los expostos ao sol, chuva e frio, não alimentá-los, deixar de prestar assistência médico-veterinária quando necessário, a utilização de animais para tarefas exaustivas que vão além de suas forças e por fim, a captura de animais silvestres, dentre outros, são formas de maus-tratos.

É de suma importância lembrar que os animais são diariamente abusados, sendo submetidos à dor e ao sofrimento. Podemos relatar situações de abuso animal em diversas áreas, como a da ciência, onde ocorrem experimentos cruéis e dolorosos como a vivisseção; do entretenimento, como é o caso dos rodeios, a farra do boi, entre outros eventos de grande repercussão; da economia, englobando a exportação em condições atroz de transporte marítimo de bovinos; esgotamento de matrizes reprodutoras para venda de animais de raça, comumente de exploração canina. Todos estes eventos demonstram o total desmazelo quanto à causa de saúde animal.

3 A TUTELA DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A proteção animal no Brasil vem ganhando espaço e força na legislação brasileira, pois nos dias atuais a relação entre seres humanos e “bichos” tem tomado grande proporção, estando presentes na coexistência da grande maioria da população, em que há um vínculo de amor, companheirismo e são considerados até integrantes da família. É claro que muitas pessoas encaram essa realidade de outra forma, deixando de dedicar os mesmos tratamentos afetuosos e dando início aos maus-tratos animais, esgotando sua capacidade e colocando-os no papel de ajudantes de trabalho, explorando e os maltratando-os, retratando a imagem dos animais apenas como seres desprezíveis.

Animais de diversas espécies sempre estiveram em convívio com o ser humano, mas a convivência entre ambos nunca foi pacífica, pois desde a antiguidade o animal é visto como um ser não humano inferior ao homem. O grande questionamento era: como outros seres vivos poderiam ser tratados da mesma forma que o ser humano?

Após longos anos sem a mínima garantia de boa conduta aos animais, em 1934 surgiu o decreto nº 24.645, determinando medidas de proteção aos animais e impondo uma contravenção penal a quem tratasse os animais com crueldade, estabelecendo ainda que todos os animais seriam tutelados pelo Estado.

Apenas em 1941, houve a edição da Lei de Contravenções Penais, Lei Federal nº 3.688, estabelecendo em seu artigo 64 a contravenção penal para a prática de atos de crueldade contra animais, acrescentando à Constituição Federal de 1988, a previsão de sanção para a prática de maus-tratos. Posteriormente, esta adesão estendeu-se à Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) e recentemente, no ano de 2020, à grande conquista da Lei 14.064/20, batizada como Lei Sansão - a ser explanada no decorrer da pesquisa.

3.1 A PROTEÇÃO AOS ANIMAIS PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A fauna é composta por uma diversidade de animais, dentre eles os nativos, silvestres, exóticos, domésticos ou domesticáveis e por sua vez, são lembrados através da Carta Magna de 1988, em seu artigo 23, inciso VII, e 24, estabelecendo que os entes políticos tenham competência e responsabilidade para com a proteção dos animais, independentemente da repartição de competências entre o Estado.

O texto Constitucional veda qualquer conduta que acarrete prejuízos à função ecológica, resultando na extinção das espécies e/ou crueldade aos animais, é o que diz o artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

[...]VII - 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 à crueldade.

A previsão de animais domésticos na Constituição foi assertiva, uma vez que estes correm risco de serem extintos. Porém, inseridos na sociedade, fazem parte do meio ambiente e merecem respeito e dignidade, ainda que sua função principal não atue diretamente no papel ecológico da fauna de forma significativa.

3.2 A PREVISÃO DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS PELO DIREITO PENAL AMBIENTAL

A previsão da Lei Federal por um meio ambiente ecologicamente equilibrado fez com que a tutela integrasse o rol de bens jurídicos fundamentais e por esta razão, é digno de proteção penal, elencado no artigo 225, § 3º, como responsabilização criminal por ações lesivas ao meio ambiente, não sendo necessária a aplicação de punições administrativas ou reparação de danos na esfera cível.

Em todo caso, como de praxe, o direito penal deve ser utilizado como *ultimaratio* e sendo assim, deve o legislador verificar se a prática do crime provoca lesão ou perigo relevante para o Direito Penal. Ainda que o Direito Penal seja utilizado em último caso, auxilia na coibição de atos prejudiciais a esse bem jurídico, pois seus efeitos geram consequências morais e sociais ao indivíduo que os comete. Trata-se de uma prevenção geral e especial, que primariamente busca um senso de intimidação, porém por vezes não ocorre, havendo falha de advertência, recaindo sobre o agressor a execução de sentença penal condenatória, definida de acordo com a importância social do bem jurídico tutelado.

Mesmo que haja previsão da tutela jurídica dos animais no Direito Penal Ambiental, o legislador não a trouxe de forma individualizada, demonstrando que o bem jurídico tutelado é exclusivamente relacionado ao meio ambiente, assim, animais não humanos tornam-se apenas meros objetos materiais do delito. Aqui então é feito um questionamento: O Direito Penal Ambiental, exclusivamente nessa questão, não deveria atribuir aos animais uma personalidade limitada, com a qual afastaria diversos crimes cometidos contra eles?

Como dito anteriormente, a previsão da tutela penal do meio ambiente encontra-se estabelecida na Constituição Federal, mas para tal possuímos legislação especial, a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. O texto legal não aborda todos os crimes ambientais, porém como Lei brasileira predominante, trata sobre a tutela penal do meio ambiente, trazendo em seu teor as sanções penais e administrativas que resultam da prática e/ou condutas que lesem o bem jurídico protegido. A previsão legal dos crimes contra a fauna encontra-se elencada dos artigos 29 ao 37, estabelecendo ainda a aplicação das penas para crimes praticados contra animais domésticos nos artigos 6º e 24 da Lei supramencionada.

O artigo 6º traz requisitos para a aplicação da penalidade, vejamos:

Art. 6º- Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

- I-** a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequenciais para a saúde pública e para o meio ambiente;
- II-** os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;
- III-** a situação econômica do infrator no caso de multa. (BRASIL, 1998).

A Lei, no entanto, em seus artigos 7º e 8º estabelece que as penas restritivas de direito, são autônomas e podem ser substitutas das penas privativas de liberdade, tal substituição é válida somente para condenação inferior a quatro anos - é importante salientar que as penalidades da Lei em sua maioria não ultrapassam quatro anos. Mais adiante, no artigo 16, a Lei dispõe que pode haver suspensão condicional da pena no caso de condenação de pena privativa de liberdade inferior a três anos, assim não haverá execução da pena, mas devem ser observados alguns requisitos que estão elencados nos artigos 78, 46 e 48, todos do Código Penal.

Em crimes de menor potencial ofensivo pode ocorrer a aplicabilidade do instituto despenalizador, ou seja, a transação penal, a composição dos danos e a suspensão condicional do processo, de acordo com o artigo 27 da Lei de Crimes Ambientais. Tais eventos devem ser bem observados em sua aplicação, uma vez que o meio ambiente é um direito fundamental.

Recentemente passou a vigorar por meio da Lei nº 13.964 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime) em nosso ordenamento jurídico, o instituto do acordo de não persecução penal. Trata-se de um instituto pré-processual, em que há negociação entre o acusado e o representante do Ministério Público, homologado pelo Magistrado, aplicável quando se tratar de crime inferior a quatro anos. Este instituto tem o condão de evitar o encarceramento do acusado, disposto no artigo 28-A do referido diploma legal.

Diferentemente do Direito Penal comum, que objetiva a proteção por meio de sanção, no Direito Penal Ambiental nota-se um caráter totalmente reparatório, em que alguns doutrinadores o nomeiam como "direito penal reparador". Através da breve reflexão feita na Lei de Crimes Ambientais, tratada pelo Direito Penal Ambiental, vislumbra-se que a Lei não é meramente efetiva, mesmo havendo garantia constitucional. O que deixa a desejar então são as penas, que além de serem pequenas, são facilmente substituídas, podendo ocorrer a não persecução penal afastando-se uma eventual condenação. O Direito Penal Ambiental prioriza a reparação dos danos, mas tal reparação

não faz jus aos maus-tratos sofridos pelos animais, uma vez que mesmo os seres não humanos sentem dor, fome, sensações, e possuem sentimentos.

Seria necessário, portanto, que o Direito Penal Ambiental brasileiro optasse pela prevenção do dano, com sanções mais gravosas, que certamente preveniriam os abusos e maus-tratos sofridos por estes animais. A lacuna deixada pela Lei na falta de penalização severa faz com que a Lei Penal não seja respeitada, causando frustração à comunidade protetora dos animais que ministra esforços diários para que crimes contra os animais não ocorram, enquanto quem os pratica tem a sensação de estarem impunes às penas cominadas pela Lei, pois são alternativas.

3.3 O ARTIGO 32 DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

A Lei de Crimes Ambientais foi criada em 12 de fevereiro de 1998, a qual veio para regulamentar o disposto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal de 1988, visando penalidades e medidas administrativas derivadas de condutas e atividades que prejudicam o meio ambiente. Estritamente em seu artigo 32 a Lei prevê punição para quem maltratar animais domésticos ou domesticáveis, isso porque as outras medidas legais regulam as condutas como caça, pesca, tráfico ou lesão, pois possuem função ecológica relevante ao meio ambiente e resulta em preservação da qualidade de vida do ser humano. O artigo 32 da Lei 9.605/98 define:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

(BRASIL, 1998)

Em análise ao artigo supracitado, em especial o *caput*, verifica-se que embora o legislador tenha se preocupado em elencar todos os animais, a verdadeira inconsistência

se encontra na penalidade imposta, viável, pois, a substituição da pena de detenção por penas restritivas de direito; ainda pode o Ministério Público oferecer a transação quando este for primário e preencher os demais requisitos necessários de acordo com o artigo 76 da Lei nº 9.099/95, ou até mesmo suspensão condicional do processo, em se tratando de acusações inferiores a um ano, em que terá a punibilidade extinta de acordo com o Art. 89 da mesma Lei. Observa-se que as sanções não correspondem aos níveis graves da prática de maus-tratos, e que não há no *caput* do artigo o verbo “matar”, o que também se enquadra em maus-tratos.

O que se verifica são as lacunas deixadas pela Lei, que ainda necessitam de melhoras e aprimoramentos, pois vivemos em uma era em que os animais são seres dotados de amor, raciocínio e merecem dignidade e respeito, assim como todos os seres vivos, diferentemente do que vivenciamos em nossos dias atuais. Daniel Braga Lourenço (2016, p. 24), manifesta o conformismo dos conformes jurídicos, apresentando circunstâncias onde: “Os animais podem, legalmente, ser comprados e vendidos, penhorados, lesionados, mutilados, torturados abandonados e mortos desde que supostamente haja uma necessidade humana que justifique essas práticas”.

Claramente, há uma visão antropocêntrica sobre os animais, em que os seres humanos se beneficiam da função econômica, cultural e experimental que eles podem proporcionar, salientando que por muitas vezes tais crimes são cometidos apenas para satisfação do ego do homem. Além de leis mais eficientes para todas as espécies animais, seria necessária também uma nova educação social de conscientização, para distorcer a ideia de que os animais podem ser sujeitados à crueldade, apenas por haver necessidade humana. Atualmente existem diversas inovações científicas e tecnológicas, tornando possível buscar meios alternativos para supressão das necessidades humanas, sem que haja crueldade animal.

De forma muito chocante e dolorosa, a fim de conscientizar a população mundial para o não uso de animais em testes de cosméticos, a estudante de Oxford Jacqueline Traide, foi voluntária da marca Lush Cosméticos, que também luta em prol do desenvolvimento econômico e sustentável. A estudante passou cerca de 10 horas em uma vitrine, sendo cobaia de testes que também são realizados em animais, como alimentar-se à força, aplicações de injeção, foi cobaia de testes de líquidos e cremes, teve seu cabelo raspado e sua boca esticada ao máximo por um aparelho de metal, entre outros. Nas palavras de Jacqueline, “não existe nenhuma justificativa para submeter os animais à dor por causa da produção de batons e sombras”. (TRAIDE, 2012).

No Brasil não há Lei Federal que proíba os testes em animais, apenas oito Estados contam com leis específicas para tal fatalidade, são eles: Amazonas, Mato Grosso do Sul,

Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, mas ainda assim, esta lei é um alvo para serem declaradas inconstitucionais.

3.4 A NOVA LEI “SANSÃO”: CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA CÃES E GATOS (LEI Nº 14.064/20).

Um acontecimento revoltante que deu o pontapé inicial para a mudança da Lei foi o caso do *pitbull* de nome Sansão, que foi amordaçado com arame farpado e teve suas pernas decepadas com um facão. O crime ocorreu em 06 de julho de 2020, na cidade de Confins, Estado de Minas Gerais. O autor do crime, Júlio César dos Santos foi denunciado com base no art. 32, *caput* e parágrafo 2º da Lei nº 9.605/98 C.C artigo 69 do Código Penal. Como se não bastasse, o autor do crime ainda praticou maus-tratos contra outros 12 animais, sendo eles três gatos, três cães - incluindo-se Zeus, pai de Sansão, que precisou ser eutanasiado - e seis galináceos. Com base na legislação vigente à época Júlio César não foi preso.

São diários os casos de maus-tratos e por isso, nessa época, já tramitava no Congresso Nacional o projeto de Lei 1.095/2019 de autoria do Deputado Fred Costa (PATRI-MG), com intuito de impor pena de reclusão para quem viesse a praticar atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais domésticos ou domesticados, silvestres, nativos ou exóticos e ainda estabelecer penas para os estabelecimentos comerciais ou rurais que favorecessem a prática do crime, frisando a responsabilização penal jurídica do estabelecimento.

Em 16 de dezembro de 2019, foram apresentadas na Câmara dos Deputados as alterações do PL/1095 pelo relator e deputado Celso Sabino, do partido PSDB/PA, em Parecer da Comissão Especial Permanente. O projeto foi aprovado pela Comissão na forma do Substitutivo apresentado, embora tenha sido aumentada a pena de reclusão para cinco anos, apenas abrange tal situação para crimes contra cães e gatos.

O projeto originou a Lei Federal nº 14.064, aprovada em 29 de setembro de 2020 pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, que em seu teor dispõe: “Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.” (BRASIL, 2020).

Ligeiramente verificamos que o objetivo principal dessa nova Lei foi retirar dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM), norteados pela conciliação, simplicidade e informalidade, o crime de maus-tratos animais contra cães e gatos que ocorrem em maior número, isso para que os autores do crime não tenham os benefícios de crimes de menor potencial ofensivo.

3.4.1 COMENTÁRIOS SOBRE A NOVA LEI “SANSÃO” E SEUS REFLEXOS

A referida Lei Federal incluiu no artigo 32 da Lei ° 9.605/98 o parágrafo 1º-A, veja a nova redação:

Art. 32. (...)

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

Vislumbra-se a grandiosidade do avanço que tal alteração trouxe na legislação brasileira em relação aos animais. Depois de tempos de luta pela proteção animal, com a elevação do mínimo penal de dois anos de reclusão e prisão decretada do infrator no ato, diferentemente da redação anterior, em que a pena máxima era de um ano, possibilitando ao autor sair livre no mesmo dia. Agora, de maneira oposta, além de ser processado pelo Juizado Especial Criminal (crimes de menor potencial ofensivo), o autor será processado pela Justiça Criminal Comum, em que haverá uma maior formalidade e rigor.

Essa mudança na competência impede a aplicação do “Sursis Processual”, onde ocorre a suspensão condicional do processo, instituto previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95 para penas máximas de até um ano e nesta situação, ao cumprir alguns requisitos o autor do crime é livre do processo criminal. Inicialmente, o intuito do Projeto de Lei era majorar a pena aplicada contra qualquer ato de crueldade contra todas as espécies de animais, já previstas no *caput* do art. 32 da Lei de Crimes Ambientais. No entanto, embora haja um avanço proporcionado pela Lei Sansão, não se pode deixar de lado o fato de que ao abranger apenas duas espécies (cães e gatos) que são as maiores vítimas desse crime, resultará em uma distinção hierárquica entre os animais, em que sua importância estaria ligada tão somente ao quão próximo esse animal é do ser humano, quando em suma, busca-se haver um tratamento igualitário em prol de todas as espécies de vida animal.

4 DA FALTA DE PERSONALIDADE DOS ANIMAIS NO DIREITO CIVIL E POSSÍVEIS ALTERAÇÕES

Para o Direito Civil há uma divisão arraigada entre os sujeitos e objetos de direito com regimes jurídicos diversos para as categorias. O Código Civil de 2002 elenca pessoas naturais e jurídicas do artigo 1º ao 78, Livro I, como sujeitos com direitos desde a concepção e nascimento com vida, até a morte. Já entre os artigos 79 e 103, Livro II, elencam os bens, incluindo-se também os animais. O Código Civil caracteriza os animais como *semoventes*, de acordo com o artigo 82 do Código Civil[1]. Nas palavras de Nestor

Duarte (2015, P. 71) "São bens móveis por natureza, compreendendo duas espécies: os semoventes (animais) e as coisas inanimadas".

A classificação dos animais como "coisas" surgiu através do Direito Romano, em que os animais eram de propriedade humana. Os animais sempre foram vistos como seres irracionais e por isso os homens sempre os trataram de forma irrelevante, é o que diz o entendimento do filósofo Immanuel Kant (1986, p. 67-68):

Os seres, cuja existência não depende precisamente de nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de meios e por isso se chamam coisas. Ao invés, os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza deles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio e que é objeto de respeito.

Além do filósofo Kant, outros filósofos também tinham o mesmo entendimento, como exemplo, Descartes e Rousseau, sendo através desses entendimentos que possivelmente os animais foram considerados "coisas" para o Direito. A designação do Código Civil de 2002 para os animais (não humanos) faz com que os seres humanos tenham um pensamento automático, no sentido de que se toda "coisa" tem dono, portanto, nos limites da Lei, os donos dispõem sobre suas coisas. O direito civil apenas considera possuidor de personalidade jurídica a pessoa física ou jurídica, sendo assim os seres não humanos não se encaixam nessa ótica. Porém, na atualidade, essa classificação entende-se totalmente incabível, caracterizando carência de empatia e respeito perante aos animais. Por outro lado, o posicionamento dos seres humanos foi evoluindo e nos dias atuais luta-se pelo reconhecimento dos animais como seres passíveis de sentimentos, sensações e racionalidade, tratam-se, portanto de seres sencientes, capazes de ter percepção e sentimentos através dos sentidos, justamente como os humanos.

Alguns estudos científicos atuais trazem a convicção de que os animais necessitam ser reconhecidos como seres não humanos que possuem racionalidade, é o caso da Declaração de Curitiba, que ocorreu no III Congresso Brasileiro de Bioética e Bem-estar Animal, em 07 de agosto de 2014, onde se concluiu que "Os animais não humanos não são objetos. Eles são seres sencientes. Conseqüentemente, não devem ser tratados como coisas." Nesse sentido, surgiram novos projetos de Lei que buscam alterar sua natureza jurídica.

4.1 PROJETO DE LEI Nº 6.054/2019

Relevante e notório é o Projeto de Lei PL 6.054/2019, anteriormente numerado 6799/2013, de autoria do deputado Ricardo Izar, do partido PSD-SP. A princípio, o projeto buscava alterar a denominação jurídica recebida pelos animais domésticos e silvestres, acrescentando parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil. Recentemente o Senado Federal aprovou com revisões pontuais, tendo a PL retornado para a Câmara dos Deputados. Neste momento o projeto se encontra na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, para análise da emenda sofrida. Confira a redação:

Art. 1º Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais não humanos.

Art. 2º Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

I - Afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção;

II - Construção de uma sociedade mais consciente e solidária;

III - reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento.

Art. 3º Os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Parágrafo único. A tutela jurisdicional referida no caput não se aplica ao uso e à disposição dos animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica nem aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade. (Emenda/Substitutivo do Senado n. 6054/2019)

Art. 4º A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 79-B:

‘Art. 79-B. O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002(Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados’.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

Evidentemente, o projeto luta para que os animais possuam natureza *sui generis*, ou seja, de natureza própria, e não apenas como um bem de utilidade ao ser humano. Isso porque o projeto busca com afinco a “descoisificação” dos animais visando garantir-lhes direitos. De certo modo estamos evoluindo em relação ao reconhecimento dos direitos animais, mas essas medidas são dificultadas em virtude da morosidade do Parlamento e também pela função econômica e produtiva que esses animais podem fornecer. Outra questão ainda é o impacto que o Projeto de Lei causaria ao Código Civil/2002, visto que serão considerados sujeitos de direitos, mesmo que despersonalizados, havendo a possibilidade de serem representados perante o judiciário para defesa de seus direitos, conseqüentemente existindo punição de forma justa a quem lhes prejudicou.

É importante frisar que a personalidade jurídica dos seres humanos é absoluta, em que o direito os protege contra tudo e contra todos e neste sentido, é o ensinamento de Fiuza (2009, p. 172):

Concluindo, a personalidade é composta de atributos, tais como a vida, a honra, o nome, a capacidade, o estado, o corpo físico, a psique, a dignidade, etc. Atributos são elementos componentes, em outras palavras, o material de que é composto um objeto. A pessoa humana é composta de todo esse material, ou seja, de todos esses atributos. O que se chama de direitos da personalidade são, na verdade, direitos decorrentes desses atributos, visando a proteção e a promoção da pessoa humana e de sua dignidade. Essa visão moderna de que a honra, o nome a vida etc. integram a pessoa é fundamental para a positivação da proteção e da promoção do ser humano e para a compreensão e a garantia da igualdade, pelo menos em termos formais.

De certo modo e do ponto de vista lógico, os animais não possuem capacidade suficiente para se tornarem sujeitos de direitos absolutos, dado que possuem limitações. Sendo assim, seria necessário, criar uma nova espécie de personalidade jurídica aos animais, a qual seria limitada, uma vez que suas capacidades são reduzidas. Nem tudo que afeta o ser humano, afetará na mesma proporção os animais, pois são vidas diferentes. Mas na medida em que é afetada a dignidade do animal, passa a ser sujeito de direito limitado, podendo ser representado perante o judiciário por um curador legal.

Todos os esforços e conseqüentes mudanças são reflexos do que vivemos nos dias atuais. De tempos em tempos os animais vêm ganhando a confiança e respeito dos

seres humanos, sendo assim, em consideração a toda a dedicação acerca do assunto espera-se uma possível alteração no Código Civil para alterar a natureza jurídica dos animais como sujeitos de personalidade limitada, podendo eles pleitear seus direitos através da representação processual, ou seja, através de um curador que lute por seus direitos no limite em que puderem. Certamente com tal mudança, haverá um grande impacto no cenário atual vivido pelos animais.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa aqui desenvolvida tem como objetivo mostrar a importância dos animais em sociedade e os maus-tratos sofridos a eles, em razão de penas meramente reparadoras estabelecidas na Lei de Crimes Ambientais, sendo notadamente falhas em questão à aplicação de medidas punitivas, considerando sua insignificância comparada à barbaridade do crime de maus-tratos contra animais, existindo ainda a possibilidade de serem substituídas, o que contribui para que o indivíduo não pense duas vezes antes de cometer qualquer ato de crueldade contra eles. Há diversos casos em que o crime ocorre e logo o sujeito encontra-se em liberdade, umas das confirmações de que a Lei se mostra inefetiva. É importante destacar que com a recente conquista da Lei nº 14.064/20 as penas aplicadas para crimes de maus-tratos contra cães e gatos são maiores, sendo assim, seguem um procedimento penal mais rigoroso, deixando de fruir dos benefícios penais. Apesar desta grande conquista o “especismo” aplicado à lei – restringindo apenas a cães e gatos – denota que as demais espécies animais ainda derivam na penalidade mais ínfima aplicada, estabelecida no artigo 32, *caput* da Lei de Crimes Ambientais.

Outras grandes influências para esse crime são a economia, cultura, ciência e religião, inclusive o Direito Civil, que contribui indiretamente nesse sentido, pois a classificação “coisa” dada aos animais provoca a sensação de que o homem pode dispor sobre os animais como bem entender. Outro aspecto que influencia é o antropocentrismo, ou seja, a forma como o ser humano pensa ser o centro da humanidade, enquanto a subsistência dos outros seres serve apenas para satisfazê-los.

Seria necessário, portanto, para a transformação desse contexto, penas mais rigorosas na Lei de Crimes Ambientais no que diz respeito a todas as espécies animais, sem exclusão de nenhuma, além da atribuição de tratamento específico dentro do Direito Penal, e por fim, a modificação do artigo 82 do Código Civil/2002 para alterar a denominação jurídica atribuída a eles, criando a personalidade jurídica de forma limitada representada por curadores especiais, o que resultaria em seres não humanos como sujeitos de direitos limitados da personalidade, em virtude da sua capacidade de sentir e raciocinar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda de Oliveira. **A maximização dos crimes de crueldade aos animais domésticos: uma reflexão criminológica sobre sua antecedência e consequência.** UCSAL, jun. 2018. Salvador. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1627>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL, Presidência da República Casa Civil, 1998. Lei de Crimes Ambientais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.054 de 20 de novembro de 2013. **Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2013-11-20;6054>. Acesso em: 19 ago. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental.** Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador. Jan. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26219/0>. Acesso em: 24 ago. 2020.

EGEA, Luciana. **Maus-tratos a animais: uma análise desta prática à luz do ordenamento jurídico.** Toledo Prudente, 2019. Presidente Prudente. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/8369/67649523>. Acesso em 24 ago 2020.

FIUZA, César. Direito Civil - Curso Completo. 13. ed. [S. l.: s. n.], 2009.

GRANDO, C. M.; GALIO, M. H. **Os animais domésticos como sujeito de direito: análise sobre o PL 6.054/2019.** Academia de Direito, [S. l.], v. 2, p. 635–652, 2020. DOI: 10.24302/acaddir.v2.2907. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2907>. Acesso em: 22 jul. 2021.

GODOY, C. L. B. *et al.* **Código Civil Comentado.** 9 ed. Barueri: Manole, 2015.

LEVAI, Laerte Fernando. **Os animais sob a visão da ética.** Congresso Ambiental do Ministério Público. São José dos Campos, 2001. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

LIMA, Joyce Lazaro. **Proteção animal: a lei como instrumento de combate aos maus tratos contra animais domésticos.** Ciência Amazonida, v. 1, n. 3, ISSN-2527-046X. Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <http://posgrad.ulbra.br/periodicos/index.php/amazonida/article/view/3021>. Acesso em: 24 ago. 2020.

LOURENÇO, Daniel Braga. *dA Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, v. 7, n. 1, p. 1-26, 2016, ISSN 2462-7518. Disponível em: <https://ddd.uab.cat/record/190110>. Acesso em: 06 jun. 2021.

MARCON, Tiago. **Animais sencientes não humanos: considerações acerca da possibilidade de alterar a natureza jurídica dos animais para sujeitos de direito despersonalizados.** Riuni. Ciências Sociais Aplicada. Tubarão, SC, 2020. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/9619/MONOGRAFIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MATOS, Filipi. **Jusbrasil.** Fortaleza, 2016. Disponível em: <https://direitodiario.jusbrasil.com.br/artigos/382923154/a-fundamentacao-da-metafisica-dos-costumes-de-immanuel-kant-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 20 jul. 2021.

O que é a Lei de Crimes Ambientais. [S. l.], 8 maio 2014. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28289-entenda-a-lei-de-crimes-ambientais/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

PANCHERI, Ivanira. CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. **COMENTÁRIOS À LEI SANSÃO: CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA CÃES E GATOS SOB A LEI Nº 14.064/20**, v. 11, n. 22, 2021. Disponível em: http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/10108. Acesso em: 10 jul. 2021.

PANCHERI, Ivanira. CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. **LEI SANSÃO. APONTAMENTOS SOBRE A LEI Nº 14.064, DE 29 DE SETEMBRO DE 2020.** Unigranrio, v. 11, n. 1, 2021. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/6659>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PESTANA DE AGUIAR SILVA, Lucia Frota. **AVANÇO, COM ESPECISMO ELETIVO NA “LEI SANSÃO” (LEI 14.064/20).** *Direito em Movimento*, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 313-320, jan. 2021. ISSN 2238-7110. Disponível em:

<<http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/313>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

REGIS, Arthur H. P. **Análise da temática dos maus-tratos aos animais**. Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social. v. I, n.1 Dez. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/ppds/article/view/166/164>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

REUTERS, Thomson. Mini Civil. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REUTERS, Thomson. Mini Penal. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SALES, Carolina. Saiba quais atitudes podem ser consideradas maus-tratos aos animais. Jusbrasil, 2 014. Disponível em: <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/noticias/155756645/saiba-quais-atitudes-podem-ser-consideradas-maus-tratos-aos-animais>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SILVA, Amanda Alves de Castro. **Direito dos animais uma nova perspectiva aos maus-tratos**. Rio de Janeiro, Jul. 2018. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5934/1/AACSilva.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

SILVA, Lucas de Freitas. A eficácia do ordenamento jurídico brasileiro na tutela do direito dos animais. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <https://lucasdefreitas.jusbrasil.com.br/artigos/244444384/a-eficacia-do-ordenamento-juridico-brasileiro-na-tutela-do-direito-dos-animais>. Acesso em 20 ago. 2020.

TEIXEIRA, karen. Maus-tratos de animais: uma proteção simbólica na lei de crimes ambientais, 2017. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/download/619/545>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

[1]Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

O QUE CARACTERIZA O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO OS PREJUÍZOS DECORRENTES DESTA PRÁTICA

JOÃO PAULO MELO FARIAS: Graduado do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro⁸.

RESUMO: O assédio moral no ambiente de trabalho é um assunto de grande importância para os empregados, em um ambiente que deveria ser seguro e protegido como no seu local de trabalho. Por meio de vasta pesquisa científica, com o objetivo de esclarecer o assunto, demonstrar a gravidade do problema, bem como os tipos de assédio que podem ser praticados, e os prejuízos que podem causar de grandes proporções para a empresa e principalmente à vítima. O resultado especializado da pesquisa, acreditasse favorecer significativamente para a definição de ações no combate ao assédio moral no trabalho, melhorando, assim, a relação hierárquica entre chefia e subordinados, com impacto favorável no clima organizacional e na produtividade do órgão responsável. Com a busca pela justiça em sua plenitude, isso proporcionará a reparação do dano suportado pela vítima, de maneira adequada, cumprindo também, o caráter pedagógico da pena, qual seja, o de criar palestras educativas para as empresas e gestores no sentido de coibir novos casos de assédio.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral. Tipos. Prejuízos.

ABSTRACT: Moral harassment in the workplace is an issue of great importance to employees, in an environment that should be safe and secure as in their workplace. Through extensive scientific research, with the aim of clarifying the matter, demonstrate the seriousness of the problem, as well as the types of harassment that can be practiced, and the damage that can be caused in large proportions to the company and especially to the victim. The specialized result of the survey, believed to significantly favor the definition of actions to combat bullying at work, thus improving the hierarchical relationship between superiors and subordinates, with a favorable impact on the organizational climate and productivity of the responsible body. With the search for justice in its fullness, this will provide the compensation of the damage borne by the victim, in an appropriate way, also fulfilling the pedagogical character of the penalty, that is, to create educational lectures for companies and managers in order to curb new cases of harassment.

KEYWORDS: Moral harassment, Types, Damages.

⁸ E-mail: joaopaulomelofarias@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL. 3. ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 3.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ASSÉDIO MORAL. 3.1.1 Abusividade da Conduta. 3.1.2 Natureza psicológica da conduta. 3.1.3 Reiteração da conduta. 3.1.4 Intencionalidade do ato. 3.1.5 Finalidade de exclusão da vítima. 3.1.6 O dano psíquico gerado à vítima. 3.2 SUJEITOS. 3.3 CONDUTA. 3.4 REITERAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO. 3.5 CONSCIÊNCIA DO AGENTE. 4. TIPOS DE ASSÉDIO MORAL. 4.1 ASSÉDIO MORAL VERTICAL DESCENDENTE. 4.2 ASSÉDIO MORAL VERTICAL ASCENDENTE. 4.3 ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL. 4.4 ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL. 5. CARACTERÍSTICA JURÍDICA DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 6. CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O assédio moral é conhecido por uma diversidade de ações e situações no ambiente de trabalho que desrespeitam, constrangem, humilham o subordinado, nas relações laborativas e à saúde desses trabalhadores podem vir a ser prejudicadas, como a saúde física e mental. O assédio nem sempre ocorre com a intenção. Porém às vezes, essas práticas acontecem sem que os agressores saibam que o abuso de poder frequente e reiterado é uma forma de violência psicológica. Isso não é um motivo que retira a gravidade do assédio moral no trabalho e dos sérios danos causados à saúde dos seus subordinados.

O objetivo desta pesquisa científica é encontrar alguns tipos possíveis de caracterização do assédio moral no trabalho, ou seja, tudo aquilo que possa manifestar alguma forma de violência no ambiente de trabalho; as consequências originárias deste evento danoso à vida das vítimas, das organizações e da sociedade; os efeitos jurídicos para os autores para todos esses atos; apresentando medidas repressivas de combate ao assédio moral, e também ações prudentes no ambiente organizacional de trabalho público ou privado, relacionando o assédio moral a uma situação de conflitos.

Os casos na sua maioria, o assédio vem das relações hierárquicas autoritárias, sendo praticadas pelos superiores, e dirigidas aos subordinados durante um longo período. O assédio moral com as consequências altera a relação da vítima com o seu ambiente de trabalho, forçando-a a desistir do emprego, e, por conseguinte, vindo acarretar graves consequências na vida familiar e social do assediado.

Detectar os piores problemas sofridos pelas vítimas como por exemplo as humilhações, constrangimentos, rebaixamento, xingamentos, vexame, entre outras. Os trabalhadores enfrentam situações que são amortecidas pelo Assédio Moral. Quando ocorre uma espécie de tortura psicológica, que se destina a ferir a honra e autoestima do subordinado, com a intenção forçar demissão do empregado ou apressar a sua dispensa

através de métodos que irão resultar em sobrecarregar o empregado de tarefas desnecessárias.

Transferir para o centro das discussões o conceito de assédio moral e demonstrar os diferentes tipos que existem, além das consequências que geram na vida das vítimas e dos agressores, podendo se tornar decisivos para e mostrar a clareza do assunto. Debater como esse tipo de assédio se dissemina no ambiente de trabalho das instituições de trabalho podendo ser crucial para que as atitudes geradas pelo assediador sejam investigadas e condenadas. Assim, os trabalhadores podem encontrar um ambiente de trabalho mais tranquilo, com mais respeito e preocupação com o bem-estar dos colaboradores.

2 CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL

O Assédio moral pode ser interpretado de várias formas entre elas é a hostilização a humilhação de uma pessoa de forma repetitiva. Assim como afirma Barreto (2000, p. 544): "Assédio moral é uma conduta abusiva (gestos, palavras, comportamentos, atitudes...) que por sua repetição ou caracterização, contra a dignidade, honra, integridade psíquica ou física de uma pessoa".

Assédio moral contém vários termos que podem definir o que a vítima vem a sentir, como por exemplo, menosprezado, rebaixado, inferiorizado, submetido, vexado, constrangido por outra pessoa sendo geralmente pelo seu chefe ou colega de trabalho. É ter o sentimento de um ninguém, uma pessoa sem valor, inútil.

Assédio Moral, Hirigoyen (2002, p. 17) é "qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho".

Com isso vale destacar que o assédio moral no trabalho, diferente do que ocorre em um conflito geralmente normal, a pessoa que pratica o ato não dá chances de defesa para vítima. De Carvalho (2009, p. 63) afirma que "no assédio moral, diferentemente do que ocorre num conflito aberto, o sujeito perverso age sem dar chances a vítima de se defender. Todas as suas atitudes são voltadas para a eliminação da vítima do ambiente de trabalho".

3 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

O assédio moral está presente em inúmeras situações. O ambiente de trabalho é uma das circunstâncias nas quais ele ocorre.

Conceitua da Silva (2005, p.12): "O assédio moral no trabalho é a submissão do trabalhador a situações humilhantes, vexaminosas e constrangedoras, de maneira reiterada e prolongada, durante a jornada de trabalho ou mesmo fora dela, mas sempre em razão das funções exercidas pela vítima.

Sobre a definição do assédio moral no trabalho sob a ótica jurídica e relaciona algumas das consequências desse tipo de assédio:

Implica violação dos deveres contratuais, violando, notadamente, os princípios da boa-fé, respeito, não-discriminação etc., cuja violação gera graves consequências para o empregado, posto que fere a sua personalidade e dignidade, além de gerar problemas de saúde, desemprego e até o suicídio. (ALKIMIN, 2007, p.11)

O assédio moral não está, obrigatoriamente, caracterizado por menções ao trabalho. As ofensas podem estar relacionadas às características físicas ou psíquicas de uma pessoa no ambiente de trabalho conforme afirma da Silva (2005, p.12):

Não significa que a conduta assediadora se relacione necessariamente com alusões ou indicações ao trabalho, pois geralmente o foco da violência é qualquer ponto da vítima que possa determinar uma desestabilização desta com o ambiente de trabalho, facilitando as condutas tendentes a desqualificá-la, não só profissional, mas também como ser humano. Portanto, no assédio moral, é muito comum alusões negativas aos dotes físicos da vítima ou ao seu modo de vestir, de falar, de comer ou de se comportar diante de determinados acontecimentos.

O assédio moral não pode ser caracterizado por um fato isolado. Esse assédio fica evidente em situações que acontecem continuamente, ou seja, com habitualidade. Isso fica claro na citação de da Silva (2005, p.15):

Devemos ter em foco que o assédio moral não se caracteriza por eventuais ofensas ou atitudes levianas isoladas por parte do superior. Muito mais do que isto, o assédio moral somente estará presente quando a conduta ofensiva estiver revestida de continuidade e por tempo prolongado, de forma que desponte como um verdadeiro *modus vivendi* do assediador em relação à vítima, caracterizando um processo específico de agressões psicológicas.

Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia no trabalho, que em 1984 efetuou o primeiro estudo sobre o assunto, quando identificou o fenômeno e o nominou “mobbing”, o descreve da seguinte maneira:

assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega (s) desenvolve (m) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.

3.1 Elementos Caracterizadores do Assédio Moral

De uma forma direta e genérica, Pamplona Filho (2006. p. 1.079) define o assédio moral como sendo uma conduta psicológica abusiva, reiterada, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do ser humano, com a finalidade de impor a sensação de exclusão da vítima do ambiente de trabalho e do convívio social.

Como existe pouca ou nenhuma legislação específica sobre assédio moral no âmbito da relação de emprego se faz necessário identificar os elementos caracterizadores desse ato. Existem, fundamentalmente.

Alguns elementos são essenciais para que seja caracterizado o assédio moral, como a abusividade da conduta, a natureza psicológica da conduta, a reiteração da conduta; a intencionalidade do ato, a finalidade de exclusão da vítima, e o dano psíquico gerado ao subordinado.

3.1.1 Abusividade da Conduta

Um elemento caracterizador do assédio moral é a conduta abusiva do agressor, que é aquela capaz de trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica da pessoa, colocando em perigo seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2006, p. 65).

É aquela que, por ação ou omissão possui um potencial lesivo que torne o ambiente de trabalho insuportável. Pode ser manifestada através de comportamentos, palavras e atitudes com o intuito de ofender a personalidade e dignidade da vítima. (SILVA, 2010).

3.1.2 Natureza psicológica da conduta

“O agressor é incapaz de perceber a vítima como ser humano. Ele a considera como coisa, ou como animal. Em ambos os casos, ele atinge a dignidade da vítima, restando claro, portanto, que o direito fundamental da dignidade da pessoa humana é violado, pois não reconhecido e violado pelo agressor” (HIRIGOYEN, 2005, p. 202).

“A guerra psicológica no ambiente de trabalho agrega dois fenômenos: o abuso de poder, que é uma agressão clara e de mais difícil aceitação pelos trabalhadores e a manipulação perversa. O assédio moral pode parecer, no início, algo inofensivo, mas aos poucos se propaga de forma destruidora no ambiente de trabalho.” (HIRIGOYEN, 2005, p. 16).

3.1.3 Reiteração da conduta

Segundo preleciona H. Leymann “o ataque deve ocorrer pelo menos uma vez na semana numa frequência média de seis meses de duração, tempo necessário para a manifestação dos sintomas”.

Todavia, alguns autores defendem que a repetição da conduta pode ser substituída pela gravidade da ofensa para a caracterização do assédio moral. Para Hirigoyen, não se deve fixar um tempo específico para que reste configurada a sistematização do assédio. A gravidade do ato que caracteriza o assédio não depende apenas da duração, mas também do grau de violência, pois algumas atitudes especialmente humilhantes podem destruir a vítima em menos de seis meses (2005, p. 30).

3.1.4 Intencionalidade do ato

Conforme já mencionado anteriormente, embora toda pessoa em crise possa ser levada a utilizar-se de mecanismos perversos para se defender, o que distinguirá uma pessoa normal do indivíduo perverso, é que para aqueles, esses comportamentos e sentimentos não são mais do que meras reações ocasionais, seguidas de arrependimento ou remorso. Já no assédio moral, a perversidade implica uma estratégia de utilização e destruição do outro, sem a menor culpa (HIRIGOYEN, 2006, p. 139).

Segundo Hirigoyen, a relação de assédio ocorre em duas fases: a sedução perversa e a violência manifesta. Na primeira fase, o agressor desestabiliza a vítima, fazendo-a perder progressivamente a confiança em si própria, corrompendo-a e subornando-a, para captar seu desejo, com o objetivo de destruí-la, pois ela representa uma ameaça (HIRIGOYEN, 2006, p. 107).

3.1.5 Finalidade de exclusão da vítima

A finalidade de excluir a vítima consiste, em última análise, em envidar todos os meios para fazer com que aquela pessoa que representa perigo se retire do ambiente de trabalho, fazendo-a cometer erros que culmine em seu despedimento pelo empregador, ou tornando o clima de trabalho tão degradante a ponto de forçá-la a demitir-se, aposentar-se precocemente, ou ainda licenciar-se para tratamento de saúde. (NASCIMENTO, 2004, p. 925).

Assim, além da intenção, a conduta deve ter como objetivo a exclusão da vítima do ambiente do trabalho, para que se configure o assédio moral.

A finalidade de excluir a vítima consiste, em última análise, em envidar todos os meios para fazer com que aquela pessoa que representa perigo se retire do ambiente de trabalho, fazendo-a cometer erros que culmine em seu despedimento pelo empregador, ou tornando o clima de trabalho tão degradante a ponto de forçá-la a demitir-se, aposentar-se precocemente, ou ainda licenciar-se para tratamento de saúde (NASCIMENTO, 2004, p. 925).

Sobre essa questão, Stadler explica:

O que se pretende é a desestabilização emocional da vítima, levando-a a desistir do seu posto de trabalho diante das dificuldades enfrentadas. Isso se torna mais grave, considerando a dificuldade de obter a recolocação no mercado de trabalho, pois os índices de desemprego revelam que “para cada um que sai, há cinquenta esperando” (STADLER, 2008, p. 76).

3.1.6 O dano psíquico gerado à vítima.

Uma primeira corrente defende que o que define o assédio moral é a conduta do assediante e não o resultado danoso (SILVA, 2010).

No entanto, para a autora, a não configuração do assédio pela ausência do dano psíquico não pode eximir o agressor da devida punição, vez que sua conduta será considerada como lesão à personalidade do indivíduo, ensejando o dever de indenizar a vítima pelo dano moral advindo (NASCIMENTO, 2004, p. 926 - 927).

Dessa forma, a vítima que resiste à doença psicológica, quer por ter boa estrutura emocional, quer por ter tido o cuidado de procurar ajuda profissional de psiquiatras ou psicólogos, não será prejudicada, pois sempre restará a reparação pelo dano moral sofrido, ainda que o mesmo não resulte do assédio moral (CAPELARI, 2009).

Portanto, está esclarecido que, para a configuração do assédio moral no ambiente de trabalho, faz-se necessário a reiteração, a intencionalidade e a abusividade da conduta, no qual deve possuir natureza psicológica, apta a obter dano psíquico à vítima, com o objetivo da exclusão do ambiente de trabalho.

3.2 Sujeitos

Alkimin (2007, p.42) classifica e exemplifica os tipos de sujeito presentes no assédio moral:

A conduta, ato ou comportamento hostil, degradante, humilhante, vexatório que causa sofrimento psicológico e doença psicossomática na vítima, ferindo sua autoestima, dignidade e personalidade, pode partir do empregador ou superior hierárquico subordinado a este, de algum colega de serviço ou também pode acontecer de um subordinado destinar condutas assediantes contra um superior hierárquico. A vítima da hostilização ou degradação normalmente é o empregado, individualmente considerado ou uma coletividade, subordinado ao assediante, todavia, poderá ser o próprio superior hierárquico quando o assédio partir de um ou vários de seus subordinados.

De acordo com o que ensina Alkimin, “o sujeito ativo é o apossador, assediador ou agente, empregador ou qualquer superior hierárquico; colega de serviço ou subordinado em relação ao superior hierárquico” (2008, p. 41).

A figura do apossador recai sobre alguém que, para demonstrar ter autoestima e poder, acredita ser necessário rebaixar os outros, não admitindo suas falhas e não valorizando suas ações, agindo de forma arrogante, amoral, e sendo capaz de se apoderar de trabalhos alheios com intuito de demonstrar uma sabedoria que não possui (ALKIMIM, 2008, p. 41).

De um lado, tem-se a presença do sujeito ativo, assediador, também denominado apossador ou perverso; e de outro o sujeito passivo, que é a vítima ou apossado (SIMM, 2008, p. 122).

O sujeito ativo é visto como o perverso, que se considera grandioso, especial, poderoso, que não se preocupa com os colegas do ambiente de trabalho e não tem remorso dos atos que pratica (SIMM, 2008, p. 122).

3.3 Conduta

A necessidade de que esta conduta seja prolongada e reiterada no tempo, por ser um fenômeno de natureza psicológica, não é um ato isolado ou infrequente capaz de trazer lesões psíquicas decorrentes do assédio moral à vítima.

Para o jurista Luiz de Pinho Pedreira da Silva (2004, p. 102), este seria o principal elemento característico da ilicitude do mobbing, "devendo a perseguição ter uma frequência quase que diária".

Sobre o tema, Hirigoyen (2001) entende: "não ser necessária a regularidade para que o fenômeno seja reconhecido, sendo evidentemente indispensável o prolongamento no tempo através de mais de um ato".

Já no critério conduta, não se pode determinar uma ação que seja típica para caracterizar assédio moral. Para que a conduta classifique o ato como assédio moral, ela deve ser capaz de degradar o clima organizacional, e afetar a qualidade de vida da vítima. Assim como afirma De Carvalho (2009, p.77):

O assédio moral pode se desencadear a partir de qualquer conduta imprópria manifestada por meio de qualquer comportamento, palavra, ato, gesto, escrito que seja capaz de atacar a personalidade e dignidade, ocasionando prejuízos à saúde (psíquica e física) do empregado, gerando condições de trabalho humilhantes decorrentes da degradação do ambiente de trabalho. (...) A conduta perversa deve ser capaz de danificar o meio ambiente de trabalho, contaminando a qualidade de vida no trabalho e a satisfação do empregado.

3.4 Reiteração e Sistematização

Para que seja caracterizado assédio moral, o fato não pode ocorrer isoladamente. Os atos maliciosos devem ocorrer de forma repetida, ou seja, com uma certa frequência. Alkimin (2007, p.50) afirma:

Não caracteriza o assédio moral um conflito temporal no ambiente de trabalho, tão menos uma agressão pontual partida do superior hierárquico ou colega de serviço, posto que no conflito há interesses contrapostos, preponderando o binômio ataque-resistência, nada impedindo que pela repetição uma das partes ceda e passe a ser vítima do assédio moral; ao passo que no caso

da agressão pontual, está esgota-se em si mesma não implicando perseguição ou discriminação na relação de trabalho.

3.5 Consciência do agente

A conduta que caracteriza o assédio moral deve ser consciente, intencional ou previsível seu efeito danoso sobre o ambiente de trabalho e sobre a vítima. Isso também é afirmado por De Carvalho (2009, p.80):

Para que se configure o assédio moral, a conduta degradante de ser consciente. Significa dizer que seus efeitos prejudiciais sobre a integridade psíquica e física da vítima e do ambiente de trabalho devem ser intencionais ou, ao menos, previsíveis. (...) Mesmo na hipótese em que o perverso pratica a agressão moral sem a consciência de seus efeitos ou sem a intenção de atingir a vítima em seu aspecto pessoal (integridade e intimidade), deve-se considerar a previsibilidade dos resultados prejudiciais.

4 TIPOS DE ASSÉDIO MORAL

O assédio moral possui quatro formas, que são divididos como Assédio Moral Vertical Descendente; Assédio Moral Vertical Ascendente; Assédio Moral Horizontal; e, por fim, Assédio Moral Organizacional.

4.1 Assédio moral vertical descendente

Assédio determinado pela pressão dos chefes em relação aos subordinados. Os superiores hierárquicos se aproveitam de sua condição de autoridade para colocar o colaborador em situações degradantes e desconfortáveis, como desempenhar uma tarefa que não faz parte de seu ofício e qualificação, para puni-lo pelo cometimento de algum erro.

Tipo mais comum de assédio moral. Ele é praticado pelo empregador ou algum superior hierárquico ao seu subordinado. Segundo Alkimin (2007, p.62):

Na relação de emprego, prevalece a desigualdade material entre as partes, sendo que o empregador, para implantar todo o processo de organização e ajuste do trabalho, poderá enveredar para o abuso de poder, adotando posturas autoritárias, desumanas e antiéticas, valendo-se de sua superioridade econômica e poder de mando e desmando sobre o trabalho subordinado, para afetar a pessoa do trabalhador na sua identidade e dignidade enquanto pessoa e profissional.

Tal prática pode ocorrer por diversos motivos. De Carvalho (2009, p.65) exemplifica algumas delas:

Um empregado que represente de alguma forma ameaça ao seu superior por ser uma pessoa muito competente e cumpridora de suas obrigações contratuais. (...). Um trabalhador que tem dificuldades de adaptação na organização empresarial, ou que tenha sido acometido por alguma doença, entre outras hipóteses.

Guedes (2003, p.36) afirma que o superior hierárquico pratica o assédio moral quando "sente-se ameaçado de perder o seu poder e o *status* privilegiado de que goza dentro da empresa", em face de uma ameaça real ou potencial que o trabalhador representa".

4.2 Assédio moral vertical ascendente

É o assédio praticado por subordinado ou grupo de subordinados contra o chefe. Consiste em causar constrangimento ao superior hierárquico por interesses diversos. Ações ou omissões para "boicotar" um novo gestor, indiretas frequentes diante dos colegas e até chantagem visando a uma promoção são exemplos de assédio moral desse tipo.

É o tipo de assédio moral praticado por um ou vários subordinados contra o superior hierárquico.

Alkimin (2007, p.65) afirma que esse tipo de assédio pode ocorrer pelos seguintes casos: "Normalmente, esse tipo de assédio pode ser praticado contra o superior que se excede nos poderes de mando e que adota posturas autoritárias e arrogantes, no intuito de estimular a competitividade e rivalidade, ou até mesmo por cometer atos de ingerência pelo uso abusivo do poder de mando. Pode ser ainda que, por insegurança ou inexperiência, o superior hierárquico não consiga manter o domínio sobre os trabalhadores, sendo pressionado ou tendo suas ordens desrespeitadas ou deturpadas, implicando o fortalecimento do(s) assediador(es) para se livrar do superior hierárquico indesejado."

Mesmo sendo o tipo mais incomum de ocorrer. Os danos que esse tipo de assédio provoca na vítima são devastadores.

4.3 Assédio moral horizontal

É aquele cometido por colega de serviço. De Carvalho (2009, p.66) classifica esse tipo de assédio da seguinte maneira: “No assédio moral horizontal, a prática perversa é desencadeada pelos próprios colegas de serviço, com idêntico grau de hierarquia, manifestando-se por meio de brincadeiras maliciosas, gracejos, piadas gestos obscenos, menosprezo, entre outros.”

“Ocorre entre pessoas que pertencem ao mesmo nível de hierarquia. É um comportamento instigado pelo clima de competição exagerado entre colegas de trabalho. O assediador promove liderança negativa perante os que fazem intimidação ao colega, conduta que se aproxima do bullying, por ter como alvo vítimas vulneráveis.” (*Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral – Pare e Repare por um ambiente de trabalho + positivo do Tribunal Superior do Trabalho-TST*).

Pode acontecer por causa de atritos pessoais ou por competitividade para alcançar destaque, manter o cargo ocupado ou obter promoção. Assim como afirma De Carvalho (2009, p.66):

O assédio moral nessa hipótese decorre, em geral, de conflitos interpessoais, tais como: atributos pessoais ou profissionais, capacidade ou dificuldade de relacionamento, ausência de cooperação, preferência pessoal do chefe gozada pela vítima, racismo, xenofobia, razões políticas ou religiosas, entre outras que causam dificuldades no relacionamento profissional. Outro fator que colabora para a prática da ação discriminatória pelos próprios colegas de trabalho diz respeito a própria competitividade. O perverso, visando manter-se no cargo ou disputar uma promoção, inicia a ação discriminatória, interferindo assim de forma prejudicial no bom relacionamento que deve reinar entre os empregados no ambiente de trabalho.

4.4 Assédio Moral Organizacional

O assédio moral organizacional caracteriza-se pelo emprego de “condutas abusivas, de qualquer natureza, exercida de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação, constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio de ofensa aos seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos”, os quais podem ser objeto de reparação em virtude da responsabilidade social atribuída às empresas, a partir da função social ostentada no art. 170 da Constituição. A desumanização das relações de trabalho está impregnada dos valores organizacionais brasileiros

Com essa hipótese, o empregado sofre violência psicológica da própria empresa pelo ambiente de trabalho que está inserido.

A principal forma de manifestação do assédio organizacional é a gestão por estresse, assim entendida aquela que visa o “aumento da eficiência ou rapidez na realização de uma tarefa”, mas de modo incompatível com os recursos disponíveis, de forma que este excesso pode acarretar danos à saúde do empregado (HIRIGOYEN, 2010, p. 23).

Adriane Reis de Araújo (2006, p. 107) ao definir o assédio moral organizacional, leciona:

configura o assédio moral organizacional, o conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas de metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

5 CARACTERÍSTICA JURÍDICA DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho, afeta questões constitucionais e do direito do trabalho, haja vista, que o não cumprimento de questões contratuais, desrespeitando os princípios da boa fé e da reciprocidade nas relações trabalhistas.

Na atualidade não temos uma lei específica sobre esse tema, mas além de necessitarmos de regulamentações pelo poder público, tem que se fazer necessário uma campanha de conscientização por parte das instituições para se evitar futuros assédios, haja vista, que, com as campanhas de conscientização, prevenção e principalmente orientação, poderemos evitar esse mal que tanto afeta a classe trabalhadora.

Como ofensor as questões jurídicas, o Assédio Moral infringe normas contratuais vigentes na Consolidação das Leis do Trabalho que constituem obrigações mútuas entre trabalhador e empregador. Esse tipo de violação aos preceitos da CLT sujeita quem assedia a indenizar o assediado por danos morais, além de afetar a Dignidade da Pessoa Humana e seus respectivos direitos a persona previstos na Constituição Federal artigo 5, inciso X.

Nesse caso o agressor deverá responder não só na área trabalhista, mas também na civil, que incide na indenização por danos morais sofridos, podendo até ser respondida no penal, e tipificando aquilo que se considera uma prática abusiva e evitando a ação dos agentes agressores.

6 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

A maioria das consequências do assédio moral no ambiente de trabalho caem sobre os sujeitos envolvidos, a empresa e o ambiente de trabalho.

Os efeitos sentidos pela vítima são o estresse e a ansiedade, a depressão, distúrbios psicossomáticos, podendo chegar, nos casos extremos ao estresse pós-traumático. Gerando sentimentos de vergonha, humilhação, perda do sentido, podendo chegar a modificações psíquicas, como neurose traumática, psicose e paranoia. (HIRIGOYEN, 2005, p. 159-182).

Com isso, os efeitos destrutivos que o assédio moral no trabalho provoca não se limitam ao aspecto físico, podendo gerar, também distúrbios psicossomáticos. Isso, pois, o corpo registra a agressão antes do cérebro, que por sua vez, se recusa a enxergar o que não entendeu. Assim, mais tarde, o corpo denunciará o traumatismo e os efeitos ocorrerão. (HIRIGOYEN, 2005, p. 159 - 160).

Como explica Fonseca, as situações de ameaça levam as pessoas a entrarem em um estado de prontidão que as induz às mais diversas manifestações psicossomáticas ou a profundos estados de depressão, drogadição ou até mesmo ao suicídio (2003, p. 675).

Os distúrbios psicossomáticos acontecem sob a forma de emagrecimento intenso ou por meio de rápidos aumentos de peso, distúrbios digestivos, endocrinológicos, crises de hipertensão arterial incontrolável, indisposições, vertigens, doenças da pele, dentre outras (FALKEMBACH, 2007).

Os danos emocionais alcançam a vida familiar e social da vítima. Através do trabalho que é a principal fonte de reconhecimento social e realização pessoal. do homem e, portanto, na medida em que percebe que está perdendo sua identidade social, sofre uma queda na autoestima e surge o sentimento de culpa. A vítima se torna amarga, desagradável (GUEDES, 2003, p. 94).

Não obstante, a relação familiar se arruína quando se torna a válvula de escape da vítima, pois esta passa a descarregar sua frustração nos membros da família (GUEDES, 2003, p. 94).

Normalmente, o assédio moral resulta na saída da vítima de seu emprego, num estado tão debilitado que sequer possui condições físicas ou psicológicas de se recolocar

no mercado de trabalho. Essa situação se agrava quando a vítima se dá conta de que o mercado de trabalho não absorverá uma pessoa em tal estado, e, portanto, resta comprometido o meio da sua subsistência e de sua família.

7. CONCLUSÃO

O Assédio moral no trabalho, resumidamente, pode ser considerado uma conduta abusiva (humilhante) que ocorre com certa frequência e causa prejuízos na vida profissional e pessoal dos envolvidos. Dependendo de quem pratica e de quem sofre o assédio, ele recebe uma classificação diferente. É chamado de vertical descendente quando praticado por superior hierárquico contra funcionário de nível mais baixo; é do tipo vertical ascendente quando praticado por subordinado contra superior hierárquico; e é classificado como horizontal quando envolve colegas de mesmo nível hierárquico.

O profissional responsável pela segurança no trabalho deve, juntamente com os profissionais do RH, observar as atitudes que ocorrem no dia a dia de todos os funcionários da empresa a fim de verificar atitudes que podem evoluir para casos de assédio moral e tentar encontrar maneiras de solucionar esses casos. Isso porque o assédio moral além de impactar no ambiente de trabalho, causa inúmeros afastamentos para o tratamento psicológico dos envolvidos.

Quando não resolvidos internamente, os casos de assédio moral podem ser levados à justiça. Como são muito difíceis de provar, normalmente só quando se tem testemunhas é que os agressores são punidos. O que se pôde verificar nesse trabalho é que em grande parte dos casos de assédio moral que ocorrem no ambiente de trabalho (quase 70%) a vítima conseguiu provar e o agressor recebeu alguma punição.

Por se tratar de um assunto com pouca legislação, a melhor maneira de tentar solucionar o problema e diminuir a sua incidência é divulgar mais informações sobre esse assunto e alertar as pessoas de que algumas atitudes não são saudáveis. Lógico que um ambiente competitivo é necessário para o desenvolvimento de uma empresa, mas essa competição deve ser estimulada de maneira natural e saudável, sem que para isso sejam necessárias situações humilhantes e constrangedoras.

É essencial que o Estado dispense maior atenção ao tema aqui estudado "assédio moral", criando leis específicas, em sincronia com o desenvolvimento social, que previnam, reprimam e repare os danos advindos das ações de assédio moral, possibilitando assim, juntamente com uma sociedade consciente, uma vida digna para cada trabalhador.

8 REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Emprego**. Curitiba. Juruá editora. 2007.

BARRETO, Margarida. **Uma Jornada de Humilhação**. 2000. 273 f. Dissertação de mestrado em Psicologia. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2000.

CARO, Flavia. **Assédio Moral no Trabalho: Como as Políticas de Saúde e Segurança podem ajudar na prevenção**. Disponível em: <<http://blog.gaveteiro.com.br/2018/04/16/assedio-moral-no-trabalho-como-as-politicas-de-saude-e-seguranca-podem-ajudar-na-prevencao/>> Acesso em: 21 mai. 2021.

CERQUEIRA, Vinícius da Silva. **Assédio Moral Organizacional nos Bancos**. São Paulo. LTR Editora. 2015.

DA SILVA, Jorge Luiz de Oliveira. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho**. Rio de Janeiro. Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

DE CARVALHO, Nordson Gonçalves. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. São Paulo. Ridel. 2009.

FERREIRA, Leandro Silveira. PEIXOTO, Neverton Hofstadler. **Segurança do Trabalho I**. Santa Maria. UFSM. 2012.

GARCIA, Elias. Pesquisa bibliográfica versus revisão bibliográfica - uma discussão necessária. **Revista Línguas e Letras**, Cascavel, v.17, n. 35, p. 291 – 294, mai. 2016.

GASTAUD, Eduardo. **A Segurança no Trabalho Contra o Assédio Moral**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/cotidiano/a-seguranca-no-trabalho-contra-o-assedio-moral/76200/>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre. Editora UFRGS, 2009.

GUEDES, Marcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo. LTr. 2003.

Lei no. 4.595 de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm> . Acesso em 29 mai. 2021.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2010.

Mundo Carreira. **Entenda melhor a lei de assédio moral no trabalho e saiba se defender de abusos**. Disponível em: <<http://www.mundocarreira.com.br/dicas/entenda>>

melhor-lei-de-assedio-moral-trabalho-e-saiba-se-defender-de-abusos/>. Acesso em 22 mai. 2021.

O **que** **é** **assédio**
moral? Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article1>>. Acessado em: 20 mai. 2021.

O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

STEBBIN ATHAIDES ROBERTO DA SILVA:

Pós-Graduado em Execução Penal e Tribunal do Júri, Pós-Graduado em Lei Geral de Proteção de Dados, Pós-Graduado em Direito Administrativo, Pós-Graduado em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil e Pós-Graduado em Direito Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco⁹.

RESUMO: Este trabalho sobre a assistência jurídica gratuita no tocante ao serviço fornecido pela Defensoria Pública tem a finalidade de analisar o direito material firmado na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, a evolução de sua previsão dentro dos textos legais e a atribuição da função de resguardar a garantia desse acesso e efetivá-lo à instituição da Defensoria Pública, discorrendo sobre como a evolução socioeconômica e cultural do Brasil culminou à existência de um direito tão fundamental que, apesar de constar no Texto Magno, encontra diversas barreiras que impossibilitam sua plenitude na prática. Para isso, foram utilizados o método hipotético dedutivo, bem como pesquisa qualitativa e embasado em revisão bibliográfica e documental, tendo como marco teórico o direito à Justiça e à cidadania. Quanto aos resultados de pesquisa, certificou-se que a instituição da Defensoria Pública é essencial para o pleno exercício da cidadania brasileira, sobretudo por possibilitar aos necessitados a defesa efetiva de seus direitos, ainda que os incentivos sejam escassos e o próprio ambiente jurídico eivado de defeitos de diversas naturezas. Concluiu-se, por fim, que há a necessidade de uma investigação mais profunda acerca dos mecanismos de efetivação do acesso à Justiça para a compreensão da sua essencialidade para o povo brasileiro.

Palavras-chave: 1 Justiça; 2 Acessibilidade; 3 Defensoria Pública; 4 Assistência jurídica gratuita.

ABSTRACT: This work on free legal assistance in relation to the service provided by the Public Defender's Office has the purpose of analyzing the material law established in the Constitution of the Brazilian Federative Republic of 1988, the evolution of its provision within the legal texts and the attribution of the function of safeguarding the guaranteeing this access and making it effective at the institution of the Public Defender's Office, discussing how the socioeconomic and cultural evolution of Brazil has culminated in the

⁹ E-mail: stebbin.adv@gmail.com

existence of such a fundamental right that, despite appearing in the Great Text, encounters several barriers that make it impossible to achieve in practice. For this, the hypothetical deductive method was used, as well as qualitative research based on bibliographic and documentary review, using the right to justice and citizenship as a theoretical framework. Regarding the research results, it was certified that the institution of the Public Defender's Office is essential for the full exercise of Brazilian citizenship, above all because it enables those in need to effectively defend their rights, even though incentives are scarce and the legal environment itself is riddled with defects of various natures. Finally, it was concluded that there is a need for deeper investigation into the mechanisms for implementing access to Justice in order to understand its essentiality for the Brazilian people.

Keywords: 1 Justice; 2 Accessibility; 3 Public Defender's Office; 4 Free legal assistance.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Acesso à justiça como direito material. 1.1 Os mecanismos de acessibilidade ao direito material. 1.2 A Defensoria Pública como órgão responsável ao acesso à justiça. 2 O papel da Defensoria Pública no âmbito da justiça multiportas. 3 *Global Access To Justice Project*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça, contemporaneamente, é tido como direito fundamental intrínseco à cidadania, propondo uma tarefa de integração democrática e igualitária. Trata-se, nestes moldes, de uma garantia ao acesso formal do direito subjetivo que, pela sua própria natureza, se fundamenta em conceito amplo e vago.

Por se tratar de direito material e fundamental, encartado na Lei Máxima da República Federativa do Brasil, a criação e o investimento em políticas públicas voltadas à materialização do direito de acesso à Justiça são essenciais para o exercício pleno da cidadania, do Poder Judiciário e da própria sociedade democrática em que se assenta.

Nesse ínterim, o presente trabalho se propõe a analisar o alcance da materialidade da garantia constitucionalmente do acesso à Justiça e, nessa direção, a função da instituição da Defensoria Pública como medida a amplificar o referido acesso, posto que o socorro ao Poder Judiciário é justamente o caminho que visa analisar, reparar ou desfazer a violação de um direito e da necessidade de se possibilitar e viabilizar o alcance do remédio jurídico quando da ocorrência do desrespeito do direito material. Propõe-se, ainda, uma abordagem da atuação extrajudicial da Defensoria Pública no contexto do modelo de justiça multiportas.

Desse modo, para o estudo do tema, será utilizado o método de procedimento hipotético-dedutivo, pelo qual será analisada a situação-problema da vulnerabilidade do sistema jurídico em limitar-se à utopia de igualdade entre partes antagônicas dentro dos méritos judiciais e como o desdobramento do próprio acesso de reivindicação do direito, que será norteado e avaliado pelo direito à justiça e à cidadania, bem como compreender o papel atribuído à Defensoria Pública para a execução e efetividade de obtenção de uma solução justa das disputas judiciais, a fim de a decisão legal ser definida independentemente de condições socioeconômica, raça, sexo, classe social ou gênero, objetivando se encontrar uma possível solução e explicar as causas e efeitos na problemática levantada.

O primeiro item tem a proposta de analisar o acesso à Justiça como direito material, os obstáculos que sua efetividade enfrenta ao longo da jornada jurídica e as perspectivas de aprimoramento desse acesso em busca de uma sociedade mais justa e inclusiva. Como subitens, tem-se por propósito a análise dos mecanismos de acessibilidade ao direito material e, também, da instituição da Defensoria Pública na vertente de ser a expressão de política pública do acesso ao Poder Judiciário.

No segundo item deste trabalho, faz-se a análise do papel da Defensoria Pública no âmbito da justiça multiportas, enquanto instituição resolutiva dos litígios que afligem o público assistido fora das estruturas da jurisdição estatal.

Por último, o terceiro e final tópico busca analisar um projeto complementar às Ondas Renovatórias do Projeto Florença, intitulado *Global Access To Justice Project*, sendo um ensaio sobre o direito de acesso à justiça na atualidade nos mais diversos ordenamentos jurídicos globais.

Como hipótese inicial será adotada a premissa da posituação do direito em comento nos textos legais e vigentes da República do Brasil como princípio dessa garantia ampla, com análise do alcance da amplitude da prescrição legal e quais as atitudes tomadas pelos órgãos e poderes competentes a fim de mensurar a intenção de emancipar a cidadania, no que tange ao Poder de Justiça, aos cidadãos pertencentes ao Estado brasileiro.

1 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO MATERIAL

Quando do seu surgimento como direito individual e específico, o acesso à justiça nos séculos XVIII e XIX limitava-se justamente à filosofia individualista de propor ou contestar uma ação, na medida que sua essência se fundava na teoria dos “direitos naturais”, de modo que a intervenção estatal, nesse sentido, visava apenas ao impedimento de sua violação, com uma conduta passiva em relação ao efetivo

conhecimento e perseguição da manutenção dos direitos individuais na prática (CAPPELLETTI, 2002).

Como já é possível deduzir da visão individualista, não havia uma preocupação do alcance desse direito por toda a população de uma sociedade; ao contrário, para recorrer-se do Poder Judiciário era necessário arcar com todos os seus custos, não sendo sequer notado como um problema a diferença por vezes inerente entre os litigantes em acessar recursos jurídicos na defesa de seus interesses.

Logo, é perceptível que um dos primeiros desafios na jornada de acesso à Justiça é a disparidade econômica. A representação judicial de qualidade está não apenas ligada ao conhecimento da noção do direito próprio, mas também de ter acesso às ferramentas que possibilitam sua defesa quando há uma violação ou contradição de aplicabilidade de uma norma.

Por óbvio, com a ampla divulgação da noção de direitos humanos, o mundo moderno se viu enfrentado pela necessidade de preocupar-se com o acesso à justiça para os setores menos abastados da sociedade, perspectiva esta que tem a intenção de garantir aos litigantes miseráveis, ignorantes, de baixa renda ou baixo conhecimento de obterem assistência judiciária com a mesma qualidade que receberiam acaso tivessem condições de contratar advogados particulares a fim de apoiar os interesses difusos desses indivíduos (QUEIROZ, 2020).

É essencial ter a percepção de que países como o Brasil, mesmo que intencionalmente preocupados com a amplitude de suas garantias, possuem uma formação cidadã deficitária que, na raiz da situação, é incapaz de solucionar o problema que não tem a causa surgida da paridade ou disparidade dos métodos jurídicos aplicáveis ao caso concreto, mas é marcado por profundas desigualdades socioeconômicas que infiltram a tentativa de solução proposta.

Nesse diapasão, o exímio professor Mauro Cappelletti é didático ao lecionar:

O estudo [jurídico] era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as normas de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das

preocupações reais da maioria da população. (CAPPELLETTI, 2002; p. 12)

É, justamente, a compreensão difusa do conceito de direitos humanos e sua garantia proclamada que deu sentido aos direitos e deveres sociais dos governos, governantes, comunidades, indivíduos, órgãos e associações. Foi, a partir do momento em que a negligência e inatividade estatal teve seus piores acontecimentos nas mãos de lideranças autoritárias que a atuação positiva do Estado mostrou-se necessária a plenamente garantir e assegurar os direitos prescritos em textos legiferantes. Entendeu-se, portanto, que o sentido da efetivação de garantias de diversas naturezas perde sua lógica quando se denota a ausência de mecanismos capazes de permitir sua reivindicação e defesa.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1934, inovando no ordenamento jurídico-constitucional, previu expressamente o direito de acesso à Justiça aos necessitados por meio de órgãos especiais que deveriam ser criados para esse fim. No plano infraconstitucional, notabilizou-se a adoção de um modelo *judicare* com a edição da Lei n. 1.060/50, isto é, com a remuneração pelo Estado de Advogados particulares que exerciam a prestação de serviço de assistência judiciária. É, no entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 que, após muitas discussões no âmbito da assembleia constituinte, efetiva-se o modelo público de assistência jurídica, "*in verbis*":

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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e

coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal .

Concebe-se, pelos dispositivos retrotranscritos, que o ordenamento jurídico pátrio, além de franquear o livre acesso ao Poder Judiciário diante de uma hipótese de lesão ou ameaça a direito, buscou democratizar o acesso ao incumbir o Estado do descer de prestar a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovadamente não ostentarem recursos suficientes ao custeio dessa atividade, acometendo à Defensoria Pública, enquanto instituição autônoma, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, essa hercúlia missão. Reveste-se, assim, de inegável caráter material o direito de acesso à Justiça.

1.1 Os mecanismos de acessibilidade ao direito material

Após a longa trajetória de se perceber, dentro do âmbito social, a necessidade de reconhecimento do acesso livre e integral à Justiça como pertencente a todo e qualquer indivíduo que integre a comunidade, o enfoque ao seu acesso é o passo pelo qual os direitos se executarão, de modo que a discussão teórica de regras processualistas não podem se realizar mediante análises neutras, isto é, fechadas para contextos diversos e com um nicho demasiadamente específico, posto que o exercício dessa técnica traz um modelo utópico de igualdade que se torna inaplicável à realidade, notadamente diante da notável desigualdade social que assola a população brasileira.

É fundamental que haja, em razão desta peculiaridade, o reconhecimento de que as técnicas judiciais servem aos propósitos das questões sociais, havendo de se perceber que até o modo como se regulamenta as regras processuais direciona a execução do processo, mas também de como ele será perseguido por seus titulares.

Nessa direção, há também que se valorizar as técnicas anteriores ao ajuizamento de um conflito de interesses, ou seja, a promoção da educação jurídica desde suas fases iniciais numa educação continuada é valiosa estratégia nesse propósito, abrangendo, inclusive, atuação para busca da solução consensual do litígio por meio de técnicas autocompositivas e heterocompositivas alheias à jurisdição estatal. Isso significa dizer que uma sociedade informada de seus direitos e, ainda, de como acessá-los correta e satisfatoriamente faz surgir uma sociedade mais capacitada para exigir da justiça a demanda que lhe antagoniza ou prejudica, contribuindo à construção de uma cultura que valoriza o acesso à Justiça como um direito alienável.

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe

um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI, 2002; p. 13)

Ainda nesta lógica, Cappelletti brilhantemente argumenta, conforme já mencionado em tópico retro, que existe um obstáculo em relação ao reconhecimento da existência de um direito juridicamente exigível e que, em razão do crescimento disfuncional da sociedade em termos socioeconomicamente desiguais, a maioria dos indivíduos comum não podem e não conseguem superar barreiras que se prontificam diante do acesso pleno à Justiça.

Surpreendentemente, não é apenas aos miseráveis que tais barreiras se apresentam, mas ao cidadão consumidor bem-informado também falta o conhecimento jurídico básico para compreender, contestar e até mesmo realizar objeções dos pactos que realiza e de condutas que cometem.

Quesitos pertinentes à burocracia e formalidade dos procedimentos judiciais, além de seus ambientes intimidadores, regras ocultas e figuras intimidadoras como de juízes e advogados fazem com que o litigante se sinta um estrangeiro, alguém que não possui a capacitação necessária para estar presente em um ambiente como aquele, ainda que seja titular do direito e todo o aparato jurídico tenha se movimentado e, inclusive, existido, com o propósito de esclarecer e decidir sobre interesses conflitantes.

A junção desses fatores prejudiciais que se estendem na evolução sócio-histórica do Estado brasileiro são cristalinos para atestar que, apesar da formalização e positivação dos termos que permitem a qualquer indivíduo acessar o Poder Judiciário na busca de seus direitos, a prática desigual de funcionamento da sociedade fez surgir, há muito, a consideração pela necessidade de promoção da assistência judiciária de forma gratuita. Como dito, a Constituição da República já previa a importância de se criar um órgão específico com a função de prestar assistência judiciária à população (BRASIL, 1934).

Seguindo a perspectiva histórica, a Carta Magna de 1967 pouco discorreu sobre a assistência judiciária em sua modalidade gratuita, deixando a regulamentação nas mãos do legislador ordinário e, finalmente, na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, finalizou-se a redação mais democrática já registrada na história do país, proposital e intencionalmente voltada à emancipação cidadã dos brasileiros no que se refere à democratização do acesso à Justiça.

Enquanto nas primeiras Constituições os principais objetivos eram a limitação do poder dos monarcas, a afirmação do império da Lei e a proteção das liberdades individuais, as mais recentes guiam-se por valores democráticos, enfatizando os direitos sociais. A meta não é apenas limitar o poder absoluto e assegurar direitos, mas ser um

instrumento para a realização da justiça social e para a promoção de direitos, incorporando valores da igualdade social, econômica e cultural. (SADEK, 2004, p. 79)

Desta forma, assentado o entendimento no sentido de que a previsão do direito à assistência jurídica integral e gratuita na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional é primordial e, superado tal passo, surgiu a necessidade de se delegar a determinada instituição estatal a obrigação de gestar a questão e efetivamente fornecer o serviço público que, por sua natureza, é gravado pela marca da gratuidade, sem que isso lhe retire a qualidade do serviço ofertado.

1.2 A Defensoria Pública como órgão responsável ao acesso à justiça

Uma vez superada a questão de próprio reconhecimento do direito de acesso à Justiça, surgiu-se por consequência a necessidade de delegação das atividades pertinentes e decorrentes desse direito a um órgão que tenha especificamente a função de gerir a assistência jurídica com o incentivo e financiamento estatal.

QUEIROZ, 2020, é objetiva ao analisar a evolução do raciocínio de qual órgão se responsabilizaria pelo fornecimento em questão. A discussão obtida da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 foi incumbida de decidir pela política vigente. Inicialmente, conforme descreve a autora, a situação de assistência gratuita foi outorgada às Procuradorias dos Estados, mas as contestações em relação ao órgão assumir tal compromisso referia-se à sua responsabilidade primordial, qual seja, a responsabilidade de representação e consultoria jurídica do Estado, de modo que a cumulação dessa função com a prestação de assistência jurídica gratuita poderia tornar-se incompatível, vez que não é raro a população carente ajuizar demandas pleiteando direitos justamente contra o Estado.

A discussão seguiu para, finalmente, determinar a função às Promotorias até a completa instalação das Defensorias Públicas, ocasião em que a responsabilidade seria integralmente transferida ao segundo órgão.

Assim, diante da iminente demanda, observadas as circunstâncias socioeconômicas do Brasil, o vácuo a ser preenchido pela prestação dessa assistência aos necessitados, a capacidade estatal em fornecer tal serviço, o consenso obtido foi de nacionalmente reconhecer à instituição da Defensoria Pública como “responsável pela assistência jurídica aos vulneráveis em âmbito nacional pela Constituição Cidadã. Esta instituição existe em âmbito federal e estadual.” (QUEIROZ, 2020; p. 68).

Após diversas análises e divergências acerca da funcionalidade, alcance, investimento e autonomia da instituição, o mandamento constitucional que ordenou sua criação restou assim editado:

Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos vulneráveis. (BRASIL, 1988)

Ainda, cabe mencionar que foi apenas e justamente pelo advento da Carta Magna de 1988 que houve também uma melhor conceituação e segregação do termo *assistência jurídica*, posto que antes da referida promulgação, o termo significava o serviço, o benefício processual e o órgão que o efetivava e, só após a Constituição Federal de 1988 foi possível distinguir o serviço (assistência jurídica) do órgão responsável pelo seu fornecimento (Defensoria Pública) (QUEIROZ, 2020; p. 74).

Segundo dados compilados no sítio “Pesquisa Nacional Defensoria”[1], a instituição da Defensoria Pública possui, atualmente, 7.200 (sete mil e duzentos) Defensores Públicos em todo país, encontrando-se instalada em todos os Estados-membros da federação, no Distrito Federal e, ainda, perante a União.

Especificamente no Estado do Mato Grosso do Sul, em novembro de 2023, a instituição da Defensoria Pública conta com 205 (duzentos e cinco) membros, o que representa 2,86% do quantitativo total de Defensores Públicos do país.

2 DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MULTIPORTAS

Em superação ao dogma de que acesso à ordem jurídica justa é acesso ao Poder Judiciário, compreende-se, atualmente, o sistema de justiça como sendo um sistema multiportas, isto é, no qual o Poder Judiciário não é o único meio possível para a solução de controvérsias, sobretudo com o advento do Código de Processo Civil editado em 2015.

A origem da expressão “Justiça Multiportas” remonta aos trabalhos do professor Frank Sander[2], da universidade de Harvard, que introduziu no universo jurídico a nomenclatura “centro abrangente de justiça”, que adiante cunhou como sendo o “Tribunal Multiportas”. A ideia exsurge no contexto de que para cada tipo de litígio há o direcionamento para um método adequado de resolução, que não necessariamente integra as estruturas da jurisdição estatal.

A esse respeito, Leonardo Carneiro da Cunha[3] leciona:

Costumam-se chamar de 'meios alternativos de resolução de conflitos' a mediação, a conciliação e a arbitragem (Alternative Dispute Resolution – ADR). Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam 'alternativos': mas sim integrados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal. Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal

Cumpra dizer que esse sistema multiportas traz diversas possibilidades de resolução do conflito, podendo inclusive ser criado um mecanismo específico para cada caso concreto. No entanto, as formas de solução adequada de conflitos mais utilizadas são a jurisdição (estatal e não estatal, nessa última hipótese a arbitragem), a negociação, a conciliação e a mediação.

Trata-se a justiça multiportas de fenômeno relacionado a falha ou deficiência na atuação estatal da missão consistente no monopólio de julgar, em razão de o Estado ter assumido abundantes atribuições, sem conseguir exercer com eficiência muitas delas[4].

Diante de um contexto de uma enormidade de demandas, leciona Luiz Fux *et al.*[5]:

[...] ao mesmo tempo em que se lutou muito para que houvesse o acesso à justiça, sua facilitação erodiu a eficiência e a celeridade com que se deveriam resolver os conflitos aplicando-se a máxima "*better the roads, more the traffic*", a Justiça ficou muito abarrotada de processos, ações e recursos.

O cenário instalado, de manifesta impossibilidade de o Poder Judiciário se desvencilhar com eficiência de sua missão de julgar os processos e promover a pacificação social, decorrente de uma cultura litigante e historicamente alinhada à rivalidade, potencializou o implemento de institutos a fim de promover a adequada solução dos conflitos fora das estruturas da jurisdição estatal.

Calha consignar que o sistema multiportas de solução de conflitos se instala para tentar satisfazer, de maneira otimizada, a solução das demandas, atentando-se para a alternativa mais adequada para se resolver o conflito em mãos. Para tanto, as partes podem optar por resolverem a demanda pela via da autocomposição ou pela heterocomposição, franqueando-se, a todo momento, a utilização da tutela jurisdicional.

No âmbito da justiça multiportas, destaca-se que a Defensoria Pública tem, por imperativo constitucional, o dever institucional de promover a solução extrajudicial do litígio, vez que a Constituição Federal incumbe à instituição, em seu art. 134, *caput*, o dever de promover a orientação jurídica, em todos os graus, inclusive extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Nessa linha, a Lei Complementar n. 80/94, com redação dada pela Lei Complementar n. 132/09, dispõe, em seu art. 4º, II, como função institucional da Defensoria Pública “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos”.

A par da previsão legal supracitada, mostra-se viável a criação de núcleos específicos no âmbito da Defensoria Pública para solução adequada de conflitos, valendo citar, a título ilustrativo, a criação de Câmara de Conciliação de Conflitos de Família pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, criada pela Resolução DPGE n. 134, de 31 de maio de 2017[6].

Para potencializar as técnicas compositivas de conflitos por membros da Defensoria Pública, a Lei Complementar Federal n. 80/94 estabelece, em seu art. 4º, §4º, que o “instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público”, previsão esta que encontra consonância com as disposições do Código de Processo Civil, cujo dispositivo segue abaixo transcrito:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

Portanto, compreende-se que a instituição da Defensoria Pública, enquanto essencial à atividade jurisdicional do Estado, exerce papel de relevo no âmbito da denominada Justiça Multiportas, de modo que a ampliação da atuação extrajudicial, com

a aplicação de métodos adequados para a solução do conflito, mostra-se imperiosa para o atual quadro que se encontra o sistema de justiça distributiva, especialmente quanto ao seu mister de promover a pacificação social.

3 “GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT”

Fruto da reunião de diversos especialistas em nível mundial em tema do direito do acesso à Justiça, o *Global Access To Justice Project*[7] propõe a elaboração de relatórios globais temáticos, analisando as novas e emergentes tendências de acesso à justiça. A análise pelos colaboradores do projeto envolve a verificação de barreiras econômicas, sociais, culturais e psicológicas que impedem ou inibem muitos, e não apenas pobres, de acessarem e fazerem uso do sistema de justiça. E devido a sua abordagem epistemológica multidimensional única e ao amplo alcance geográfico, o projeto possui a ambição de se tornar a pesquisa nacional mais abrangente já realizada sobre o acesso à justiça.

Trata-se, em verdade, de uma proposta complementar aos trabalhos e pesquisa realizada pelos Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em seu intitulado Projeto Florença, que reuniu, na década de 1970, mediante remessa de relatórios por diversos países, informações sobre o direito ao acesso à justiça em diversos países.

Na metodologia empregada pelo Projeto, desenvolve-se uma lógica de que, atualmente, existem 11 (onze) ondas de acesso à Justiça[8]. A referência à palavra “onda” é uma metáfora empregada pelo Projeto Florença quanto à necessidade de superação de barreiras para concretização do direito de acesso à Justiça.

A primeira onda renovatória diz respeito aos custos para a resolução de litígios no âmbito do sistema judiciário formal e serviços jurídicos assistenciais para os mais pobres e vulneráveis. No âmbito doméstica, a superação a essa barreira pode ser exemplificada por institutos tais como o da gratuidade de justiça, regulamentado no art. 98 e seguintes do Código de Processo Civil, que estabelecem a possibilidade de se demandar e ser demandado, independentemente da antecipação de pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, em favor daqueles que não ostentarem condição para suportar o pagamento da respectiva retribuição, bem como na criação dos Juizados Especiais, que dispensam, em primeiro grau de jurisdição, o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, independentemente da condição econômico-financeira das partes.

A segunda onda renovatória diz respeito às iniciativas contemporâneas para se garantir representação dos direitos difusos e coletivos. Em tema de direitos transindividuais, há uma dificuldade de representação da coletividade ou grupo que teve

o direito violado. De igual forma, há situações em que a lesão individualmente considerada por ser tão inexpressiva que sequer compense ingressar no Poder Judiciário para reclamar a recomposição do dano experimentado; que, numa perspectiva coletiva, pode sim ter uma extensão considerável. Justamente nesse contexto que se mostra viável a coletivização do litígio, através de técnicas e institutos adequados para a solução dessa forma especial de litígio, tal como ocorre, por exemplo, em ações civis públicas ajuizadas sob o rito da Lei n. 7.347/85.

A terceira onda renovatória guarda relação com as iniciativas para aprimoramento do procedimento e as instituições que compõe o sistema de processamento de litígios, no âmbito do processo civil, no âmbito do processo penal, quanto ao emprego de métodos alternativos/adequados de resolução de conflitos e, por fim, quanto à simplificação legal e atalhos no processo jurídico. Nessa onda ressoa a voz dos defensores do sistema de justiça multiportas e daqueles que defendem a possibilidade de flexibilização procedimental de acordo com as características do direito material que estiver sendo objeto de discussão no processo.

A quarta onda renovatória, desenvolvida pelo Professor Kim Economides, preconiza uma análise sobre a dimensão ética e política do direito, fundada na ideia de que o acesso à justiça exige que o Direito seja exercido por todos os seus atores com base na ética e probidade. A preocupação reside, então, quanto aos aspectos da formação dos atores que atuam no sistema de justiça.

A quinta onda renovatória aborda o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos. Numa perspectiva de constitucionalismo supranacional, entrelaçamento de diversas ordens jurídicas, e na busca de uma mínima proteção universal/regional a direitos humanos, houve uma expressiva modificação do conceito de cidadania, agora fulcrado também em instrumentos internacionais que gozam de caráter normativo e de sistemas que possibilitam a apuração e sanção por violação de seus preceitos.

A sexta onda renovatória tem por objeto iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à Justiça, cuja discussão no Brasil reflete desde a realização de audiências de custódia por videoconferência, até a aplicação de inteligência artificial no processo de criação da decisão judicial.

A sétima onda renovatória aplica-se na discussão sobre a desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça. Revolvem-se, então, temas atinentes a cotas raciais e de gênero no serviço público de justiça e, também, a adoção de protocolos de julgamento sob a perspectiva de gênero, inclusive como medida incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça.

A oitava onda renovatória faz uma abordagem sociológica sobre necessidades jurídicas (não atendidas) e a sociologia da (in)justiça, situações que, basicamente, afligem o processo de construção da decisão judicial e aplicação do pragmatismo e do consequencialismo.

A nona onda renovatória trabalha com abordagens antropológica e pós-colonial, especificamente no que se refere às dimensões culturais do problema de acesso e o aprendizado dos povos das “primeiras nações”. Trabalha-se, pois, que barreiras identificadas em civilizações e tribos pré-colombianas para acesso à justiça e os fatores sociais que potencializam a exclusão do sistema de justiça.

A décima onda renovatória preconiza a educação jurídica como fonte necessária à superação da barreira que impede o acesso à justiça. Engloba a atuação das mais variadas entidades e instituições vocacionais a promover a denominada “educação em direitos”, a fim de que a população tenha consciência de seus direitos e interesses, bem como da forma adequada de pleiteá-los.

Por fim, a décima primeira onda renovatória revela esforços globais na promoção do acesso à justiça. Trata-se de uma aplicação fluida de que os Estados soberanos, por suas instituições, devem envidar esforços para assegurar o direito de acesso à ordem jurídica justa.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, fez-se abordagem do acesso à justiça enquanto direito material, segundo o tratamento conferido no texto constitucional e, também, na legislação infraconstitucional.

A análise detalhada revelou desafios práticos para concretização do direito de acesso à ordem jurídica justa, especialmente a criação de uma instituição, integrante das estruturas do Estado, incumbida, dentre outras atribuições, da missão de ofertar aos hipossuficientes economicamente o serviço de assistência jurídica, como expressão do regime democrático: a Defensoria Pública.

Estabeleceu-se o regime jurídico da Defensoria Pública no desenvolvimento e amplificação do direito de acesso à Justiça, segundo delineado no texto constitucional, enquanto instituição vocacionada ao atendimento em prol de grupos vulnerabilizados.

Destacou-se que a atuação defensorial transcende o sistema de justiça decorrente da atuação do Poder Judiciário em processos judiciais, vez que os membros

da Defensoria Pública têm, por missão institucional, promover a solução extrajudicial dos litígios, o que revela a conexão com o sistema de Justiça Multiportas.

Por fim, destacou-se o avanço dos estudos envolvendo o direito de acesso à Justiça, em complemento ao conhecido Projeto Florença, pelo *Global Access To Justice Project* que, igualmente, sistematizou, metaforicamente, onze ondas renovatórias para tutela adequada do direito ao acesso à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). Anais. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Anais, 1994a. v.1 a 25. Disponível em: < <https://atlas.fgv.br/verbete/5742>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1967. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 12 nov 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 nov. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. 01 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9421_01_06_2017>. Acesso em: 14 nov. 2023.

FUX, Luiz et al. **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba: Foco, 2021.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Acesso à Justiça, uma nova pesquisa global. Disponível em: < <https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Perspectiva temática. Disponível em: < <https://globalaccesstojustice.com/thematic-overview/?lang=pt-br>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

SADEK, Maria T. A. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estud. av. 2004, vol.18, n. 51, pp.79-101.
PESQUISA NACIONAL DEFENSORIA. Disponível em: <<https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

QUEIROZ, Laryssa Saraiva. **Defensoria Pública: análise institucional da execução da política pública de assistência jurídica gratuita** / Laryssa Saraiva Queiroz. Teresina: EDUFPI, 2020. 171 p.

SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. Federal Rufes Decisions, n. 70, 1976 apud ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.

NOTAS:

[1] <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/>.

[2] SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. Federal Rufes Decisions, n. 70, 1976 apud ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9).

[3] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 637.

[4] ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 27. (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9).

[5] FUX, Luiz et al. *Tecnologia e justiça multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 4.

[6] https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9421_01_06_2017.

[7] <https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br>.

[8] <https://globalaccesstojustice.com/thematic-overview/?lang=pt-br>.

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

ALANA GABINO RODRIGUES:
Bacharel em Direito do Centro
Universitário FAMETRO¹⁰.

RESUMO: A cegueira deliberada é de origem inglesa e foi criada no final do século XIX adotando o sistema *Common Law* e se perfaz quando o agente cria conscientemente uma barreira para evitar ter ciência de qualquer característica suspeita sobre a procedência de suas ações ou omissões. Com intuito de compreender os argumentos fáticos e jurídicos aplicados à esta teoria, foi realizado estudo através de documentação indireta - com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias, além de documentação oficial. A finalidade da pesquisa é abordar os aspectos doutrinários da teoria da cegueira deliberada, seu conceito, origem e evolução, bem como, analisar os casos emblemáticos na jurisprudência brasileira em que a Teoria foi empregada. Além disso, a análise crítica da teoria da cegueira deliberada frente ao ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista sua similitude com o dolo eventual. Outrossim, a análise dos requisitos que foram utilizados nas decisões do juízo para aplicar esta teoria e verificar sua compatibilidade com o dolo eventual. E por fim, demonstrar que há possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro sem que haja desrespeito à essência da lei, visando reduzir o índice de impunidade e confirmar a eficácia da lei penal.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da cegueira deliberada. Dolo eventual. Lava-Jato.

ABSTRACT: Deliberate blindness is of English origin and was created in the late 19th century by adopting the Common Law system and is achieved when the agent consciously creates a barrier to avoid being aware of any suspicious characteristics about the origin of his actions or omissions. In order to understand the factual and legal arguments applied to this theory, a study was carried out through indirect documentation - with systematic observation, including bibliographic research of primary and secondary sources, in addition to official documentation. The purpose of the research is to address the doctrinal aspects of the theory of deliberate blindness, its concept, origin and evolution, as well as to analyze the emblematic cases in Brazilian jurisprudence in which the theory was used. In addition, the critical analysis of the theory of deliberate blindness in the face of the Brazilian legal system, in view of its similarity with eventual intent. Also, the analysis of the requirements that were used in the court's decisions to apply this

¹⁰ E-mail: alannagabino@gmail.com

theory and verify its compatibility with the eventual intent. And finally, to demonstrate that there is a possibility of its application in Brazilian law without disregarding the essence of the law, aiming to reduce the rate of impunity and confirm the effectiveness of the criminal law.

KEYWORDS: Deliberate Blindness Theory. Possible fraud. Car wash.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos Doutrinários Do Instituto Da Cegueira Deliberada. 2.1. Conceito. 2.2. Origem e Evolução. 3. Casos Emblemáticos na Jurisprudência Brasileira. 3.1. No Direito Comparado. 4. Críticas a Teoria da Cegueira Deliberada Frente ao Ordenamento Jurídico Pátrio. 4.1. A Problemática Similitude entre o Dolo Eventual e a Teoria da Cegueira Deliberada. 5. A Análise da Aplicação da Cegueira Deliberada. 5.1. A Operação Lava Jato. 5.2. A Compatibilidade entre o Dolo Eventual e a Teoria da Cegueira Deliberada. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A teoria da cegueira deliberada alude a situações em que o agente, de forma ignorante, se põe em situação de cegueira frente as circunstâncias fáticas penalmente relevantes, ou seja, nada mais é do que atribuir elementares do crime ao sujeito que age de forma intencional para não obter conhecimento de determinadas circunstâncias que demandem ações ou omissões, para sair impune e/ou obter vantagem ilícita.

Essa teoria é também conhecida por outros brocardos jurídicos como instruções do avestruz, evitação da consciência, *Willful blindness* e, tem origem no direito consuetudinário, utilizando-se o sistema *Common Law*.

É um princípio conservador, com poucos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas que se tornou de grande relevância por ser o precursor em casos de extrema e significativa importância para a *mens legis*, sendo um princípio muito utilizado em crimes de lavagem de capitais, como o furto no Banco Central do Brasil, a Operação Lava Jato (a qual foi responsável nacionalmente pela inserção desta teoria no direito brasileiro) e a Ação Penal 470 (popularmente conhecida como o Escândalo do Mensalão).

Neste diapasão, diante do interesse de alguns países como o Brasil, adepto ao sistema *Civil Law*, os debates acerca de sua (in)aplicabilidade tem se intensificado cada vez mais. Muito embora, essa tese tenha sua origem no *Common Law*, diversos países adeptos à *Civil Law* vêm aplicando-a.

Diante disso, o objetivo deste artigo, é demonstrar que há possibilidade da aplicação do princípio da cegueira deliberada na jurisprudência brasileira sem que haja desrespeito à essência da lei, não obstante sua origem no sistema de *Common Law*. Utilizando-se para isso, metodologia bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

2. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS DO INSTITUTO DA CEGUEIRA DELIBERADA

2.1. Conceito

O princípio da cegueira deliberada tem o viés de punir aquele que se autocoloca deliberadamente em uma falsa situação de cegueira. É aplicado àquele que toma ciência da possível tipicidade de sua conduta.

Afirma VALLÈS (apud LUFER et al, 2009) que a jurisprudência dos Estados Unidos, ao longo do último século, aplica o raciocínio sobre a teoria da cegueira deliberada segundo o qual atua dolosamente o agente que preenche o tipo objetivo, ignorando algumas peculiaridades do caso concreto por ter se colocado voluntariamente em uma posição de alienação diante de situações suspeitas, procurando não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas.

Segundo Carlos Edinger (2019, p.150) a teoria se caracteriza quando:

Acima de qualquer dúvida razoável, a pessoa evita, deliberadamente, conhecer, em maior grau, determinado fato pertinente à prática de determinada conduta penalmente relevante, a ela atribuível, mesmo se tendo acesso a elementos que tornariam esse maior e melhor conhecimento possível.

Corroborando com o exposto acima, o entendimento de Correia:

Esse princípio foi gerado para situações em que o sujeito, percebendo a tipicidade de sua ação, se autocoloca em episódios de ignorância deliberada, com a finalidade de sair livre por tal ato (CORREIA, et al, 2018, p. 432)

Em outras palavras, o agente repele-se de elementos que poderia conseguir, procede esquivando-se de dados penalmente relevantes, fruto de uma decisão consciente, com objetivo de justificar futuramente o total desconhecimento de qualquer ilegalidade.

Ainda, sobre a caracterização da teoria da cegueira deliberada, no entendimento doutrinário de Barros e Silva (2015, p. 231), a teoria da cegueira deliberada:

Institui um argumento jurídico por meio do qual se procura impor responsabilidade penal àquele que, muito embora se encontre perante uma conduta possivelmente antijurídica, se auto-mantém em episódios de constante ignorância, desviando-se de todo e

qualquer mecanismo hábil a conceder-lhe maior grau de indubitabilidade quanto ao potencial ilícito.

Ante o exposto, é possível conceituar a teoria da cegueira deliberada na equiparação de uma conduta de um indivíduo que se coloca em situação de desconhecimento do ato ilícito que pretende realizar, criando obstáculos para ter reais noções do fato delituoso, como forma de alegar, em caso de possível punição imputável, que não sabia da ilicitude do ato que cometia, com a ação de um agente que tem conhecimento do resultado ilícito e ainda assim o realiza.

Desta forma, o que se observa é que há inúmeras formas de se mencionar este princípio, pois ele não se limita apenas aos delitos de lavagem de capitais, mas também aos delitos de contrabando, tráfico de drogas, entre outros.

2.2. Origem e Evolução

Historicamente, a Teoria da Cegueira Deliberada surgiu na Inglaterra, em sentença datada de 1861, no caso Regina v. Sleep. No entendimento de Ana Luiza Klein sobre o assunto em comento:

Sleep era um ferrageiro, que adentrou em navio de propriedade do Estado Inglês, onde havia contêineres com parafusos de cobre, alguns dos quais estavam identificados com sinal no modelo de uma flecha, que continham a marca da propriedade inglesa. Sleep foi considerado culpado pelo júri por desvio de bens públicos (para essa infração, era imprescindível o conhecimento por parte do agente). Ante as alegações da defesa do réu, de que o ferrageiro não detinha de conhecimento de que os bens pertenciam ao Estado, Sleep foi absolvido pelo juiz, sob o argumento de que não se constatou mediante as provas apontadas que o acusado tinha de veras ciência da origem dos bens, bem como não houve prova contundente de que Sleep se absteria de obter tal conhecimento. Este julgamento levou a assimilar que, caso ficasse confirmado que o réu tivesse abnegado de captar algum conhecimento da origem de tais bens, a pena adequada poderia correlacionar-se àquela posta aos casos de conhecimento (KLEIN, 2012, p.2).

Dessa forma, o júri da primeira instância lhe condenou como autor do delito de malversação de bens públicos. Em grau de recurso, Sleep afirmou que não tinha conhecimento de tal circunstância, e o Magistrado concluiu que a decisão do júri deveria ser revogada ante a inexistência de provas de que o acusado sabia que os bens marcados

eram de propriedade estatal, bem como por não haver elementos que atestassem que ele se absteve intencionalmente de obter tal conhecimento.

Sobre o tema, explicita Lima (2016, p. 326):

Por força dessa teoria, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime responde por ele como se tivesse tal conhecimento. Basta pensar no exemplo de comerciante de joias que suspeita que alguns clientes possam estar lhe entregando dinheiro sujo para a compra de pedras preciosas com o objetivo de ocultar a origem espúria do numerário, optando, mesmo assim, por criar barreiras para não tomar ciência de informações mais precisas acerca dos usuários de seus serviços.

O princípio da cegueira deliberada foi inserida na realidade jurídica americana com o caso *Jewell v. United States*, em 1976 na Califórnia, onde ganhou força e sofreu mutação, sendo aplicada de diversas formas, ou seja, conforme as circunstâncias do caso concreto, deixando de apresentar um fundamento sistêmico e passando a ser utilizada em outros países, como por exemplo, o Brasil, onde ela foi mencionada pela primeira vez no direito penal, especificamente no caso do Assalto ao Banco Central do Brasil em Fortaleza, no ano de 2005, segregando o pensamento de que teorias adotadas pelo sistema *commow law* não seriam compatíveis com o sistema *civil law*, o qual é adotado pelo nosso país.

A teoria ganhou destaque com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o caso "*In re Aimster Copyright Litigation*" (2003) que o acusado foi condenado por violação dos direitos autorais e sua defesa alegou o não conhecimento da antijuridicidade nos atos cometidos. Senão vejamos:

Nós também rejeitamos o argumento... Dessa forma, não pode prosperar a alegação de que ele não tinha o conhecimento da atividade ilícita, o que é uma exigência para a responsabilização pela conduta de contribuir para a infração de direitos autorais. Cegueira voluntária é o conhecimento [...] é a situação em que o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso [...].

Deste modo, como em todo princípio se requer requisitos para a sua aplicação, após os precedentes em nosso sistema, a teoria do avestruz evoluiu e passou-se a exigir alguns fatores relevantes, como bem assinala Gehr (2012, p. 07), com base nos pensamentos e ensinamentos de Husak e Callender:

Inicialmente, vale explorar a sabedoria de Husak e Callender em 1994, no qual estabelece que a cegueira deliberada se define em três fatores. Em primeiro lugar, o agente deve ter uma suposição fundamentada a respeito do concurso de elementos típicos em sua conduta. Os escritores, assim, limitam o princípio àqueles que tem compreensões objetivas para suspeitar, alongando os casos em que a desconfiança é injustificada, isto é, "sujeitos que padecem de delírios ou outras cismas". Em segundo lugar, o conhecimento de que o agente prescinde deve estar disponível, podendo ele conectá-las por meios "viáveis, rápidos e ordinários". Por último, Husak e Callender estabelecem um quesito estimulador, impondo que o agente tenha uma motivação para se ficar alienado: o interesse consciente de se dispor de uma razão de isentar de culpa ou responsabilidade caso seja descoberto. Restam ermos, os acontecimentos em que o desconhecimento é fruto de simples estupidez ou inexistência de curiosidade.

Para patentear com o exposto acima, o exímio doutrinador Sérgio Moro tem o seguinte entendimento:

Para caracterizar a cegueira deliberada a doutrina tem recepcionado a necessidade de dois requisitos, sendo, quando há evidências de que o agente tinha conhecimento de que os bens, direitos ou valores eram oriundos de fatos penalmente relevantes, e quando o sujeito se porta de modo apático a tal fato (MORO, 2007, p.95).

Acerca do assunto, leciona Nascimento (2010) que, valendo-se da teoria, é possível equiparar, a ação delituosa com a do agente que age com dolo eventual e exprime:

Para a teoria da cegueira deliberada o dolo aceito é o eventual. Como o agente procura evitar o conhecimento da origem ilícita dos valores que estão envolvidos na transação comercial, estaria ele incorrendo no dolo eventual, onde prevê o resultado lesivo de sua conduta, mas não se importa com este resultado. Não existe a possibilidade de se aplicar a teoria da cegueira deliberada nos delitos ditos culposos, pois a teoria tem como escopo o dolo eventual, onde o agente finge não enxergar a origem ilícita dos

bens, direitos e valores com a intenção de levar vantagem. Tanto o é que, para ser supostamente aplicada a referida teoria aos delitos de lavagem de dinheiro “exige-se a prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente.

Desta forma, o que se constata é que a formalidade exigida para a aplicação da evitação da consciência, os quais ora mencionados, devem estar presentes de modo paralelo e, explanam a similitude do instituto jurídico com o dolo eventual, insculpido na parte final do art. 18, inciso I do Código Penal Brasileiro.

3. CASOS EMBLEMÁTICOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, a primeira vez que um tribunal tratou da Teoria da Cegueira Deliberada de maneira explícita foi no julgamento da Apelação Criminal ACR nº 5520/CE pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja relatoria foi do Desembargador Rogério Fialho Moreira. Este caso emblemático ficou popularmente conhecido como “assalto ao Banco Central”, no ano de 2005 na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará.

Segundo Spencer Toth Sydow (2019), a exposição dos fatos apresentada na sentença, detalha que diversos indivíduos foram acusados pelo crime de furto qualificado pela subtração de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais) do Banco Central na madrugada do dia 05 para o dia 06 de agosto de 2005, por meio de uma escavação de túnel que media mais de 75 (setenta e cinco) metros de extensão. No dia seguinte, os supostos furtadores deslocaram-se até uma concessionária de automóveis e contraíram 11 (onze) veículos, realizando o adimplemento em espécie, no valor equivalente à R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais).

O objetivo principal dos criminosos era transportar para outros estados da federação, dentro dos carros comprados, os valores furtados para despistar as autoridades policiais.

Ao consentir com o pagamento, o juiz de primeira instância compreendeu que os responsáveis pela concessionária intencionalmente teriam se cegado a respeito do que estava diante de suas visões, isto é, os agentes deveriam presumir que aqueles valores eram de origem ilícita e ter empreendido alguma atitude, como noticiar a transação suspeita às autoridades competentes. Todavia, segundo o magistrado, eles preferiram se favorecerem daquela situação mantendo-se ignorantes acerca das condições que eram penalmente relevantes. Com isso, os responsáveis foram condenados pelo crime de

lavagem de dinheiro. Em recurso, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou a decisão do juiz, entendendo que:

[...] a imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva.

Diante disso, não obstante a Segunda Turma registrou em sua decisão a inviabilidade de condenação dos agentes por crime de lavagem de dinheiro em virtude também da atipicidade formal, haja vista à época existir um rol taxativo de crimes precedentes na norma jurídica para a configuração deste delito, e o furto não fazia parte deste rol.

Além disso, fundamentou-se, ainda, que a conduta narrada no tipo penal a qual se intencionava imputar aos responsáveis pela concessionária, não admitia o dolo eventual.

Posteriormente, a teoria foi utilizada na denominada "Operação Lava Jato" que transitou na 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, na seção judiciária do Paraná, na qual o magistrado Sérgio Fernando Moro, condenou os réus pela prática de corrupção e lavagem de dinheiro tipificadas, respectivamente, nos artigos 317 e 333 do Código Penal, e no artigo 1º, caput, inciso V, da Lei 9.613/98, cuja sentença teve o seguinte argumento:

Entendo que agiu dolosamente ao ceder sua conta para que Pedro Correa pudesse receber valores decorrentes do esquema criminoso da Petrobrás. Era um assessor de confiança de Pedro Correa. É possível que não tivesse conhecimento de detalhes do esquema criminoso da Petrobrás. Entretanto, o recebimento em sua conta de depósitos, em seu conjunto vultosos, sem origem identificada e estruturados, era suficiente para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos. Isso especialmente quando tornado notório a partir de 2006 que Pedro Correa, com a cassação de seu mandato parlamentar, estava envolvido em atividades criminais. (BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000).

Complementou o magistrado, ainda, invocando a cegueira deliberada:

São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da 'cegueira deliberada' ou '*willful blindness*' e que é equiparável ao dolo eventual da

tradição do Direito Continental europeu [...]. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos. (BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000).

Observa-se, portanto, o terreno enlameado deste princípio no ordenamento jurídico e a luta para aplicá-lo, pois esta teoria tem sido alvo de debates, sobretudo acerca de suas exigências e da atual tendência jurisprudencial de equipará-la ao dolo eventual.

3.1. No Direito Comparado

Tendo sua fonte histórica-jurídica no Direito Norte-Americano, inócuo vislumbrar o tratamento no sistema *Common Law*.

O autor Bruno Fontenele Cabral assegura em seu artigo que:

Segundo os autores ABRAMOWITZ & BOHRER (2007), a doutrina da *conscious avoidance*, permite que haja uma condenação criminal nos casos em que o Estado falha na produção de provas acerca do real conhecimento do réu sobre uma situação fática suspeita. Tal doutrina afirma que apesar do acusado não ter conhecimento dos fatos, essa falta de conhecimento deve-se a prática de atos afirmativos de sua parte para evitar a descoberta de uma situação suspeita. (CABRAL, 2012).

Desta forma, o que se depreende é que a doutrina da cegueira deliberada permite que seja provável o conhecimento do acusado nas situações em que não há prova concreta de sua real envoltura com o caso suspeito. Por este motivo, o réu pode vir a ser condenado, apesar de não ter a real ciência da conduta criminoso.

Diante disso, os autores avisam que “a doutrina da *conscious avoidance* gera o risco de que o júri sentencie o réu unicamente porque espera que o acusado não tenha se esforçado suficientemente para saber a verdade sobre os fatos”. (CABRAL, 2012).

Ainda para patentear com o exposto acima, o mesmo autor ainda esclarece que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *In re Aimster Copyright Litigation (2003)*, expressou-se no seguinte sentido:

Nós também recusamos a alegação de Aimster no intento de que o recurso de criptografia do serviço disponibilizado por Aimster o impossibilitava de conhecer quais músicas estavam sendo copiadas pelos utilizadores de seu sistema. Dessa forma, não pode progredir o argumento de que ele não tinha ciência da atividade ilícita, o que é uma condição para a responsabilização pela conduta de ajudar para a infração de direitos autorais. Cegueira voluntária é o conhecimento (...) é a situação em que o sujeito, entendendo ou suspeitando fortemente que ele está incluído em negócios escusos ou ilícitos, toma medidas para se averiguar que ele não vai alcançar a plena ciência ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso. Em *United States v. Giovannetti (1990)* ficou determinado que o empenho deliberado para evitar o conhecimento da ilicitude é tudo que a lei demanda para designar a culpa do acusado. Em *United States v. Josefik (1985)*, restou esclarecido que não querer saber porque se suspeita, pode ser, se não for o mesmo estado de espírito, o mesmo que a prática de uma conduta culposa. Em *United States v. Diaz*, o agente deliberadamente isola-se da transação de drogas real para que soubesse rejeitar o conhecimento da transação ilícita, o que fez, por vezes, ao se retirar da entrega efetiva da droga (...) O acusado não pode escapar das suas responsabilidades pela manobra, não pode aguentar o fundamento de que o software de criptografia o impossibilita de ter ciência da violação de direitos autorais, que ele fortemente desconfia que ocorre (...) desconfiança essa de que todos os usuários do seu serviço são, de fato, infratores de direitos autorais. (CABRAL, 2012).

Diante disso, nos casos mencionados acima, os tribunais norte-americanos identificaram que essas cegueiras eram espontâneas, e condenaram os autores por considerá-los culpados pelas violações.

Nota-se que a aplicabilidade do princípio da cegueira deliberada no direito norte-americano tem sido utilizada em grandes proporções, não apenas para aquelas situações de lavagem de dinheiro, como também inúmeros outros, dentre os quais englobam-se a violação de direitos autorais, retirando os argumentos dos sujeitos de que não tinham ciência da ilicitude da conduta ou que não teriam controle sobre as violações

decorrentes; e para o tráfico de entorpecentes, nos quais o agente que transportava pacotes com drogas ilegais argumentava não conhecer seu conteúdo. (MONTEIRO, 2009).

Apesar de surgir no âmbito da *Common Law*, o Supremo Tribunal Espanhol (STE), corte da tradição da *Civil Law*, se valeu da teoria da cegueira deliberada para a condenação de réus pelo delito de lavagem de dinheiro, como, segundo Callegari e Weber (APUD BELARMINO, 2018, s. p.), se extrai do caso STS 4.934, 2012, julgado em 9 de julho de 2012, como se vê:

Se entiende que el sujeto actúa con dolo eventual cuando 'consideró seriamente y aceptó como altamente probable que el dinero tenía su origen en um delito'. Dentro del dolo eventual, ordinariamente se incluirá aquellos comportamientos de 'ignorancia deliberada' a los que se refiere la recurrida y sobre los que esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones (entre otras SSTs 1637/99 de 10 de enero-2000; 946/2002 de 22 de mayo; 236/2003 de 17 de febrero; 420/2003 de 20 de mayo; 628/2003 de 30 de abril; 785/2003 de 29 de mayo; 16/2009 de 27 de enero etc.)

Já no caso STS 5.288, julgado em 2005, que se referia à lavagem de dinheiro, destaca Callegari e Weber (APUD BELARMINO, 2018, s. p.):

En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (willful blindness), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y em otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no lo hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas.

A aplicação da cegueira deliberada no Direito Espanhol, tem lições imprescindíveis do autor argentino Ramón Ragués I Vallés (APUD GARCIA, 2016, s. p.), que, em artigo específico sobre o assunto em comento, assim demonstrou:

En España, al igual que en Alemania, el texto amplio del artículo 301 del CPE parece hacer conveniente, en principio, adaptarse a todos

aqueellos comportamientos mediante los cuales un agente adquiere o recibe bienes provenientes de un delito grave., Siempre que actúa con conocimiento de la marcha de la mercancía en cuestión (modo fraudulento) o ignorancia flagrante del origen de la contraprestación que está recibiendo (modo imprudente). Según la redacción legal, en principio, toda conducta de adquisición de bienes con conocimiento de que tienen su origen en un delito grave debe ser considerada penal. (VALLÉS; 2001, p. 623).

Nesse espeque, se vislumbra que o princípio da cegueira deliberada é suscetível de aplicação no direito norte-americano apenas quando há *mens rea* (mente culpada, em uma tradução literal), na modalidade *knowledge* (aplicável em casos em que o agente está ciente de suas ações e de seus resultados, mas não se importa).

Assim como, se mostra possível a aplicação da teoria em países adeptos da *civil law*, a partir da admissão do dolo eventual no crime de lavagem e em impor parâmetros à imputação e aos requisitos que autorizem o uso da teoria no Direito Penal pátrio.

4. CRÍTICAS A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

4.1. A Problemática Similitude entre o Dolo Eventual e a Teoria da Cegueira Deliberada

Os críticos da teoria da cegueira deliberada apregoam que o seu uso decorre da busca social por maior segurança e combate aos crimes que ferem bens jurídicos coletivos, frente aos repetidos esquemas de corrupção incessantemente noticiados nos veículos midiáticos, termina por conspurcar todo o sistema penal, chegando a dimensões inacreditáveis na deformação do Estado, ao empenhar-se contra a defesa e garantia da liberdade e da justiça.

Complementam que nesta seara de procurar de modo deturpante ao ordenamento jurídico, especialmente ao código penal, corresponder ao clamor punitivista da sociedade, pode-se mencionar a tentativa do Estado de implementar a teoria da cegueira deliberada ao passo em que amplia a conceituação de dolo e restringe os *standards* de provas imprescindíveis à condenação.

Ocorre que esse crescimento conceitual de dolo tencionando abranger a possibilidade de aplicação do princípio da cegueira deliberada abraça consideráveis críticas doutrinárias, vez que incorre em hostilidade aos princípios da legalidade e da culpabilidade, bem como envolve visivelmente a violação ao direito de imputação subjetiva e enfraquecimento do erro de tipo.

Lecionando acerca da incompatibilidade da teoria da cegueira deliberada com as bases de direito penal inspiradas na *Civil Law*, argui Prado (2019, p. 459) que ao penalizar o sujeito que se colocou em posição de ignorância, “há, de certa forma, um adiantamento do momento intencional” e conclui afirmando:

A sua recepção implica a criação de elemento estranho ao ordenamento jurídico brasileiro, de base continental, com sério risco à segurança jurídica e à legalidade penal. Aliás, tal evidência vem ressaltada com o seu emprego, como modalidade de imputação subjetiva (no delito de lavagem de capitais, em substituição ao dolo eventual), o que pode ensejar o agasalho de inadmissível responsabilidade penal objetiva. Isso porque é absolutamente impositivo ter-se em conta que o ordenamento jurídico brasileiro está assentado sobre o princípio da responsabilidade penal subjetiva, de previsão legal expressa (art. 18 do CP), sem nenhuma espécie de substitutivo, distorção ou menoscabo. Neste último caso, sua aplicação dá lugar a uma normatização judicial indevida, e ao arrepio da Constituição (art. 5º, XXXIX, da CF).

Na mesma seara Lucchesi (2017, p. 79) argui de forma crítica acerca da adoção da teoria pelos Tribunais brasileiros, senão vejamos:

A jurisprudência, fascinada pela aplicação da cegueira deliberada, pareceu desenvolver certo fetiche pela nova categoria de imputação subjetiva, trazendo alusões à cegueira deliberada até mesmo quando dispensável ou impertinente, diante da condenação baseada em dolo direto, como se para reforçar ou salvaguardar o dispositivo da decisão, ou mesmo para dar à decisão uma aparência de maior cientificidade, utilizando-se um adorno retórico de base estrangeira como evidência de suposta pesquisa e erudição. [...] A jurisprudência é capaz de captar o direito em movimento, podendo coletar o que há de mais avançado na doutrina ou mesmo no direito comparado, propondo, com isso, soluções criativas e inovadoras para a solução de casos e problemas jurídicos. No entanto, é necessário que essa atividade criativa pela jurisprudência seja feita de forma cuidadosa e criteriosa, comprometida com a Constituição e com os fundamentos do ordenamento jurídico.

Outra corrente doutrinária, a qual se adequa a hipótese norteadora do presente estudo, entende que é possível equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual, como será demonstrado na sequência do trabalho.

5. A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

5.1. A Operação Lava Jato

A Teoria da Cegueira Deliberada foi frequentemente utilizada nas fundamentações dos julgados referentes à Operação Lava Jato. Trata-se na verdade, de um instrumento propulsor para resoluções frente à investigação contra a corrupção de maior expressividade já observada neste cenário brasileiro, captando sob investigação do Ministério Público Federal um imensurável esquema criminoso que envolve organizações criminosas coordenadas por doleiros e até mesmo a maior empresa de economia mista do país, a Petrobrás. (CORREIA; PÁDUA, 2018).

Segundo afirmação do Ministério Público Federal publicada em seu site oficial: a definição dada ao caso "Lava Jato", decorre do fato de ser utilizada por uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para estimular os recursos ilegais inerentes a uma das organizações criminosas, a princípio, investigadas.

Diante das investigações apuradas, fora subsidiada para a construção da refinaria através de contratos inflados um montante de R\$ 25 milhões de reais em propina, no qual houve o pagamento aos dirigentes da Petrobrás. O montante era de origem de fraude à licitação.

Sérgio Fernando Moro, nos autos da ação penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000(2017), também no caso da Operação Lava Jato, condenou Mônica Regina Cunha Moura e João Cerqueira de Santana Filho pelo delito de lavagem de capitais, amparando sua decisão segundo os critérios da Teoria da Cegueira Deliberada:

Sem embargo do que mais se poderia escrever, é possível concluir que, desde que se tenha prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos nas condutas de ocultação e de dissimulação e de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, mesmo tendo condições de aprofundar seu conhecimento, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, é possível e necessário reconhecer a prática do crime de lavagem por dolo eventual diante da previsão geral

do art. 18, I, do CP e considerando a sua progressiva admissão pelas Cortes brasileiras.

Ainda em sua argumentação, Moro nos autos da ação penal nº 501340559.2016.4.04.7000 (2017), proferiu as seguintes palavras:

A postura de não querer saber e de não querer perguntar caracterizam ignorância deliberada e revelam a representação da elevada probabilidade de que os valores tinham origem criminosa e a vontade realizar a conduta de ocultação e dissimulação a despeito disso. Encontram-se, portanto, presentes os elementos necessários ao reconhecimento do agir com dolo, ainda que eventual, na conduta de Mônica Regina Cunha Moura e de João Cerqueira de Santana Filho.

Segundo, tinham Mônica Regina Cunha Moura e de João Cerqueira de Santana Filho presentes os riscos concretos, de que se tratava de valores oriundos de crimes de corrupção, não só pelas circunstâncias ilícitas da transação, com adoção de expedientes sofisticados de ocultação e dissimulação, mas também pelo exemplo da Ação Penal 470. Mesmo tendo eles presentes esses riscos, persistiram na conduta delitativa, ou seja, receberam os valores, com ocultação e dissimulação. Tinha ainda condições não só de recusar o pagamento na forma feita, mas de aprofundar o seu conhecimento sobre as circunstâncias e a origem do dinheiro, tendo preferido não realizar qualquer indagação a esse respeito.

Desta maneira, o Sérgio Moro (2017) compreendeu que os referidos réus agiram com dolo ao comemorarem um contrato de prestação de serviços falso a fim de proteger fraudulentamente os depósitos, além de não terem aprofundado seus conhecimentos sobre a origem do dinheiro recebido.

Nesse diapasão, cabe ao magistrado fundamentar adequadamente as suas decisões, de modo a provar que coube ao agente uma escolha em permanecer em situação de ignorância, sob pena de violar o princípio constitucional da presunção de inocência (art.5, LVII da CF).

Seguindo esse sentido, sob a proteção da Lei nº 12.683/12, as decisões emanadas da 13.^a Vara Criminal Federal do Paraná, em relação à Operação Lava Jato, é considerada ampla reverberação frente à incidência da teoria da cegueira deliberada, visto que "... verificam-se as colocações na Sentença da AP 5026212- 82.2014.4.04.7000/PR, as quais

são repetidas, a seu modo em diversas outras decisões relativas à mesma Operação” (SILVEIRA, 2016, p. 2).

Desta forma, comprova-se evidente a utilidade essencial para a justiça criminal quando da punição direcionada à conduta investida de dolo eventual. Com efeito, a norma jurídica brasileira corrobora agora, acerca da tipicidade da lavagem de dinheiro, uma totalidade crucial à reprovação da conduta, o que não ocorre quanto à receptação na sua modalidade culposa, o que força o tipo a abarcar aqueles que influem não só por culpa, mas pela consciente assunção do risco.

5.2. A Compatibilidade entre o Dolo Eventual e a Teoria da Cegueira Deliberada

Não se pode olvidar que a teoria da cegueira deliberada é um grande marco evolutivo no ordenamento pátrio em razão de sua evidente indubitabilidade e contraposição às ações moralmente contestáveis de desconhecimento intencional por parte do sujeito, que, por vezes, apenas tenciona se desobrigar de uma eventual responsabilidade criminal.

Sabe-se que diante do avanço e do aprimoramento da criminalidade, os meios de pesquisa de prova e teorias mais conservadoras acerca do dolo têm se apresentado cada vez mais ineficientes para combater a criminalidade moderna. Evidencia-se tal ineficiência sobretudo em relação à chamada criminalidade organizada, que normalmente se vale do aparelhamento estatal ou de grandes complexos empresariais para a realização do delito.

Nesse viés de criminalidade, é normal que aqueles que detêm o poder de comando sistematizem terceiros com o objetivo de efetivar o ilícito e, por isso, transforma-se em algo tão difícil de comprovação do dolo desses agentes. Do mesmo modo, como normalmente não são os mesmos sujeitos que comandam e praticam diretamente as condutas típicas, há uma grande dificuldade na individualização e comprovação de suas condutas. Pois bem, o Princípio da Cegueira Deliberada seria de grande relevância na contribuição para o ordenamento jurídico, uma vez que tais problemas inegavelmente seriam reduzidos com sua implementação, atuando a toda evidência como simplificadora para o jus puniendi estatal ou para a acusação *latu sensu*.

Destarte, inevitável à propensão de equiparação entre os institutos do dolo eventual e teoria da cegueira deliberada para fim de incidência penal, uma vez que no dolo eventual, o agente, com sua conduta, assume o risco pela produção do resultado típico, ilícito e culpável, tendo como estudo de aplicação o elemento cognitivo, ou seja, o conhecimento e consciência de fato constitutivos de ação típica e, elemento volitivo, onde há a aceitação de risco ao realizar uma conduta.

Nas palavras de Cezar Bitencourt (2012, p. 775): “No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo”.

Já na *ostrich instructions*, o agente com a omissão, se abstém, de forma voluntária e intencional, de obter conhecimento de algum atributo ou vetor penalmente relevante, para posteriormente trivializar o instituto da justiça, alegando “não saber ser crime”, mantendo-se no estado de iminente ignorância quanto à origem de bens, valores, entre outros para obter vantagem ilícita ou ilibação.

Deste modo, o que se verifica é que esta teoria serve como apoio ao dolo eventual para viabilizar uma maneira de diminuição de impunidades de criminosos que banalizam o Poder Judiciário. Nesse sentido, Zacarquim Siqueira e Rezende (2017, p. 06) ensinam:

Por esta razão, é compreensível que o melhor caminho seria assimilar a teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzir o resultado), ou seja, o sujeito busca esquivar-se de obter conhecimento da origem dos bens ou valores que estão compreendidos no negócio, sendo que pode pressentir o resultado lesivo de sua ação, mas não dá causa. Tendo como exemplo o crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), o qual requer uma infração penal antecedente (assim como no crime de receptação), retira-se que na situação de o sujeito desconhecer a origem antijurídica dos valores, não haveria o dolo de lavagem, procedendo na anormalidade da ação do agente, pois não se caracteriza, no direito penal, a modalidade culposa (artigo 20 do CP). Em razão disso, é comum que o terceiro responsável pela lavagem de capitais, intencionalmente, evite tomar ciência a respeito da origem ilegítima dos recursos, pois, caso seja suspeito do referido crime, poderá se “esconder” na justificativa da ausência de *animus*: “eu não sabia”. Nota-se então a importância desse princípio para o fim de ser utilizada quando o agente tem conhecimento da “alta probabilidade” da origem ilegítima dos bens, direitos ou valores, mas ainda assim, foge quanto ao conhecimento dos fatos. Nesta situação, por força da Teoria da Cegueira Deliberada, ponderando que o sujeito se esquivava da consciência do fato ilegítimo para subsidiar a imputação dolosa do crime, estaria caracterizado o crime como se tivesse conhecimento deste. Ora, não se pode cogitar que o agente que empreende em situação de cegueira intencional lança mão de simples previsibilidade do

resultado: a questão de ter ele escolhido desconsiderar a possível relevância de sua conduta, demonstra que consegue antever a realização do ilegítimo naquela hipótese.

Complementa: Badaró e Bottini (2013, p. 101): “nos casos de criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens, nos quais o agente represente a possibilidade da evitação recair sobre atos de lavagem de dinheiro”.

Portanto, o estudo do presente trabalho quanto à compatibilidade da teoria da cegueira intencional e dolo eventual é uma grande tendência jurisprudencial e doutrinária e abarca institutos já aplicados, dando maior efetividade à persecução penal do Estado, principalmente para evitar a falta de provas frente ao elemento subjetivo do sujeito, no caso, o *ánimus*, demonstrando desta forma, que o judiciário cumpre a essência da lei, que é solucionar as necessidades de todos os envolvidos e o tratamento de forma igualitária, inserindo inovações que contribuirão para esse processo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar a (in)aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico pátrio, teoria está de origem norte-americana.

Como marco histórico, o evidente caso “*Regina vs Sleep*” de 1861 marcou o nascimento deste princípio, partidário do *Common Law*. Após esse precedente, a teoria fora importada para os mais variados sistemas jurídicos, como o Brasil, que adota o sistema *Civil Law*.

Assim, no Brasil, fora demonstrado a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, sobretudo nos crimes de “lavagem de dinheiro”. Tendo na aplicação do dolo eventual importante instrumento para a repressão desses delitos, possibilitando a percepção da complexidade dessas operações, nas quais, em sua grande maioria de casos, o denominado “lavador” do dinheiro encontra-se desvinculado do crime antecedente, mas atuante nas operações de ocultação e dissimulação de ativos.

Deste modo, a adoção desta teoria é um dos reflexos do expansionismo do Direito Penal, mesmo com os acirrados debates entre seus defensores no campo jurisprudencial e seus críticos na esfera doutrinária. De certa forma, a teoria já foi recepcionada no cenário judiciário brasileiro.

Não restam dúvidas que se tem uma tendência de aproximação dos sistemas jurídicos nacionais, alcançadas por intermédio de várias iniciativas de harmonização e unificação internacionais do Direito Privado. Além de resultar na importância do Direito Comparado, pois estabelece um fator de enriquecimento cultural e de reforço do espírito

crítico necessário para o entendimento da perspectiva funcional dos mais variados institutos jurídicos nacionais.

Na comparação realizada com o direito norte-americano e espanhol, identificou-se o uso da Teoria da cegueira deliberada no combate aos crimes de narcotráfico e de “lavagem de dinheiro”.

Já no âmbito do direito brasileiro observa-se uma incipiente construção jurisprudencial acerca da teoria da cegueira deliberada que tende a incorporar o dolo eventual nos casos em que o autor do fato delituoso, apesar de não estar afeto aos elementos típicos por expressa deliberação, preencher os requisitos mínimos *ope juris* do dolo eventual, não obstante, a doutrina e a jurisprudência defender a não aplicação da teoria, pela falta de disposição expressa, que inviabilizaria a interpretação extensiva, comportando, apenas, o dolo direto, que se traduz no conhecimento pleno e vontade de fazê-lo.

Desta forma, confirmou-se a hipótese norteadora do trabalho de que há possibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito pátrio sem que haja desrespeito à essência da lei, sendo aplicável nos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, objetivando minorar o índice de impunidade e garantir a eficácia da lei penal.

7. REFERÊNCIAS

- AIDO, Rui Fernando Pinto do. **Cegueira deliberada**. 2019. Tese de Doutorado.
- BELARMINO, Montalban. **A teoria da cegueira deliberada e sua aplicação nos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil**. Revista eletrônica Jus Navigandi. Teresina: 2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/70775> >. Acesso em 29 out. 2021.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Brasil. **Constituição Federal. Brasília: Presidência da República**, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 29 out. 2021.
- CABRAL, Bruno Fontenele. Breves comentários sobre a teoria da cegueira deliberada (willful blindness doctrine). **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/21395> >. Acesso em: 03 de nov. 2021.

CORREIA, Aline Guelli et al. A (im) possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. **Revista Vianna Sapiens**, v. 9, n. 1, p. 23-23, 2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. **In re Aimster Copyright Litigation (2003)**. Disponível em: <[http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreamster\(9c6-30-03\).htm](http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreamster(9c6-30-03).htm)>. Acesso em: 29 out. 2021.

FERREIRA, Vinícius Rodrigues Arouck. **A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio**. 2016.

GARCIA, Simone. **Teoria da cegueira deliberada e seus desdobramentos no Direito Penal Comparado e Brasileiro**. Revista eletrônica Jus Navigandi, Teresina: 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45718>>. Acesso em 29 out. 2021.

KNAPP, Roger Matheus Rohden; STEFFENS, Alessandra Franke. **Teoria da cegueira deliberada**. Revista da Faculdade de Direito da FMP, v. 15, n. 1, p. 144-158, 2020.

LEMOS, Júlia Leite Sampaio. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada nas decisões da operação lava-jato**. 2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a Culpa como Dolo, o uso da cegueira deliberada no Brasil**. 367 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Área de concentração: Direito do Estado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

LUFER et al. **A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro**. Boletim IBCCrim nº.204. nov. 2009

NASCIMENTO, André Ricardo Neto. **Teoria Da Cegueira Deliberada: Reflexos de sua aplicação à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98)**. Brasília: CEUB, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/137.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2021

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

VIDAL, Lucas Cordeiro et al. **O crime de receptação à luz da teoria da cegueira deliberada: disposições sobre o crime e a recepção do dolo eventual**. 2018.

ZEFERINO JÚNIOR, Paulo Roberto et al. **Um novo horizonte: o paradigma da teoria da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade aos crimes de lavagem de capitais**. 2019.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA EXCEPCIONALIDADE

RENATA CORRÊA DA SILVA: Advogada (OAB/SP nº 309.249). Formada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Pós-graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS¹¹.

Resumo: Em que pese a expressa previsão legal acerca da irrevogabilidade da adoção, o presente trabalho aborda os entendimentos recentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, nos quais se flexibilizou a regra em prol das especificidades do caso concreto. A avaliação destas hipóteses, perpassa pela análise do conceito contemporâneo de família e das previsões contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o instituto da adoção.

Palavras-chave: adoção – desistência – irrevogabilidade – exceção.

keyword: Despite the express legal provision regarding the irrevocability of adoption, this work addresses the recent understandings given by the Superior Court of Justice, in which the rule was made more flexible in favor of the specificities of the specific case. The evaluation of these hypotheses involves the analysis of the contemporary concept of family and the predictions contained in the Statute of Children and Adolescents regarding the institution of adoption.

Keywords: adoption – withdrawal – irrevocability – exception.

Sumário: Introdução; 1. Contexto histórico; 2. A concepção contemporânea da família. 3. Da adoção: 3.1. Conceito; 3.2. Efeitos. 4. Da irrevogabilidade da adoção. 5. Hipóteses em que o STJ admitiu a revogabilidade da adoção. 5.1. Adoção unilateral, no interesse do adotado. 5.2. Rescisão da sentença fundamentada em vício de consentimento do adotado. 5.3. Desistência de adoção, durante o estágio de convivência, por motivo de foro íntimo. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

Introdução

¹¹ E-mail: e.correasilva@gmail.com

O presente artigo visa analisar recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que adotaram a possibilidade de revogabilidade do instituto da adoção, indo de encontro à regra legal de irrevogabilidade.

1. Contexto histórico

Para compreender a interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, é relevante um breve apanhado do contexto histórico do instituto da adoção.

Inicialmente prevista pelo Código Civil de 1916[1] como faculdade aos adotantes que não tivessem filhos, o vínculo de parentesco era meramente civil e criado apenas entre o adotante e o adotado, mediante escritura pública. Intitulada de “adoção simples”, permitia a adoção de maiores ou menores de idade, assim como admitia a sua revogação:

Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:

I - quando as duas partes convierem;

II - quando o adotado cometer ingratidão contra o adotante

A judicialização foi introduzida pela figura da “legitimação adotiva”, prevista na Lei n.º 4.655/1965[2], na qual se dispôs sobre a sua irrevogabilidade e a cessação do vínculo de parentesco com a família natural. Ainda, ampliou o vínculo de parentesco, condicionou-o ao consentimento dos ascendentes.

Art. 7º A legitimação adotiva é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos legítimos, aos quais estão equiparados os legitimados adotivos, com os mesmos direitos e deveres estabelecidos em lei.

(...)

Art. 9º O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção (Cód. Civ. § 2º do art. 1.605).

§ 1º O vínculo da adoção se estende à família dos legitimantes, **quando os seus ascendentes derem adesão ao ato que o consagrou.**

§ 2º Com a adoção, cessam os direitos e obrigações oriundos da relação de parentesco do adotado com a família de origem. (grifo nosso)

Posteriormente, foi substituída pelo Código de Menores (Lei n.º 6.697/1979[3]) que passou a prever a “adoção plena”, responsável por ampliar o parentesco à família dos adotantes, abrangendo o parentesco dos avós, de forma automática, independentemente de consentimento[4].

Art. 37. A adoção plena é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, as quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres.

Alterando profundamente a perspectiva da ação, a Constituição Federal de 1988, consagrou o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, prevendo no artigo 227, § 6º, da CR, iguais direitos e qualificações aos filhos, proibindo quaisquer designações discriminatórias.

Seguindo as lições de Maria Berenice Dias:

Inverteu-se o enfoque dado à infância e à adolescência, rompendo a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos. A adoção significa muito mais a **busca de uma família para uma criança** do que a busca de uma criança para uma família.

A adoção não é uma paternidade de segunda classe, mas se prefigura como a paternidade do futuro, enraizada no exercício da liberdade. A filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem[5].

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em adequação à doutrina da proteção integral, passou a disciplinar a adoção em face das crianças e dos adolescentes (arts. 39 e seguintes, da Lei nº 8.069/1990), determinando o rompimento de todos os laços familiares anteriores.

Ademais, conforme previsão do art. 1.619 do Código Civil de 2002, a adoção de maiores de dezoito anos, assim como em relação aos incapazes, passou a depender de decisão judicial, aplicando-se, no que couber, as regras gerais do ECA.

Em controle de convencionalidade, destacam-se a Convenção de Haia (Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional),

internalizada no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n.º 3.087/1999, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

2. A concepção contemporânea da família.

A família deve ser compreendida como o espaço de realização da afetividade e da solidariedade.

A família antes vista como instituição, passou a ser compreendida, mormente em face do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade, como decorrência da afetividade. O afeto ganhou lugar de relevo e passou a ser o núcleo fundante a reger as relações jurídicas no âmbito do Direito de Família.

A Constituição Federal de 1988 trouxe novos paradigmas, rompendo com o clássico conceito de família consagrada pelo casamento, admitindo outras modalidades de núcleos familiares (monoparental, informal e afetivo), de forma a assegurar as garantias de liberdade, pluralidade e fraternidade.

Entre as características não formais da família contemporânea, pode-se citar a afinidade e a afetividade, que aproximou os conceitos de socioafetividade (relações sociais baseadas no afeto) e eudemonismo (o conceito de busca pela felicidade).

O caráter eudemonista significa que a família é um meio ao desenvolvimento livre e feliz de seus membros. O conceito de família como fins estatais foi substituído para a realização de fins da pessoa humana. A família exista para a sua própria felicidade.

São oportunas as lições de Maria Berenice Dias sobre a família eudemonista:

"A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. As relações afetivas são elementos constitutivos dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis.

Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros.

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção

jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, **como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da CR: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram.**”[6]

O princípio da solidariedade, por sua vez, com assento no art. 3º, I, da CR/88, estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados. No âmbito do Direito de Família, o princípio da solidariedade implica consideração e respeitos mútuos, não apenas para fins patrimoniais.

Partindo desta premissa, leciona Paulo Lôbo:

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. **A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º).**

Com fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados.

Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”, notadamente quanto à convivência intergeracional como transmissora de valores e cultura[7].

A solidariedade, portanto, pressupõe o respeito recíproco e os deveres de cooperação entre os seus membros, mas vai além, devendo ser observada também nas

relações do grupo familiar com a comunidade (como o dever de defender o meio ambiente, inclusive para as futuras gerações, conforme art. 225 da CR/88).

3. Da adoção:

3.1 Conceito

O instituto da adoção é a modalidade de filiação por excelência que, sustentada pela relação afetiva, cria relações de paternidade e/ou maternidade entre pessoas distintas da figura de pai ou mãe biológicos do adotado.

Segundo Orlando Gomes:

Adoção é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo da filiação. Trata-se da ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta^[8].

Maria Berenice Dias, conceitua como "*modalidade de filiação construída no amor, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, gerando vínculo de parentesco por opção.*" A autora reforça:

A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado. É nesse sentido que o instituto da ação se apropria da palavra afeto.

É no amor paterno-filial entre pessoas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São filhos que resultam de uma opção, e não do acaso, que são adotivos.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias esclarece:

Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo.

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor

interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário[9].

A adoção, segundo regulamenta o nosso ordenamento jurídico, trata-se de um ato jurídico em sentido estrito, dependente de uma decisão judicial constitutiva, por meio da qual se cria um vínculo jurídico irrevogável entre adotante e adotado, com efeitos semelhantes aos decorrentes de uma filiação biológica.

Com a Carta Política de 1988 e a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção passou a ter o objetivo precípua de oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento da criança e do adolescente que, por algum motivo, ficaram privados da sua família biológica.

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica-filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no afeto, na ética e na dignidade das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.

Em síntese, as características da adoção podem ser assim resumidas em: a) ato personalíssimo; b) excepcional; c) irrevogável; d) incaducável; e) plena; f) constituída por sentença judicial.

Fato é que, independentemente da definição que lhe é conferida, o instituto da adoção contemporâneo tem por escopo atender às reais necessidades do adotando, dando-lhe uma família, onde ele se sinta acolhido, protegido e amado^[10].

A orientação dos princípios norteadores da adoção após a Constituição de 1988, com ênfase ao princípio do melhor interesse do menor, demonstra que em termos de função social o encargo do instituto tem por primazia proporcionar uma vida digna ao menor.

3.2 Efeitos

A adoção ocorre exclusivamente na via judicial, por intermédio do trânsito em julgado de uma sentença constitutiva julgada procedente. A partir deste momento, é que o novo vínculo familiar entre adotante e adotado é considerado válido pela sociedade, produzindo, por consequência, seus efeitos.

Cria-se, por uma ficção jurídica, uma nova relação de paternidade e filiação, ficando o adotado vinculado ao adotante definitivamente, sendo desconsideradas as informações obsoletas contidas no registro civil anterior.

Nestes termos, dispõe o artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

§ 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

§ 8º O processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo

§ 9º Terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

§ 10. O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

Deste modo, partindo da esfera teórica para o campo prático, a doutrina elucida, dentre várias causas da consumação do vínculo adotivo, alguns efeitos marcantes após a efetivação do instituto, dividindo-os em efeitos pessoais e patrimoniais. Trataremos de algumas das principais decorrências do instituto após a sua efetivação.

Registre-se que todos os efeitos jurídicos da sentença de adoção, existenciais ou patrimoniais, iniciam-se com o seu trânsito em julgado, com exceção da hipótese de adoção póstuma, quando ocorre a morte do adotante durante o procedimento.

Quanto aos efeitos pessoais, prolatada a sentença pelo magistrado com o deferimento do pedido do autor da ação, ocorre, por imediato, a ruptura dos vínculos jurídicos entre o adotado e a sua família original.

A adoção, portanto, implica na completa extinção da relação familiar mantida pelo adotando com o seu núcleo anterior, com exceção dos impedimentos matrimoniais.

Outra decorrência da adoção, é a constituição do poder familiar por parte dos pais adotivos, consubstanciando-se em encargo dos pais de exercerem a paternidade responsável, dirigindo-lhes a criação e a educação, tendo-os em sua companhia e guarda, além dos deveres enumerados no art. 1634 do Código Civil.

A doutrinadora Maria Helena Diniz, ao comentar o atual Código Civil, realça a importância e a necessidade da existência desse poder familiar, *in verbis*:

Esse poder conferido simultânea e igualmente a ambos os genitores, e, excepcionalmente, a um deles, na falta do outro (CC, art. 1.690, 1ª parte), exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens^[11].

Ao inserir em uma nova família, o adotado passa a constituir, além de um novo vínculo, com subordinação do poder familiar dos adotantes, impedimentos que lhe são impostos da mesma maneira como se filho de sangue fosse.

Assim, o código civil estabeleceu que a adoção atribui a condição de filho e adotado, com os mesmos direitos e deveres, salvo os impedimentos matrimoniais. Logo, conserva o adotado uma dupla ordem de impedimentos matrimoniais relacionados à sua família funcional e de origem.^[12]

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

[...]

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

[...]

V - o adotado com o filho do adotante;

Atribuindo ao adotado a condição de filho, também é uma consequência pessoal e lógica que este adquira o nome de família dos adotantes, assim como de seus ascendentes, como uma garantia de obtenção da plena desvinculação do vínculo deste com a sua família anterior.

Desse modo, explica Arthur Marques da Silva Filhos:

A assunção do nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes (art. 47, §1º, ECA), permitindo-se, ainda, a modificação do prenome (art. 47, §5º, ECA), é um dos efeitos típicos da sentença constitutiva da adoção. Guarda plena compatibilidade na linha de consideração de que a adoção tem por finalidade estabelecer uma relação de filiação, no intuito de proteger integralmente o adotado, rompendo-se os vínculos de parentesco com a família anterior, o que conflitaria com o princípio *adoptio imitatur*. Por outras palavras, a conservação do nome não se coaduna com a desvinculação total do adotado da sua família anterior^[13].

Com relação aos efeitos patrimoniais, de caráter material, pode-se listar duas espécies, quais sejam, o direito a alimentos e o direito à sucessão.

Eunice Ferreira Rodrigues Granato esclarece que, por alimentos, não se deve entender apenas a comida, fato que é costumeiramente confundido por quem tem o dever de arcar com este ônus, mas tudo aquilo que é indispensável ao sustento, como a instrução e a educação, citando assim, a lição de Yussef Said Cahali^[14]:

O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal, segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal – maios ou menos prolongada – a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida. Daí a expressividade da palavra

“alimentos” no seu significado vulgar, ou, no dizer de Pontes de Miranda, “o que serve à subsistência animal”. Em linguagem técnica, bastaria acrescentar a esse conceito a ideia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite. Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer os reclamos da vida, são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção^[15].

Assim, o direito alimentício do adotado tem por respaldo não somente a necessidade dos bens materiais, mas também o afeto, elementar da relação entre adotante e adotado, sendo resultado da influência do princípio constitucional da igualdade entre as filiações (art.227, §6º, CF) e da obrigação constitucional de que “*os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*” (art.229, CF)^[16].

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.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ainda, como efeito patrimonial, tem-se o direito à sucessão hereditária do adotante e demais parentes sucessíveis, na qualidade de herdeiro legítimo necessário, nos moldes do artigo 1.845 do Código Civil.

Conforme prevê a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente^[17]:

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.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Importante registrar que na hipótese da adoção unilateral, prevista no § 1º do art. 41 do ECA, que pode ocorrer quando um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, permanecem os vínculos de filiação entre adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e seus parentes. Nesta situação, o adotado será chamado à vocação hereditária de ambas as partes, quando um ou outro falecerem. É o caso, por exemplo, de uma mulher que teve seu filho, sendo mãe solteira e posteriormente se casa ou vive concubinato com um homem, que resolve adotar essa criança. O adotado mantém os vínculos de filiação com a sua mãe biológica e o parentesco com a família de sua genitora; ao mesmo tempo está vinculado ao adotante e seus parentes, pela adoção^[18].

4. Da irrevogabilidade da adoção.

O parágrafo 1º do artigo 39 do ECA dispõe que *“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”*.

E o parágrafo 3º do artigo 39 do ECA, por sua vez, estabelece que *“em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando”*.

Conforme Luciano Alves Rossato: *“não se admite a ‘devolução’ de crianças e adolescentes adotados. Uma vez firmado o vínculo de filiação só pode haver a extinção via procedimento judicial específico, da mesma forma que ocorreria com os pais biológicos”*[19]. Ou seja, via ação de destituição de poder familiar.

Rossato traz dois exemplos envolvendo a “devolução”, esclarecendo que, com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a desistência dos adotantes tem acarretado no dever de indenizar por danos morais e materiais, na forma de alimentos

Infelizmente já se teve notícia do julgamento de casos envolvendo a “devolução” de crianças e adolescentes adotados. Na Apelação Cível 1.0702.09.568648-2, julgada em 10.11.2011, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afirmou, com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que os pais que “desistem” da adoção tem o dever de indenizar por dano moral e também por dano material, na forma de alimentos. Em 2014, nos autos da Apelação 0006658-72.2010.8.26.0266, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou pais adotivos que desistiram de

criar os filhos ao pagamento de indenização por danos morais, mas não reconheceu a obrigação de pagar alimentos sob o argumento de que a destituição do poder familiar decorrente da devolução do infante teria feito cessar o dever de sustento[20].

Nesse aspecto, de acordo com o princípio da proteção integral delineado no art. 100, parágrafo único, II, do ECA: *“a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”*. E, por sua vez, o princípio do superior interesse (art. 100, parágrafo único, IV) preceitua que *“a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”*.

Dessa forma, em que pese a irrevogabilidade e a irretratabilidade da adoção, a complexidade das relações jurídicas tem proporcionado decisões que relativizam a regra e, assim, em casos pontuais, tem-se admitido o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar interesses existenciais e a dignidade do adotado.

Nesse sentido, em situações excepcionais, recorrem-se ao uso da teoria da derrotabilidade das normas, permanecendo-se a vigência da regra, entretanto, à luz das especificidades do caso concreto, afasta-se, episódica e casuisticamente, a regra geral. Conforme esclarece a doutrina:

Cuida-se, a mais não poder, de uso da teoria da derrotabilidade das normas-regras (também chamada de defeseability), superando-se, episódica e casuisticamente, a regra geral do sistema (que continuará sendo - e não poderia ser diferente - a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção). Apenas excepcionou-se a regra em um caso justificável (um caso extremado ou extreme case), no qual o respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial à dignidade humana, impunha um afastamento da regra ao caso concreto[21].

5. Hipóteses em que o STJ admitiu a revogabilidade da adoção.

Embora irrevogável, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem admitido a revogação da adoção em algumas situações especiais, entre as quais o presente artigo selecionou três decisões e passará a analisá-las a seguir.

A interpretação da vedação legal contida no artigo 39, § 3º, do ECA, não deve se ater apenas a sua literalidade, exigindo-se uma interpretação sistemática e teleológica da norma.

Com isso, o enfoque é comprovar que a regra da irrevogabilidade não tem caráter absoluto, mas poderá ensejar na responsabilização civil dos adotantes.

5.1 Adoção unilateral, no interesse do adotado.

A Terceira Turma do STJ afastou a perpetuidade do vínculo adotivo, em um caso envolvendo a adoção unilateral (adoção por cônjuge).

A adoção unilateral foge à regra da habilitação obrigatória e encontra-se prevista no art. 50, § 13º, do ECA. Esse tipo de adoção, também chamada de “adoção semiplena”, ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do poder familiar ou é desconhecido.

Geralmente postulada pelo padrasto ou madrasta, a adoção unilateral rompe o vínculo de filiação com um dos pais, para que seja criado um vínculo novo com o pai adotivo.

No caso em tela, a adoção unilateral foi feita após o óbito do pai biológico, quando a parte contava com 14 anos. Posteriormente, embora tenha consentido expressamente com a adoção, aos 31 anos, ajuizou ação pleiteando a sua revogação, sob alegação de que, após um ano da adoção, retornou à cidade de origem de seu pai biológico, já falecido, passando a conviver com sua avó e com o meio social do genitor, circunstâncias que fulminaram o vínculo afetivo com o adotante[22].

Nesse contexto, concluiu a Terceira Turma do STJ pela preservação dos laços criados, ponderando pelo peso principiológico do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tornando por cancelar a adoção unilateral anteriormente estabelecida.

Nesse diapasão, segue a ementa da decisão:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO UNILATERAL. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, **que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante.**

2. **Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente,** cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro.

3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente - usualmente o pai - desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o conseqüente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado.

4. Diante desse cenário, e sabendo-se que a norma que proíbe a revogação da adoção é, indisfarçavelmente, de proteção ao menor adotado, não pode esse comando legal ser usado em descompasso com seus fins teleológicos, devendo se ponderar sobre o acerto de sua utilização, quando reconhecidamente prejudique o adotado. 5. Na hipótese sob exame, a desvinculação legal entre o adotado e o ramo familiar de seu pai biológico, não teve o condão de romper os laços familiares preexistentes, colocando o adotado em um limbo familiar, no qual convivia intimamente com os parentes de seu pai biológico, mas estava atado, legalmente, ao núcleo familiar de seu pai adotivo.

6. Nessas circunstâncias, e em outras correlatas, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente, que tem o peso principiológico necessário para impedir a aplicação de regramento claramente desfavorável ao adotado - in casu, a vedação da revogação da adoção - cancelando-se, assim, a adoção unilateral anteriormente estabelecida.

7. Recurso provido para para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente. (REsp 1545959/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 01/08/2017) [g.n.]

5.2 Rescisão da sentença fundamentada em vício de consentimento do adotado.

Instado a se manifestar sobre a irrevogabilidade da adoção em nome do melhor interesse de adolescente, o STJ, por meio da 3ª Turma, decidiu-se pela possibilidade de rescindir a sentença de adoção, determinando-se a retificação do registro civil do jovem adotado, em um caso concreto em que o próprio adotado se arrependeu do processo e fugiu do convívio com a nova família.[23]

No caso, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, reforçou que a interpretação do parágrafo 1º do artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) conduz à conclusão de que a irrevogabilidade da adoção não é regra absoluta, podendo ser afastada sempre que se verificar que a manutenção da medida não apresenta reais vantagens para o adotado e não satisfaz os princípios da proteção integral e do melhor interesse.

Não se pode perder de vista que a norma do § 1º do art. 39 do ECA possui nítida finalidade protetiva, o seu escopo é de resguardar os direitos fundamentais dos adotandos.

Embora tenha havido o consentimento do adolescente, durante o procedimento judicial de adoção, posteriormente ele se demonstrou falso, razão pela qual amolda-se ao consectário do art. 966, VI, do Código de Processo Civil, que admite a rescisão da sentença quando ela se basear em prova cuja falsidade seja demonstrada na própria rescisória.

A Ministra aduziu que "*Não se trata de vedada alegação de fato novo, mas sim de prova pericial nova que se refere à existência ou inexistência de ato jurídico anterior à sentença, qual seja, o consentimento do adolescente*". Logo, com fulcro no art. 966, VI, do Código de Processo Civil, concluiu pela rescisão da sentença. Veja que o consentimento do adolescente apenas se mostrou viciado em momento posterior.

O falso nesse caso está consubstanciado no conteúdo do consentimento manifestamente divorciado da realidade.

Por fim, no sentido de que nem sempre as presunções estabelecidas pelo legislador suportam o crivo da realidade, declarou a relatora:

"a manutenção dos laços de filiação com os recorrentes representaria, para o adotado, verdadeiro obstáculo ao pleno desenvolvimento de sua personalidade" – especialmente porque poderia prejudicar o aprofundamento das relações estabelecidas com a nova família na qual foi inserido –, "representando

interpretação do parágrafo 1º do artigo 39 do ECA descolada de sua finalidade protetiva".

Para melhor compreensão, segue a ementa do relevante julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. OMISSÃO AUSÊNCIA. IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TEOLÓGICA. FINALIDADE PROTETIVA. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA CONCESSIVA DA ADOÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. POSSIBILIDADE. PROVA NOVA. CARACTERIZAÇÃO. PROVA FALSA. CARACTERIZAÇÃO.

1- Ação ajuizada em 27/11/2014. Recurso especial interposto em 13/5/2020 e concluso ao gabinete em 20/10/2020.

2- O propósito recursal consiste em definir: a) se houve omissão da Corte de origem ao apreciar a tese relativa à caracterização de falsidade ideológica, notadamente a própria declaração do adotado no sentido de que não desejava a adoção; e b) se é possível, ante a regra da irrevogabilidade da adoção, a rescisão de sentença concessiva dessa espécie de colocação em família substitua ao fundamento de que o adotado, à época da adoção, não a desejava verdadeiramente e de que, após atingir a maioridade, manifestou-se pela procedência do pedido.

3- No que diz respeito à apontada omissão, verifica-se que os recorrentes não indicam quais os dispositivos legais teriam sido violados pelo acórdão hostilizado, tornando patente a falta de fundamentação do apelo especial, circunstância que atrai a incidência, por analogia, do Enunciado de Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, não houve negativa de prestação jurisdicional, porquanto a Corte de origem analisou a questão deduzida pelos recorrentes.

4- A interpretação sistemática e teleológica do disposto no § 1º do art. 39 do ECA conduz à conclusão de que a irrevogabilidade da adoção não é regra absoluta, podendo ser afastada sempre que, no caso concreto, verificar-se que a manutenção da medida não apresenta reais vantagens para o adotado,

tampouco é apta a satisfazer os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

5- A sentença concessiva de adoção, ainda quando proferida em procedimento de jurisdição voluntária, pode ser encoberta pelo manto protetor da coisa julgada material e, como consectário lógico, figurar como objeto de ação rescisória. Precedentes.

6- Está caracterizada a “prova nova” apta justificar a sentença concessiva de adoção, porquanto se extrai do Relatório Psicológico que não houve, de fato, consentimento do adotando com relação à adoção, conforme exige o § 2º do art. 45 do ECA. Não se trata de vedada alegação de fato novo, mas sim de prova pericial nova que se refere à existência ou inexistência de ato jurídico anterior à sentença, qual seja, o consentimento do adolescente.

7- Subsume-se a hipótese ao previsto no inciso VI do art. 966 do CPC, porquanto admitiu o magistrado singular, ao deferir a adoção, que houve o consentimento do adotando, conforme exigido pelo § 2º do art. 45 do ECA, o que, posteriormente, revelou-se falso.

8- Passando ao largo de qualquer objetivo de estimular a revogabilidade das adoções, situações como a vivenciada pelos adotantes e pelo adotado demonstram que nem sempre as presunções estabelecidas dogmáticamente, suportam o crivo da realidade, razão pela qual, em caráter excepcional, é dado ao julgador demover entraves legais à plena aplicação do direito e à tutela da dignidade da pessoa humana.

9- A hipótese dos autos representa situação *sui generis* na qual inexistente qualquer utilidade prática ou reais vantagens ao adotado na manutenção da adoção, medida que sequer atende ao seu melhor interesse. Ao revés, a manutenção dos laços de filiação com os recorrentes representaria, para o adotado, verdadeiro obstáculo ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, notadamente porque impediria o evoluir e o aprofundamento das relações estabelecidas com os atuais guardiões, representando interpretação do § 1º do art. 39 do ECA descolada de sua finalidade protetiva.

10- **Levando-se em consideração (a) os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, (b) a inexistência de contestação ao pleito dos adotantes e (c) que a regra da irrevogabilidade da adoção não possui caráter absoluto, mas sim protetivo, devem, excepcionalmente, ser julgados procedentes os pedidos formulados na presente ação rescisória com a consequente rescisão da sentença concessiva da adoção e retificação do registro civil do adotado.**

11- Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.892.782 – PR. STJ. 3ª TURMA. RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI – J. 06/04/2021. DJe: 15/04/2021

5.3 Desistência de adoção, durante o estágio de convivência, por motivo de foro íntimo.

Por fim, destaca-se uma recente decisão proferida pela 4ª Turma do STJ, oportunidade em que a Turma afastou a responsabilidade civil por danos morais e materiais, em um caso de desistência de adoção, durante estágio de convivência, por motivo de foro íntimo.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DE CRIANÇA NA FASE DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. GENITORA BIOLÓGICA QUE CONTESTOU A ADOÇÃO E INSISTIU NO DIREITO DE VISITAÇÃO DO MENOR. DOENÇA NEUROLÓGICA CONSTATADA NA CRIANÇA. PAIS ADOTIVOS LAVRADORES SEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS. DESISTÊNCIA JUSTIFICADA. ABUSO DE DIREITO NÃO CONFIGURADO.

1. A desistência da adoção durante o estágio de convivência não configura ato ilícito, não impondo o Estatuto da Criança e do Adolescente nenhuma sanção aos pretendentes habilitados em virtude disso.

2. Embora o fato de a criança ter recebido diagnóstico de doença grave e incurável possa ter contribuído para a desistência da adoção, haja vista que os candidatos a pais eram pessoas extremamente simples e sem condições financeiras, o fato de a genitora biológica ter contestado o processo de adoção e ter requerido, sucessivamente, que a criança lhe fosse

devolvida ou que lhe fosse deferido o direito de visitação, não pode ser desprezado nesse processo decisório.

3. A desistência da adoção nesse contexto está devidamente justificada, não havendo que se falar, em situações assim, em abuso de direito, especialmente, quando, durante todo o estágio de convivência, a criança foi bem tratada, não havendo nada que desabone a conduta daqueles que se candidataram no processo.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.842.749 – MG. STJ. QUARTA TURMA. RELATORA MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. J. 24/11/2023. DJe: 03/11/2023)

A ação de indenização foi ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais, com fundamento em suposta desistência imotivada de adoção durante o estágio de convivência, após significativo lapso temporal, por motivo de doença constatada na criança, em afronto aos arts. 1º, 15, 33, § 3º, 35, 46, 47 e 199-A do ECA, além dos arts. 186, 187 e 927, do Código Civil.

A Turma concluiu que não houve ato ilícito nem abuso de direito, pontuou-se que o convívio teve início três dias após o nascimento da criança e, três meses após, constataram a gravidade da doença, sem cura, decorrente de má formação do seu sistema nervoso central. Decorridos três anos da guarda inicial, postularam a desistência por motivo de foro íntimo.

Importante pontuar, como constou na fundamentação do acórdão, que a redação atual do artigo 46 do ECA passou a prever o prazo máximo de 90 (noventa) dias para o estágio de convivência, mas à época dos fatos, tal prazo era fixado a critério da autoridade judiciária. À época não havia sanção por desistência no curso do processo.

Não obstante a doença acometida e os parcos recursos dos adotantes (lavradores), a mãe biológica da criança demonstrou o interesse em tê-la de volta.

Conclusão

Por meio da abordagem do contexto histórico do instituto da adoção, identificou-se que referido instituto ganhou nova leitura com a consagração do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, conforme art. 227, § 6º, da CR/88.

A família contemporânea deve ser compreendida pelo viés da afinidade e afetividade, que aproximou os conceitos de socioafetividade (relações sociais baseadas no afeto) e de eudemonismo (o conceito de busca pela felicidade).

A proteção jurídica da família ganhou novos contornos, enfatizando o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade e com lastro no dever constitucional de solidariedade, calcado no afeto.

Embora haja a previsão normativa peremptória de que a adoção é irrevogável e irretratável, o Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, reforça que o escopo da previsão contida no art. 39, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é a proteção dos interesses do menor adotado.

Com isso, o STJ admitiu a revogabilidade da adoção, desfazendo a adoção unilateral, privilegiando, no caso concreto, o interesse do adotado que, após um ano da conclusão do processo de adoção, retomou os laços afetivos com a família de seu pai biológico falecido e, concomitantemente, perdeu o vínculo afetivo com o padrasto.

No mesmo contexto, o STJ concluiu ser possível a rescisão da sentença fundamentada em vício de consentimento do adotado, uma vez que, no caso concreto, restou evidenciado que o consentimento dado pelo adotado foi falso, não era a sua real intenção ser adotado pelo casal de adotantes, garantindo-se, assim, a primazia do interesse do adotando.

Por fim, o STJ entendeu pela possibilidade de desistência de adoção, durante estágio de convivência lastreada em motivo de foro íntimo, não havendo que se falar na responsabilidade civil por danos materiais e morais do casal de adotantes. O caso trouxe a existência de uma doença neurológica, mas a Corte entendeu que havia outros elementos que, aliados à existência da doença, justificaram a recusa.

Dessa forma, conquanto o ordenamento jurídico brasileiro consagre a irrevogabilidade e a irretratabilidade da adoção, o seu afastamento, conforme o Superior Tribunal de Justiça, é fruto de uma interpretação sistemática e teleológica, excepcionalmente realizada em casos específicos, notadamente quando em foco o melhor interesse do adotando.

Referências bibliográficas

BRASIL, **Lei nº 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Câmara dos Deputados, **Lei nº 3.071/1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>

Câmara dos Deputados. **Lei nº 4.655/1965.** <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4655-2-junho-1965-377680-publicacaooriginal-45829-pl.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20legitimidade%20adotiva.>

Câmara dos Deputados. **Lei nº 6.697/1979. Código de Menores.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14ª ed. rev. ampl. e atual – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. P. 331.

CAHALI, Yusef Said. **Dos Alimentos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil - Volume Único** / Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosendal. - 7. ed. rev, ampl. e atual. - São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues, **Adoção: doutrina e prática.** Curitiba: Juruá, 2009.

LÔBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf#:~:text=A%20solidariedade%20do%20n%C3%BAcleo%20familiar,uma%20palavra%2C%20de%20solidariedade%20civil.>

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo** / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre, Rogério Sanches Cunha. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

[1] Câmara dos Deputados, LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>

[2] Câmara dos Deputados. **Lei nº 4.655/1965.** <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4655-2-junho-1965-377680-publicacaooriginal-45829-pl.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20legitimidade%20adotiva.>

[18] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Op. Cit. p. 92.

[19] ROSSATO, Luciano Alves. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore, Rogério Sanches Cunha. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. Ob. cit. p. 161

[20] ROSSATO, Luciano Alves. Ob. cit. p. 161

[21] FARIAS, Cristiano Chaves de. Ob. Cit. p. 1345.

[22] Informações extraídas do site do STJ. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200079032&dt_publicacao=01/08/2017 Acesso em 13/11/2023.

[23] Terceira Turma admite rescisão de adoção após prova de que o adolescente adotado não a desejava. Notícias. Data 07/06/2021 07:30. Extraída do site do STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/07062021-Terceira-Turma-admite-rescisao-de-adoacao-apos-prova-de-que-o-adolescente-adotado-nao-a-desejava-.aspx#:~:text=Para%20a%20Terceira%20Turma%20do,desejava%20verdadeiramente%20participar%20do%20procedimento.> Acesso em 13/11/2023.

RESPONSABILIDADE CIVIL EM INCIDENTES DE VAZAMENTO DE DADOS

DANIELA SCHEUERMANN CELADA:

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul¹².

RESUMO: O presente artigo tem como propósito analisar a repercussão dos escândalos envolvendo o vazamento de dados pessoais, em especial de usuários de serviços online, e qual seria o regime de responsabilização das empresas por esses incidentes de segurança no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Com esse propósito, primeiro são tecidas algumas considerações gerais acerca da tutela da privacidade na sociedade da informação, na qual os dados pessoais se tornam uma moeda de troca para os novos modelos de negócios. Na sequência são analisadas as normas brasileiras que dizem respeito ao direito à privacidade e à proteção de dados, assim como os princípios que devem reger as operações de coleta, armazenagem e tratamento de dados. Por fim, discute-se as peculiaridades do regime de responsabilização das empresas em caso de violação de dados.

Palavras-chave: vazamento de dados; responsabilidade civil; privacidade.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to discuss the outcomes of the scandals involving breaches of personal data – especially of users of online services – and the corporate accountability regime under the Brazilian General Data Protection Law. To this end, we start by making general remarks about the protection of privacy in the information society, in which personal data become a bargaining chip for new business models. After that, we analyze the rules regarding the right to privacy and data protection, as well as the principles of data collection, storage and processing. Finally, we discuss the peculiarities of the civil liability regime for data breaches.

Key-words: data breach; civil liability; privacy.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PROTEÇÃO DE DADOS: UM NOVO CONTORNO DA TUTELA DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. 3. LGPD: PANORAMA NORMATIVO E PRINCIPIOLÓGICO. 4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM INCIDENTES DE VAZAMENTO DE DADOS. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

¹² E-mail: dscelada@gmail.com

Cada vez mais conduzimos nossas vidas online. De acordo com o Relatório Dividendos Digitais, produzido pelo Banco Mundial, o número de usuários da internet mais do que triplicou em uma década (WORLD BANK, 2016, p. 2). Vivenciamos, hoje, a “Internet das Coisas” (“*Internet of Things*”), estágio no qual os próprios objetos materiais converteram-se em formas de captar e transmitir dados. Certo é que a revolução digital trouxe uma ampla gama de benefícios para a sociedade: as pessoas podem se comunicar facilmente de qualquer lugar no mundo, as transações e os custos de transporte foram reduzidos, boa parte da população mundial conta com amplo acesso à informação e os consumidores podem desfrutar de uma maior variedade de opções em termos de quantidade e preço (WROBEL, 2014, p. 62).

No entanto, a economia digital e suas novas tecnologias também trouxeram riscos nunca antes visualizados. Dados podem ser coletados, processados e interligados de forma muito expandida, a partir de um processo denominado *big data* (MANTELERO, 2017, p. 02). A partir disso, muitas empresas constroem modelos de negócios apoiados na exploração econômica dos dados pessoais, a exemplo dos sites de relacionamento, *search engines* e outras aplicações para dispositivos móveis. Desse modo, na “sociedade da informação” (CASTELLS, 2000, p. 25), o acesso a perfis e informações pessoais dos usuários tornou-se o maior capital existente e desejável pelos Estados e empresas mundiais (SCHERKERKEWITZ, 2016, p. 25) sendo os dados pessoais considerados como “o novo petróleo”.

Os dados parecem ser a outra metade do sinalagma contratual entre usuário e provedor, configurando-se como moeda de acesso a serviços aparentemente gratuitos. Esses dados são utilizados para diversas finalidades, como o fornecimento de serviços personalizados e marketing/advertising – o que implica em novos riscos para a personalidade e privacidade do titular dos dados (REDING, 2010, p. 04). Os escândalos de vazamento de dados demonstraram que os usuários em geral desconhecem as finalidades dadas aos seus dados, tampouco compreendem a forma pela qual seus dados são coletados e protegidos, sendo que o clique em “eu aceito” ao final dos termos e condições tornou-se meramente automático.

A preocupação com a proteção de dados ganhou repercussão mundial especialmente com o escândalo envolvendo a transferência irregular de dados pessoais de usuários da rede social Facebook à uma empresa de consultoria chamada Cambridge Analytica, que atuou na campanha eleitoral do ex-presidente americano Donald Trump. Esse compartilhamento indevido de dados violou a privacidade de mais de 87 milhões de usuários, que não tinham conhecimento a respeito da forma em que seus dados estavam sendo utilizados. Por meio de um aplicativo que serviria para determinar aspectos da personalidade a partir de uma série de perguntas, a empresa obteve os dados dos usuários que responderam ao quiz e também dos amigos dessas pessoas, e, assim,

conseguiu direcionar ações de publicidade a segmentos específicos da população. O Facebook ainda consentiu que a maioria de seus quase 2 bilhões de usuários poderiam ter seus dados indevidamente acessados.

Além do caso do Facebook, houveram outras inúmeras ocorrências de vazamento de dados pessoais. Por exemplo, a Uber sofreu vazamento de dados de mais de 27 milhões de usuários e 600 mil motoristas, a Netshoes teve os dados de quase 2 milhões de clientes expostos na internet.

Tendo em vista esse novo contexto, a tendência mundial é de elaboração de leis específicas para tratar a proteção de dados pessoais (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 68). No Brasil, a exemplo da GDPR da União Europeia, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 de agosto de 2018 (Lei 13.709/2018 ou "LGPD"). Entre os dois diplomas, entretanto, há divergências muito relevantes, sendo uma delas o regime da responsabilidade civil dos agentes de proteção de dados. Este artigo pretende justamente responder a questão de qual seria o regime de responsabilidade civil das empresas em incidentes de vazamento de dados pessoais no Brasil, no âmbito da nova legislação.

Para tanto, pretendemos discorrer sobre a privacidade e o dever de segurança no tratamento de dados pessoais. Na primeira parte deste artigo, abordaremos a emergêncica da disciplina da proteção de dados pessoais como desdobramento do direito à privacidade. Em seguida, analisaremos o arcabouço normativo da LGPD e sua proximidade com outros diplomas protetivos. Por fim, verificaremos algumas especificidades do regime de responsabilidade civil aplicável.

2. PROTEÇÃO DE DADOS: UM NOVO CONTORNO DA TUTELA DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais define, como o seu objetivo e um de seus fundamentos, a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A proteção de dados é compreendida, portanto, como uma projeção de direitos fundamentais já consagrados, podendo ser explicada, principalmente, na esfera dos direitos da personalidade, que são herdeiros do direito à privacidade (DONEDA, 2011, p. 95). Relaciona-se com a proteção da vida privada e da intimidade (art. 5º, X, da CF), da inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII, da CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e contra a discriminação (art. 3º, IV, da CF), como expressões da liberdade e da igualdade da pessoa humana.

Observa-se que o direito à privacidade, classicamente considerado como o “direito de ser deixado só”, conceito introduzido por Warren e Brandeis (1980) no famoso artigo “The right to privacy”, passou por uma transformação juntamente com as relações sociais e econômicas. No âmbito da sociedade da informação, o direito à privacidade passa a ser entendido como o direito ao controle de dados por parte de seu titular (RODOTÀ, 2008, p. 98) e o direito a distinguir quais dados poderão estar disponíveis a terceiros, sendo um aspecto da autodeterminação informativa do usuário (*Recht auf Informationelle Selbstbestimmung*) (MARQUES; MUCELIN, 2019). Isso é especialmente importante porque, no universo digital, as pessoas não mais são reconhecidas de forma direta, mas mediante a representação de sua personalidade, construída por meio da agregação de dados isolados e fragmentos de informação aparentemente irrelevantes, que revelam inúmeros aspectos da personalidade de um indivíduo. A tecnologia do big data permite que comportamentos sejam previstos de forma muito precisa, possibilitando a criação de mecanismos que visam manipular os impulsos consumidores.

A acentuada vulnerabilidade do ciberconsumidor levou Susanne Lacey (2005) a cunhar a expressão “consumidor de vidro” (*glass consumer*) para se referir às forças transformadoras da sociedade, que acabam por criar uma verdadeira “prisão de vigilância máxima”, implicando fragilização nas relações sociais. Ainda em decisão do STJ de 1995, referente ao Recurso Especial n. 22.337/RS, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar caracterizava essa relação entre o tratamento de dados pessoais e controle:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados

através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador.

Assim, evidencia-se a necessidade de regras que disciplinem a coleta, o tratamento e a transferência de dados pessoais, como forma de coibir abusos e contingenciar riscos, assegurando o direito à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

3.LGPD: PANORAMA NORMATIVO E PRINCIPIOLÓGICO

No âmbito de aplicação da LGPD, os dados objetos de tutela são aqueles relativos a uma pessoa identificada ou identificável (art. 5º, I), isto é, dados que possam ser identificados, direta ou indiretamente, por determinados dados, como o nome, números de identificação, dados de localização, identificadores virtuais de identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social (art. 4º) . A exceção feita pela norma, portanto, é com relação aos dados anonimizados, ou seja, aqueles que, mesmo depois do tratamento, não são passíveis de identificar determinado indivíduo. Da mesma forma, a Lei estabelece uma definição bastante ampla de tratamento de dados, como “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” (art. 5º, X).

O interessado em tratar dados, desenvolver ou dar seguimento a um negócio que envolva a coleta e tratamento de dados deve compreender e implementar os fundamentos e princípios que regem o tema. O art. 6º da Lei ressalta o princípio da boa-fé, do qual decorrem os princípios da (i) finalidade; (ii) adequação; (iii) limitação do tratamento de dados ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades; (iv) garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; (v) qualidade dos dados (garantia de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados); (vi) transparência; (vii) segurança; (viii) adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; (ix) impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e (x) responsabilização e prestação de contas, ou seja, o agente precisa demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Estes princípios deverão guiar a conduta das empresas que coletam e tratam, de qualquer forma, dados pessoais. Nesse sentido, é relevante destacar que, com relação à

minimização dos dados, os princípios da Lei impõem que sejam coletados apenas dados mínimos para a finalidade do serviço a ser prestado ou produto. Isso se aplica, também, às autoridades, ainda que nesses casos se dispense o consentimento expresso do tratamento (art. 7º). Esse conceito deve ser incorporado desde a concepção do serviço ou produto a ser ofertado (*privacy by design*), devendo o controlador sempre questionar se a coleta de determinado dado é necessária e para qual finalidade, na medida em que, inexistindo finalidade clara e adequada, o tratamento poderá ser considerado abusivo.

Na mesma esteira da minimização, mesmo em hipóteses de dispensa de consentimento inequívoco, os dados deverão ser utilizados apenas para as finalidades específicas para as quais foram coletados e devidamente informadas aos titulares, e o tratamento não pode estar dissociado daquilo que o titular razoavelmente espera ao fornecê-lo. Deve-se adotar a privacidade “por padrão” (*privacy by default*) e observado o princípio da informação: a privacidade deve ser a configuração padrão dos sistemas, sendo o tratamento e compartilhamento a exceção, que deve ser devidamente informada e consentida pelo titular dos dados. Ressalva-se que o consentimento não é a única forma de legitimar o tratamento, conforme se depreende do artigo 7º da LGPD, no entanto, quando exigido, o consentimento deve ser inequívoco, isto é, o titular deve ser informado e ter conhecimento, de forma inequívoca, da existência, dos procedimentos e finalidade do tratamento, bem como para quem serão divulgados e transmitidos os seus dados. Ainda, o titular tem o direito de retificar os dados, revogar o consentimento e mandar apagá-los. Assim, não há mais possibilidade de concordância genérica ao final da página, de forma a vincular o consentimento a todos os itens à prestação do serviço ou fornecimento do produto.

Desse modo, a LGPD equaliza a assimetria no mercado informacional, propiciando ao cidadão mais autonomia no que diz respeito ao controle e gerenciamento de seus dados, consoante com o direito à autodeterminação informacional e o livre desenvolvimento da personalidade, que constituem um instrumento valioso contra a discriminação e a favor da igualdade e da liberdade (MORAES, 2010, p.141).

A legislação de proteção de dados assegura um arcabouço normativo que objetiva garantir o tratamento dos dados pessoais de modo compatível aos direitos dos titulares dos dados, evitando seu tratamento sem observância das exigências legais, assim como a prevenção de riscos inerentes à atividade (MIRAGEM, 2019, p. 12). Os agentes de tratamento de dados serão penalizados por violações ao dever de segurança, definido como a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão (arts. 6º, VII, e 46 da LGPD).

Ainda, conforme os artigos 50 e 51 da LGPD, a governança e boas práticas serão um filtro para a delimitação dos riscos abarcados pelo regime de responsabilidade civil:

Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

§ 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular.

§ 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:

I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

(...)

II - demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado e, em especial, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento desta Lei.

§ 3º As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.

Art. 51. A autoridade nacional estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais.

Assim, exige-se um *compliance* efetivo, com demonstração, dentre outros fatores, do comprometimento dos agentes de tratamento na adoção de novos procedimentos e políticas internas, de modo adequado à supervisão e mitigação dos riscos envolvendo o tratamento de dados. Impõe-se, nesse cenário, um novo dever para a operacionalização protetiva dos dados pessoais enquanto dimensão positiva do direito fundamental à privacidade: a devida diligência (*due diligence*) (DRESCH, 2019, p. 81).

Importante observar que, a exemplo do que ocorre na União Europeia, em cumprimento ao GDPR, a adoção de padrões de boas práticas e programas de governança serão levadas em consideração para obtenção de certificações pelas empresas, como também para redução e minimização das sanções administrativas. Ainda, em caso de incidente de segurança, surge a obrigação para o controlador de comunicar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que pode determinar, conforme o caso, a adoção de medidas para mitigar os efeitos do incidente ou a ampla divulgação para a sociedade (art. 48). Além disso, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados disporá sobre padrões técnicos mínimos, considerando a natureza das informações tratadas e as características do tratamento, e o controlador deverá garantir a proteção de dados mesmo após o término do tratamento.

Notamos que a LGPD trouxe unidade e transparência ao ordenamento jurídico brasileiro, incorporando regras características da legislação pátria ao mesmo tempo em que traz elementos do regulamento europeu. Em seu art. 64, notadamente inspirado no art. 7º do CDC (Lei 8.078/90) relativo ao diálogo das fontes, firma a conclusão de que os direitos dos titulares dos dados previstos na lei não excluem outros previstos nas demais normas do ordenamento jurídico, devendo ser cumulados e compatibilizados pelo intérprete.

Nesse sentido, mister traçar algumas considerações a respeito das normas já vigentes no quadro legislativo brasileiro. Observamos que temos, além das disposições constitucionais que se relacionam com o direito à proteção de dados (art. 5º, XI e XIII da CF), o Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002) prevê uma abertura à proteção de dados ao tratar dos direitos à personalidade e inviolabilidade da vida privada e o Código de Defesa do Consumidor prevê que o consumidor deve ser avisado por escrito a respeito da coleta para abertura de fichas e cadastros, garantindo, também, o acesso às informações pessoais, a sua correção e eventual atualização (artigo 43). Nesse mesmo intuito, a Lei do Cadastro Positivo conceitua o banco de dados enquanto instrumento intrinsecamente relacionado ao risco financeiro da empresa (art. 2º, I) para formação do histórico de crédito do consumidor, merecendo destaque a norma proibitiva de registro

de informações excessivas e sensíveis (art. 3º, §3º), que também tem regime especial na LGPD. Ainda, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2012), embora trate da publicidade de dados relacionados às atividades públicas, em seu art. 31 demonstra a necessidade de cautela no tratamento de informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e dignidade. O Marco Civil da Internet (Lei 12.965) estabelece padrões mínimos de segurança e sigilo a serem adotados pelos provedores de aplicação com relação aos registros, dados pessoais e comunicações privadas de seus usuários. A proteção de dados pessoais é fixada como princípio da disciplina do uso da internet (art. 3º, III) e o consentimento expresso, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais, é condição para “coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais” (art. 7º, IX). É estabelecido, também, o direito à “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei” (art. 7º, X).

Com a aplicação do método do diálogo das fontes (MARQUES, 2012, p. 17), temos que o tratamento de dados realizados com a finalidade direta ou indireta de fomentar a atividade econômica do fornecedor no mercado de consumo, submete-se à incidência, em comum, do CDC e da LGPD. E, quando tais operações se realizem por intermédio da internet, incidirá também o Marco Civil da Internet, devendo ser compatibilizadas as normas das respectivas legislações.

4.REPONSABILIDADE OBJETIVA EM INCIDENTES DE VAZAMENTO DE DADOS

Conforme visto, a LGPD estabelece uma obrigação central aos agentes de tratamento, qual seja, a adoção das medidas de segurança, técnicas e administrativas, adequadas para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e incidentes de vazamento de dados, também chamados de *data breach*, que são entendidos como “uma violação da segurança que provoque, de modo acidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, armazenados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento”.

Em incidentes de vazamento de dados, a consideração da responsabilidade dos agentes leva em conta a natureza da atividade de tratamento de dados, que é restringida às hipóteses com fundamento legal (art. 7), devendo compreender apenas dados estritamente necessários (princípio da finalidade, art. 6, III) e ser adequada e proporcional em relação à sua finalidade (art. 6, II). Observa-se que o regulamento tem como um de seus fundamentos principais a diminuição do risco, partindo da premissa de que o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares. Assim, justifica-se a opção por um regime de responsabilidade objetiva no art. 42 da LGPD, que vincula a

obrigação de reparação do dano ao exercício de atividade de tratamento de dados pessoais.

O regime ainda prevê especificações quanto à responsabilidade de determinados agentes, conceituados nos incisos VI e VII do art 5º: o controlador (“pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”) e o operador (“pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”). O operador somente será responsabilizado por atos que cometa e que sejam contrários à Lei ou às instruções que lhe sejam fornecidas pelo controlador, casos nos quais aplica-se o regime de responsabilidade solidária entre controlador e operador. Ao controlador, portanto, cabe a responsabilidade nas demais hipóteses.

Para a apuração da responsabilidade, a existência de governança e de uma política de gestão de risco de dados terá substancial relevância, pois, de acordo com o art. 43, os agentes de tratamento não serão responsabilizados quando provarem: (i) que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; (ii) que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou (iii) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Ressalta-se que o tratamento de dados será considerado irregular quando deixar de observar a legislação *ou* quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: (i) o modo pelo qual o tratamento de dados é realizado; (ii) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; (iii) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.” (art. 44). Aqui, a técnica legislativa empregada na LGPD aproxima-se daquela adotada pelo CDC ao disciplinar o regime do fato do produto e do serviço, em especial na definição dos critérios a serem considerados para determinação do atendimento ao dever de segurança.

Observa-se que o legislador estabeleceu um critério geral de imputação lastreado na verificação e demonstração do defeito, manifestado na quebra de legítimas expectativas quanto à segurança dos processos de coleta, tratamento e armazenagem de dados. Exige-se a verificação do nexo de causalidade do dano, qual seja, a falha do controlador ou do operador, contudo, é irrelevante se falha se dá por dolo ou culpa, sendo apenas sua constatação suficiente para atribuição da responsabilidade, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do titular dos dados, nas mesmas hipóteses de hipossuficiência e verossimilhança aplicáveis no âmbito das relações de consumo (art. 42, § 2º, da LGPD).

Conforme explicitado no art. 45 da LGPD, às relações de consumo se aplicarão as condições de imputação e excludentes de responsabilidade estabelecidas pelo regime do fato do produto ou do serviço (art. 14 do CDC). Nesse sentido, Bruno Miragem (2012, p. 535) ensina que a falha de segurança ou má prestação do serviço que gere danos ao consumidor “induz a uma verdadeira presunção de existência do defeito, cuja prova em contrário é exigida do fornecedor, para efeito de eximir-se da responsabilidade”, cabendo, vis-à-vis, a inversão do ônus da prova. A violação do dever de segurança, portanto, implica na responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados, sendo as hipóteses de vazamento de dados espécie de risco inerente à atividade de tratamento de dados, ou seja, fortuito interno, situação que não é apta a afastar a responsabilidade dos respectivos controladores de dados. Neste caso, controlador e operador respondem solidariamente, assim como todos os fornecedores que venham intervir ou ter proveito do tratamento de dados do qual resulte dano ao consumidor, incluindo o encarregado (MIRAGEM, 2019, p. 27).

No que toca aos provedores de aplicações de internet, principais envolvidos em escândalos de vazamento de dados, a relação usuário-provedor é caracterizada como de consumo, uma vez que, conforme o artigo 3º, § 2º, do CDC, são serviços “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”. Conforme visto, embora o provedor de aplicação seja aparentemente gratuito, ele é oneroso mesmo que de maneira indireta, uma vez que a coletividade ou o próprio usuário paga através de seus dados (MARQUES, 2016). Em outras palavras, o provedor auferir lucros com a criação de uma base de dados de seus usuários que é comercializada, geralmente, para fins publicitários e/ou ilegítimos.

Nesse sentido, é sedimentado o entendimento da doutrina e da jurisprudência em relação à desnecessidade de remuneração direta, tendo o STJ decidido que “para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta” (BRASIL, 2004), sendo que o fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, devendo a expressão “mediante remuneração”, constante do artigo 3º, § 2º, do CDC, ser interpretada “de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor” (BRASIL, 2012).

No polêmico caso de uso irregular de dados pela empresa *Cambridge Analytica*, o *Facebook*, apesar de não ter tido envolvimento direto, é também responsável por permitir que dispositivos de terceiros tenham acesso irrestrito aos dados de seus usuários, utilizando de brechas nos termos de adesão e permissão, que, por serem tão extensos e terem caráter técnico, geralmente não são lidos. Nos Estados Unidos, a Federal Trade Commission multou o Facebook ao pagamento de 5 milhões de dólares e

determinou restrições de privacidade e novas práticas de governança e *compliance* para a empresa. No Brasil, a atuação da Cambridge Analytica deu ensejo a instauração de um inquérito civil por parte do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) para apurar o uso de dados pessoais de cidadãos brasileiros sem o seu consentimento, considerando este caso como um dos maiores incidentes de falha de segurança no mundo. Nesse aspecto, a atuação do MPDFT merece destaque pela criação de uma comissão de proteção de dados pessoais, a primeira no país a tratar especificamente sobre o assunto. Agora, com a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, esta ficará encarregada de fiscalizar o tratamento de dados e de sancionar o descumprimento à legislação, de regulamentar hipóteses não especificadas na legislação, de orientar a sociedade sobre a aplicação da Lei e de receber demandas sobre violações às normas de proteção de dados.

Até então, casos de vazamento de dados pessoais foram resolvidos em litigâncias esparsas pelo país. Temos, por exemplo, o caso do aplicativo *Lulu*, que foi disponibilizado no mercado brasileiro no dia 20 de novembro de 2013, e, em poucas semanas, tornou-se um dos aplicativos para smartphones mais baixados nas lojas virtuais. O aplicativo coletava informações públicas dos perfis dos participantes e atribuía notas às suas características físicas e personalidade, permitindo que usuários comentassem, anonimamente, os perfis de cada um, muitas vezes submetendo a pessoa a constrangimento público sem o seu conhecimento. Levados a examinar a matéria em processos judiciais que reclamavam indenização, em 2014, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça do Paraná responsabilizaram solidariamente o *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda* e o *Luluvis Incorporation*, pela violação do direito dos titulares dos perfis expostos no aplicativo. Entenderam que o compartilhamento das informações e o fim atribuído àquelas expunha excessivamente os indivíduos, que sequer consentiram com a inclusão dos seus dados naquela rede social, em uma clara violação ao seu direito à autodeterminação informativa. Ainda que o usuário do *Facebook* haja ali publicado seus dados pessoais de maneira voluntária, não se supõe, com isso, que esteja autorizando o uso indiscriminado dessas informações, notadamente, para uma finalidade tão peculiar como teria sido a do *Lulu*.

A violação aos dados pessoais, portanto, atrai a responsabilidade objetiva daquele que tinha o dever de conservá-los dentro dos limites dos fins para os quais os obteve, medida de que garante a efetividade dos direitos dos titulares de dados, que têm seus dados (muitos deles sensíveis) circulando por diversas cadeias de fornecimento distintas, sem o seu conhecimento.

5.CONCLUSÃO

A nova lei brasileira de proteção de dados pessoais configura-se como uma expressão da convergência internacional em torno de princípios básicos de proteção de

dados, entre os quais estão a legalidade, a transparência, a adequação e a necessidade. Vimos que, com os recentes escândalos de vazamento de dados, restou claro que as pessoas desconheciam a assimetria informacional entre as partes envolvidas nas relações digitais. Considerava-se, em virtude da presunção de boa-fé que pauta nossas relações, que o ambiente digital era seguro, com políticas de privacidade idôneas e pautadas pela cautela no tratamento dos dados fornecidos pelos usuários. Os novos regulamentos surgem com o objetivo de assegurar o direito à privacidade e restaurar a confiança em relação às empresas que coletam, tratam e/ou armazenam dados, permitindo, de forma transparente e segura, o desenvolvimento desse mercado.

Certamente, mesmo com a existência prévia de normas aplicáveis à proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro, a sanção da LGPD foi um enorme avanço em nosso marco normativo, uma vez que traz segurança jurídica às empresas que coletam, tratam e/ou armazenam dados, elencando uma série de direitos, princípios e procedimentos que devem ser seguidos para evitar eventual responsabilidade, ao mesmo tempo em que disponibiliza meios para que o cidadão controle e gerencie seus dados. A legislação preza pela proatividade na condução de políticas de governança e procedimentos eficientes, para que haja uma atuação preventiva, de mitigação de riscos, ao invés de corretiva. A privacidade deve ser a configuração padrão dos sistemas, automática, sendo o tratamento e o compartilhamento a exceção, quando devidamente consentida.

Impôs-se às empresas uma obrigação de prevenção, sendo a governança um parâmetro para a delimitação dos contornos do nexo de causalidade em eventos de vazamento de dados. Tem-se, em essência, um dever geral de cuidado que se desdobra em um regime de imputação baseado na verificação e demonstração de uma falha de segurança (defeito) na prestação dos serviços. Eventual violação, por causar a ruptura de legítimas expectativas do titular dos dados, conduzirá à responsabilização dos agentes de tratamento e, no caso das relações de consumo, de todos os fornecedores que venham intervir ou ter proveito do tratamento de dados. Para fins de comprovação de que a atividade de tratamento correspondeu com o que o titular poderia esperar, deve ser mantido um registro completo das operações.

Por todo o exposto, as empresas agora devem aderir a novos padrões de *compliance*, adotando políticas de governança aptas a mitigar os riscos advindos dos processos de coleta, armazenagem e tratamento de dados, devendo exercer o dever de devida diligência, à luz das técnicas disponíveis, para evitar incidentes de vazamento de dados e eventual responsabilidade decorrente dos danos causados ao titular de dados, responsabilidade esta que independerá de culpa.

6. REFERÊNCIAS

BENNETT, Colin. **Convergence revisited**: towards a global policy for protection of personal data? *In*: AGRE, P. E.; ROTENBERG, M. (Ed.). **Technology and privacy**: the new landscape. Cambridge: The MIT Press, 1997.

BRASIL. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010. Disponível em: <http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno_ProtecaoDadosPessoais.pdf>.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 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: 20 set. 2020

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. **Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 15, n. 107, Out. 2013/Jan. 2014.

OXFORD INTERNET INSTITUTE. **Data Protection Principles for the 21st Century**: Revising the 1980 OECD Guidelines. Oxford, 2014. Disponível em: <https://www.oii.ox.ac.uk/archive/downloads/publications/Data_Protection_Principles_for_the_21st_Century.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

CUSTERS, Bart. **Data Mining and Group Profiling on the Internet**. *In*: VEDDER, A. **Ethics and the Internet**. Antwerpen/Groningen/Oxford: Intersentia, 2001.

DONEDA, Danilo. **Os Direitos da Personalidade no Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. Ano VI, n. 6, JUNHO 2005.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Shertel. **Um perfil da nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira**. *In*: BELLI, L.; CAVALL, O. **Governança e regulações da Internet na América Latina**: Análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27164/Governança%20e%20regulações%20da%20internet%20na%20América%20Latina.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 set. 2020.

DONEDA, DANILLO. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4555153.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

DRESCH, Rafael; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Reflexões sobre a Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018)**. In: DRESCH, R.; ROSENVALD, N.; WESENDONCK, T. (Ed.). **Responsabilidade civil: novos riscos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE. **Handbook on European data protection law**. [S.l.]: [s.n.], 2018. Disponível em: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MANTELERO, Alessandro. **Regulating Big Data**. The Guidelines of the Council of Europe in the Context of the European Data Protection Framework. *Computer Law & Security Review*, v. 33, n. 5, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. **Responsabilidade civil dos provedores de aplicação por violação de dados pessoais na internet**: o método do diálogo das fontes e o regime do Código de Defesa do Consumidor. In: REVISTA DOS TRIBUNAIS. **Contraponto Jurídico**: Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. *Revista dos Tribunais*, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2004.

MENDES, Laura Schertel. **O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, jul./ago 2016.

MIRAGEM, Bruno. **A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor**. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, nov. 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SICHEL, R.; DIAS, J. C. V. E. **PERSONAL DATA PROTECTION IN BRAZIL: HOW FAR HAVE WE BEEN AND HOW FAR CAN WE GO?** *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2876-2915, 2018.

TIKKINEN-PIRI, C.; ROHUNEN, A.; & MARKKULA, J. **EU General Data Protection Regulation**: Changes and implications for personal data collecting companies. *Computer Law & Security Review*, v. 24, n. 1, p. 134–153, 2018.

VERSACI, G. **Personal Data and Contract Law**: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection. *European Review of Contract Law*, v. 14.4, p. 374-392, 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *Harvard Law Review*, v. IV (5), p. 193-220, **The Right to Privacy** 1890. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1321160>>. Acesso em: 18 set. 2020.

WROBEL, Gregory. **Connecting Antitrust Standards to the Internet of Things**. *Antitrust*, v. 29, n. 1, p. 62 – 70, 2014.

ASPECTOS JURÍDICOS DA DIFERENCIAÇÃO AO DIREITO DO PORTE DE ARMA DE FOGO PARA AS GUARDAS MUNICIPAIS COM BASE NO CRITÉRIO ADOTADO PELO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

IZABELA DUARTE GOMES GRATEX:

Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário Fametro¹³.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é falar sobre a Guarda Municipal, tendo como principal assunto analisar a possibilidade do porte de armas de fogo pelos Guardas Municipais, sendo observado o interesse público e a segurança da sociedade. Além disso, o artigo tende examinar as doutrinas e o ordenamento jurídico, o estudo contribui para que seja identificado as atividades da Guarda Municipal e sua relevância na manutenção dos direitos fundamentais, sendo uma delas a segurança pública. Sendo assim, o estudo apresenta os principais aspectos do Estatuto das Guardas Municipais (Lei 13.022 de 2014), bem como o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826 de 2003), com o intuito de abordar os requisitos para o porte de arma de fogo, as prerrogativas e função da Guarda Municipal. Logo, do estudo conclui-se que é possível que os Guardas Municipais usem de armas de fogo, pois recentemente (01 de março de 2021), o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, garantiu o porte de arma de fogo para todos os Guardas Municipais, independentemente do número de habitantes, os Ministros derrubaram a vedação do Estatuto do Desarmamento que proibia o porte de arma de fogo por integrantes de Guardas Municipais em municípios com menos de 50 mil habitantes.

PALAVRAS-CHAVE: Guardas Municipais. Porte de arma. Estatuto do Desarmamento. Segurança Pública.

ABSTRACT: The purpose of this article is to talk about the Municipal Guard, having as its main subject to analyze the possibility of carrying firearms by the Municipal Guards, observing the public interest and the safety of society. In addition, the article tends to examine the doctrines and the legal system, the study contributes to identify the activities of the Municipal Guard and its relevance in the maintenance of fundamental rights, one of them being public security. Thus, the study presents the main aspects of the Statute of Municipal Guards (Law 13,022 of 2014), as well as the Disarmament Statute (Law 10,826 of 2003), in order to address the requirements for the possession of firearms, the prerogatives and function of the Municipal Guard. Therefore, the study concludes that it is possible that the Municipal Guards use firearms, as recently (March 1, 2021), the Federal Supreme Court, by majority vote, guaranteed the possession of firearms for all

¹³ E-mail: izabelagrates@gmail.com

Municipal Guards, regardless of the number of inhabitants, the Ministers overturned the prohibition of the Disarmament Statute that prohibited the possession of firearms by members of Municipal Guards in municipalities with less than 50,000 inhabitants.

KEYWORDS: Municipal Guards. Weapon carry. Disarmament Statute. Public security.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO - 2.GUARDAS MUNICIPAIS E SUAS ATRIBUIÇÕES - 3.LEI 13.022/2014 ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS E O SEU ARMAMENTO - 4. HISTÓRICO DO PORTE DE ARMA NO BRASIL. - 5. PORTE DE ARMA PARA TODAS AS GUARDAS MUNICIPAIS E DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) - 6.CONCLUSÃO 7.REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a restrição ao porte de arma de fogo para Guardas Municipais de municípios de menos 50 mil habitantes, presente na Lei Federal nº 10.826/2003 do Estatuto do Desarmamento. O assunto tem sido tratado com certa frequência nos tribunais superiores e a legislação infraconstitucional evoluiu bastante em matéria de Guarda Municipal.

Foram promulgadas nos últimos anos as Leis Federais números 13.022/2014 e 13.675/2018, que criaram respectivamente o Estatuto Geral das Guardas Municipais e o Sistema Único de Segurança Pública, que trouxeram inovações no campo da segurança pública e afetaram consideravelmente as Guardas Municipais.

No campo jurisprudencial, merece destaque a liminar proferida em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5948 MC / DF, de relatoria do Ministro do Alexandre de Moraes, foi suspensa a eficácia das expressões "das capitais dos Estados e com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitante", no inciso III, bem como o inciso IV, ambos do art. 6º da Lei Federal nº 10.826/2003". A decisão estava pendente de julgamento pelo Plenário do STF, até o mês de março de 2021, no qual, por maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal, garante o porte de arma de fogo para todos os guardas municipais. Os Ministros derrubaram a vedação do Estatuto do Desarmamento que proibia o porte de armas de fogo por integrantes de guardas municipais em municípios com menos de 50 mil habitantes. O que torna o assunto atual e com grandes reflexos na segurança pública (ADI 5948 MC / DF).

O artigo foi produzido a partir de pesquisa bibliográfica, voltado para uma abordagem exploratória em que se analisou, qualitativamente, o conteúdo de acórdãos, leis, livros e pesquisa, em busca do levantamento do máximo de informações que pudessem validar a conclusão obtida acerca da possibilidade do porte de arma de fogo para Guardas Municipais.

Para o desenvolvimento, inicialmente será apresentado uma visão geral sobre Guardas Municipais pelo Brasil e sua previsão constitucional no capítulo da segurança pública previsto no art. 144, §8º, da Constituição Federal de 1988. Após será trazida a regulamentação do porte de arma de fogo pelo Estatuto do Desarmamento, com ênfase na restrição pelo critério populacional. Seguidamente, será tratado o Estatuto Geral das Guardas Municipais, no que diz respeito ao assunto. Finalmente, serão apresentados os acórdãos dos tribunais superiores, para então chegar à conclusão do artigo.

2. GUARDAS MUNICIPAIS E SUAS ATRIBUIÇÕES

A Constituição Federal de 1988 (CF/ 88), apresenta a segurança como garantia individual com base no art. 5º, *caput*, bem como o direito social, previsto no art. 6º, *caput*. Nesse sentido, aproximando a ideia de segurança pública, tratada como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, por meio dos órgãos previstos nos art. 144, da CF/88, no qual, no mesmo capítulo é tratado timidamente sobre a possibilidade de criação das Guardas Municipais para a proteção dos bens, serviços e instalações municipais, art. 144, § 8º, CF/88.

Destarte, Lenza (2021, p.560) conclui que a lei indicada no art. 144, § 8º, deve ser entendida como Lei Federal a estabelecer as diretrizes, as disposições e normas gerais. Isso porque, a instituição, em si, das Guardas Municipais dar-se-á por lei específica de cada Município, conforme, inclusive, deixa claro o art. 6º do Estatuto da Guarda Municipal.

Além do mais, Lenza (2021, p.560) também mencionou: “às competências (geral e específicas) previstas no art. 5º do estatuto, a sua interpretação deverá sempre levar em conta os parâmetros constitucionais de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Por isso, parece ter razão o parecer da Procuradoria Geral da República (PGR) que sustenta a inconstitucionalidade dos incisos VI, XIII e XVII do art. 5º da Lei n. 13.022/2014 (atribuem às guardas municipais, em caráter primário, exercício de competências municipais de trânsito; atendimento de ocorrências emergenciais ou de pronto atendimento; auxílio na segurança de grandes eventos e proteção de autoridades e dignitários)”.

Segundo Silva (2014, p.653 *apud* Lenza, 2021, p. 1596)

Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com qualquer responsabilidade específica pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que,

sendo entidades estatais, não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança, e menos ainda de polícia judiciária. A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir Guardas Municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí, certamente, está uma área que é de segurança pública: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia ostensiva, que é função da Polícia Militar. Por certo que não lhe cabe qualquer atividade de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, que a Constituição atribui com exclusividade à Polícia Civil (art. 144, § 4.º), sem possibilidade de delegação às Guardas Municipais”.

Assim, o autor Lenza (2021, p. 561) ainda dispõe que: “Na medida em que a Constituição não impede que a Guarda Municipal exerça funções adicionais à proteção dos bens, serviços e instalações do Município”, a corte afirmou a seguinte tese: “ é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício do poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas. (RE 658.570, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, j. 06.08.2015, DJe de 30.09.2015).

Conforme Alexandre de Moraes (2015, p. 846) “A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança Interna”.

Os órgãos de segurança pública realizam, conforme ensina Lenza (2014, p. 1032), a atividade policial que se divide em administrativa e judiciária, em que a primeira atua preventivamente às infrações penais e a segunda atua repressivamente ao ilícito penal já ocorrido. Considerando as definições de polícia de segurança apresentadas, Boulos (2000, p.1028) enquadra a atividade das Guardas Municipais como policiamento administrativo da cidade, prevenindo a prática de crimes de dano ao do patrimônio público. No mesmo sentido, o art. 2º, do Estatuto Geral das Guardas Municipais dispõe que às Guardas Municipais incumbe a função de “proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal”. (Brasil, 2021, on-line)

Nesse mesmo sentido, o autor Renato Marcão (2012, p.87) dispõe que a autorização para o porte de arma de fogo das guardas municipais estão condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino de atividade policial, à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições

estabelecidas no regulamento desta Lei, observada a supervisão do Ministério da Justiça (§ 3º do art. 6º).

Por fim, é importante trazer à baila uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que revelou que “o percentual de municípios onde a Guarda Municipal utilizava apenas armas de fogo ou fazia uso de armas de fogo e não letais passou de 15,6%, em 2014, para 22,4%, em 2019. Já em 34,8% dos municípios que tinham Guarda Municipal, o efetivo não portava nenhum tipo de arma”.

“Em 2019, 21,3% dos municípios informaram a existência de guarda municipal. Isso representava 1.188 municípios brasileiros. Em 2014 esse número era 1081”, diz a gerente da pesquisa, Vânia Pacheco, ressaltando que os municípios do Nordeste e os com maior densidade populacional foram os que apresentaram os maiores percentuais de existência da Guarda Municipal. Os dados são da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic.), realizado no mês de dezembro de 2020, pelo IBGE.

3. LEI 13.022/2014 ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS E O SEU ARMAMENTO

De acordo com a Lei 13.022 de 2014 foi ratificado o poder de polícia para as Guardas Municipais, porém, não trouxe inovações no que tange as atividades dessas instituições, tendo em vista que, as Guardas Municipais já realizavam essas atividades antes mesmo da publicação do Estatuto, conforme o que dispuser a lei de cada município.

Dessa maneira, cabe ressaltar a importância da utilização do armamento letal, como parte do uso progressivo da força, pelos guardas municipais. Além disso, dispositivo legal dispõe em seu artigo 16 que as guardas municipais poderão ser armadas, conforme previsto em Lei. Neste caso, a Lei 10826 de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento) determina que:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

III – Os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV - Os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;

Todavia, não há uma justificativa sobre essa supressão dos municípios com menos de 50 mil habitantes, tendo em vista que a violência é crescente no meio populacional, independentemente do número populacional de cada município.

O artigo 6º em questão entra em conflito com o princípio da isonomia, pois de acordo com o artigo 5º *caput* da Constituição Federal de 1988, o número populacional em um Município não é critério justo para se conceder ou não porte de arma de fogo ao guardas municipais. Tendo em vista que, o ato criminoso está em todo o país, e vem aumentando aceleradamente no meio populacional, tornando imprescindível o auxílio das guardas municipais nos municípios.

Nesse sentido, a instituição exerce muito mais que a proteção de bens e instalações públicas, pois as guardas municipais zelam não só pelo patrimônio público, mas também pela vida da população municipal. Além disto, o contato e a proteção que a população tem das guardas municipais são muitas das vezes maiores que a própria convivência com a polícia militar, pois as guardas fazem rondas periódicas e acabam tendo um contato maior com a população

Dessa forma, podemos afirmar que incontáveis foram as vezes que guardas desarmados se depararam com ocorrências em que o criminoso estava armado e prestes a efetuar o disparo contra o servidor público em questão. Deste modo afirma o artigo 5º, inciso XIII da Lei 13.022/14:

Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;

Bem como, é princípio mínimo de atuação das guardas municipais a preservação da vida, diminuição de perdas e redução do sofrimento (art. 3º, inciso II, da Lei 13.022/14.

Cabe ressaltar um fato ocorrido recentemente em Manaus-AM, 06 de junho de 2021, no qual ocorreu uma onda de ataques em represália à morte de um traficante, os criminosos colocaram terror na população, ameaçando e destruindo bens públicos e particulares, colocando fogo em carros e ônibus.

Recentemente, havia sido reinaugurada o monumento Bola das Letras, a rotatória fica localizada na avenida Theomário Pinto da Costa, bairro Dom Pedro, Zona Oeste de Manaus, que também foi alvo da ação dos bandidos, no qual colocaram fogo. A polícia militar juntamente com os guardas municipais trabalharam juntos em combate a ato ilícito praticado por esses meliantes.

Porém, um ponto que aqui deve destacar é que no momento que estava ocorrendo o ato criminoso no Monumento da Bola das Letras, os guardas e municipais estavam desproporcionalmente equipados para combater os criminosos. Cabe aqui ressaltar, em uma entrevista, o Prefeito de Manaus, David Almeida, afirmou que “armar a Guarda Municipal é necessário porque a cidade precisa de mais segurança pública”.

O prefeito tomou a decisão de armar a Guarda Municipal de Manaus, após os diversos ataques ocorridos na capital, quando ônibus e caixas eletrônicos de agências bancárias foram incendiados e delegacias de polícia sofreram atentados.

Além disso, o prefeito ainda alegou “Eu tinha três guardas municipais lá na Bola das Letras quando chegaram três marginais, bandidos, vagabundos. Eles (os guardas) ficaram assistindo aos caras tacarem fogo. Se eles tivessem armas, eles teriam autorização de derrubar aqueles três vagabundos para servirem de exemplos para todos os outros”.

Dessa maneira, a medida foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Amazonas na quarta-feira (16). Sendo assim, as armas que serão usadas pelos guardas municipais são as já utilizadas pelos policiais civis e militares e serão requisitadas à SSP-AM (Secretaria de Segurança Pública). De acordo com o prefeito, já existe uma negociação com o secretário de Segurança, Louismar Bonates. Tendo em vista, que essas pistolas, de início, servirão para o treinamento dos guardas. (Amazonas Atual, 2021)

Com isso, o que está em risco é a vida humana, independentemente da farda que usa e do número de habitantes da cidade em que trabalha. O mandamento disposto no artigo 6º da Lei 10826/2003 é antagônico ao mandamento constitucional que diz:

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.

Destarte, a violência é algo impregnado em nossa sociedade, seja nos grandes centros urbano ou em pequenas cidades. E o armamento dos guardas municipais é imprescindível, independentemente do número populacional, para a efetiva prestação do serviço público, sem pôr em risco a própria vida, uma vez que, a vida dos guardas municipais das grandes metrópoles tem o mesmo valor constitucional do que a vida desses servidores das cidades com menos de cinquenta mil habitantes

Assim, podemos asseverar que o uso da força para a resolução de conflitos é completamente legítimo, desde que, exauridas todas as possibilidades de negociação,

persuasão e mediação. Portanto, os agentes de segurança pública não devem disparar armas de fogo contra as pessoas, exceto, quando tratar-se de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave.

O agente de segurança pública estará imbuído de legalidade quando sua ação for proporcional à gravidade da ocorrência, para tanto, deverá observar os princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência. O artigo 23 do Código Penal Brasileiro legitima tal ação respaldando o agente através das excludentes de ilicitude:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Nessa mesma linha de pensamento, o autor Ventris expõe:

Não é por acaso que a Guarda Municipal está inserida no Título V da Constituição Federal, no qual é tratado da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas. Eis a missão!

Falhando os órgãos que devem zelar pela Soberania do Estado, o próprio Estado é colocado em xeque!

[...]

A missão fundamental das Guardas Municipais é garantir ao cidadão o acesso ao serviço público municipal com segurança, e possibilitar o exercício dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e nos termos do art. 5, §2º da CF nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. (VENTRIS, 2010, p.42).

Portanto, conforme dispõe esse artigo, é legítima tal ação respaldando o agente através das excludentes de ilicitude, observado a necessidade, legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal. Dessa maneira, os servidores da segurança pública estarão respaldados da legalidade quando sua ação for proporcional ao ato.

Ainda assim, é importante frisar que a utilização do armamento letal requer um treinamento específico, assim como, uma avaliação da saúde mental do agente. Desta forma, não será um impeditivo para a concessão do uso deste equipamento de trabalho, pois da mesma maneira que ocorre um treinamento para o uso de armas não letais (como as armas de choque), o uso de algemas e tonfas, os agentes poderão fazer treinamentos para o manuseio de armas letais.

Nesse ponto de vista, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entende:

EMENTA. RECURSO DE "HABEAS CORPUS" "EX-OFFICIO". PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO POR GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. TRATAMENTO DESIGUAL, PELA LEGISLAÇÃO, DESARRAZADO. LESÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL RECONHECIDA POR DECISÃO UNÂNIME DO E. ÓRGÃO ESPECIAL. CARÁTER VINCULANTE E IMPERIOSA OBEDIÊNCIA AO JULGADO. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 6º, inciso IV, da Lei 10.826, de 22.12.2003, alterada pela MP 157, de 23.12.2003. Proibição de Porte de Arma a Guardas Municipais de municípios com menos de 50 mil habitantes. Afronta ao princípio da isonomia. Ausência de razão justificadora do tratamento desigual Incidente cuja procedência se proclama. A Lei 10.826/03 vedou o uso de arma de fogo e excepcionou a Guarda Municipal dos municípios com mais de 250 mil habitantes e menos de 500 mil habitantes, quando em serviço. A Medida Provisória 157/03 alterou o inciso IV do artigo 6º da Lei 10.826/03 para ampliar a exceção, agora a contemplar a Guarda Municipal dos municípios com mais de 50 mil habitantes. Nenhum critério racional justifica a exclusão dos municípios com menos de 50 mil habitantes, igualmente sujeitos à nefasta e crescente violência e submetidos a delinquência de idêntica intensidade à de qualquer outro aglomerado urbano. Nítida violação do princípio da isonomia, a fulminar a norma e a determinar sua exclusão do ordenamento, nas vias próprias cometidas ao Supremo Tribunal Federal. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.139.191-0/0-00. São Paulo. Órgão Especial, Rel.: Des. Renato Nalini, v.u., 29.11.2006). (TJ-SP - REEX:

00084704520128260278 SP 0008470-45.2012.8.26.0278, Relator: Luís Soares de Mello, Data de Julgamento: 05/03/2013, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/03/2013).

4. HISTÓRICO DO PORTE DE ARMA NO BRASIL

O histórico da iniciativa do desarmamento no Brasil, teve início nos anos 90, quando a pauta de discussões de autoridades, estudiosos e agentes da segurança pública era sobre o controle de armas de fogo no Brasil.

Logo adiante, uma comissão mista formada por deputados federais e senadores analisou todos os projetos que falavam sobre o tema nas duas casas e reescreveram uma lei conjunta: o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), sancionado em dezembro de 2003, pelo então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

Em vista disto, o objetivo do Estatuto foi regulamentar o registro, a posse, o porte e a comercialização de armas de fogo e munição no Brasil. Adotando critérios mais rigorosos para o controle das armas, dificultando o acesso do cidadão comum ao porte. Além disso, aconteceram campanhas de desarmamento, com o objetivo de mobilizar a sociedade brasileira para a retirada de circulação do maior número possível de armas de fogo, com o objetivo da redução da violência no país.

Dessa maneira, cabe ressaltar, em outubro de 2005, foi realizado, no país, um referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições. Na ocasião, o eleitorado brasileiro respondeu, por meio da urna eletrônica, se o comércio de armas e munições deveria continuar existindo no território nacional ou, ao contrário, se esse comércio acabaria por aqui.

Dessa maneira, a Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003, dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências:

Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.

§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§ 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Assim, o Estatuto do Desarmamento estabeleceu regras e requisitos que devem ser cumpridos se uma pessoa quiser possuir uma arma, dessa forma, tais requisitos, em sua maioria, estão previstos no artigo 4º do Estatuto, vejamos:

Art. 4o Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008)

II – Apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – Comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

Além do mais, houve algumas mudanças no Brasil no que tange ao assunto, o atual Presidente, Jair Bolsonaro, assinou um decreto nos primeiros dias de seu mandato em 2019, no qual o posse de armas foi flexibilizado porque a “comprovada necessidade” para uso de armas de fogo, antes não especificada no Estatuto do Desarmamento, foi descrita e abarcou um percentual importante da população.

Sendo assim, ficou permitida a posse de armas para moradores de áreas urbanas de estados, além de áreas rurais, o que abarca todo o território nacional, em que os índices anuais de homicídio superam a taxa de 10 a cada 100 mil habitantes. Além do mais, a posse também foi liberada para servidores públicos que exercem funções com poder de polícia e proprietários de estabelecimentos comerciais ou industriais. O decreto também aumentou a validade de registro de armas passou de 5 para 10 anos.

Dessa forma, a medida, foi a primeira a flexibilizar e facilitar a posse de armas no Brasil nas últimas décadas. Segundo o promotor, Fábio Bechara professor do Mackenzie e especialista em segurança pública, quanto mais regulada for a posse de armas, melhor o controle do governo, tendo em vista que a medida não foi tão transformadora, pois o promotor acredita que o decreto apenas trouxe uma objetividade maior ao que já era determinado no Estatuto de 2003.

5. PORTE DE ARMA PARA TODAS AS GUARDAS MUNICIPAIS E DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5948 para autorizar suspender os efeitos de trecho da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) que proíbe o porte de arma para integrantes das guardas municipais de municípios com menos de 50 mil habitantes e permite o porte nos municípios que têm entre 50 mil e 500 mil habitantes apenas quando em serviço.

Com base nos princípios da isonomia e da razoabilidade, o relator disse que é preciso conceder idêntica possibilidade de porte de arma a todos os integrantes das guardas civis, em face da efetiva participação na segurança pública e na existência de similitude nos índices de mortes violentas nos diversos municípios.

A ação foi ajuizada pelo partido Democratas, que sustenta que a norma dispensou tratamento desigual e discriminatório entre os diversos municípios da Federação, em evidente afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da autonomia municipal.

A medida cautelar determina a suspensão da eficácia da expressão “das capitais dos Estados e com mais de 500 mil habitantes”, constante no inciso III; e do inciso IV, que autoriza o porte por integrantes das guardas municipais dos municípios com mais de 50 mil e menos de 500 mil habitantes, quando em serviço, ambos do artigo 6º da Lei 10.826/2003.

Nesse mesmo seguimento, o Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu: “Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) autorizou que todos os integrantes de guardas municipais do país tenham direito ao porte de armas de fogo, independentemente do tamanho da população do município. Na sessão virtual concluída em 26/2, a Corte declarou inconstitucionais dispositivos do Estatuto de Desarmamento (Lei 10.826/2003) que proibiam ou restringiam o uso de armas de fogo de acordo com o número de habitantes das cidades”.

Sendo assim, a atividade da Guarda Municipal visa à manutenção da ordem pública. Quando não houver meios de impedir a prática do ilícito penal, deve reprimi-lo, vez que, a atuação dos agentes deve estar voltada, também, para a defesa dos direitos dos munícipes, mas isso não impede o legítimo uso da força que deve estar distante da arbitrariedade e do abuso. Dessa forma, os municípios que constituem Guardas Municipais estão mais preparados para a proteção dos cidadãos e contenção da criminalidade. De maneira que a efetiva atuação da Guarda Civil Municipal perante a sociedade é de suma importância para os municípios.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é fundamental que as Guardas Municipais sejam todas armadas, tendo em vista que para o seu funcionamento e combate ao crime é essencial. Além disso, é um órgão do Estado e para os criminosos, não faz diferença se é guarda ou polícia, para os meliantes não há distinção de uniformes, o intuito do criminoso é tão somente concluir o seu delito pretendido.

Dessa maneira, é possível observar nos noticiários que a onda de violência que assola o país é devastadora, não importa se é em grandes capitais ou em pequenos Municípios. A violência que assola as comunidades brasileiras demanda uma maior participação dos Municípios no que se refere ao modelo de segurança pública implantado nesse âmbito. Visto que, o modelo de segurança imposto aos Estados membros e a União encontra-se defasado.

Sendo assim, a atuação dos Municípios efetiva-se através da criação e manutenção das Guardas Municipais, o que não caracteriza usurpação de função, devido ao aparato legislativo demonstrado neste artigo. Aquelas instituições de caráter civil tem a função da proteção municipal, seja de bens, serviços e instalações públicos, como da própria vida dos munícipes.

A utilização das Guardas nos mais diversos tipos de policiamento justifica o título de um ente de segurança pública comunitário, pois sempre está mais próximo dos acontecimentos da comunidade, por conviver nas cidades. A função das Guardas não se restringe ao caráter patrimonial, bem como preceitua a lei 13.022/2014. Esta que delegou competências inerentes àquelas instituições corroborando, assim, o Poder de Polícia que lhes cabe. Insta salientar, que a inovação atribuída por esta lei trouxe maior estabilidade à instituição Guarda Municipal, pois, anteriormente a publicação desta não havia uma padronização, fazendo com que cada Município dispusesse da maneira que lhe coubesse.

Apesar da lei em tese trazer grande novidade para o ordenamento jurídico, há que se ressaltar que ela foi omissa em algumas disposições, por exemplo, no que se refere ao armamento das Guardas Municipais deixando que outra lei, Lei 10.826 de 2003, dispusesse a respeito. Insta salientar, que a hodierna lei 13.022/14 deveria rever as necessidades atuais dessas instituições no combate à criminalidade e proteção da sociedade. Outro ponto omissa, concerne ao termo ostensividade, uma vez que, o dispositivo legal se refere apenas ao termo "preventivo", mas, não há possibilidade de as Guardas Municipais exercerem as atribuições que lhe são conferidas sem que seja feito um trabalho ostensivo.

Assim, podemos salientar que a tendência municipalista de segurança pública ganhou mais espaço com a publicação do Estatuto das Guardas Municipais, ressaltando a necessidade de sua criação para o combate à violência atual, para a proteção de bens, serviços e instalações e, principalmente, para a proteção de vidas.

7.REFERÊNCIAS

“Bandido não deve ser tratado como cidadão, diz prefeito de Manaus ao defender guarda armada”. AMAZONAS ATUAL, 17 de jun. 2021. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/bandido-nao-deve-ser-tratado-como-cidadao-diz-prefeito-de-manauas-ao-defender-guarda-armada/> acessado em: 07 de outubro de 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13022 de 08 de agosto de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm. Acesso em: 05 de maio de 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

EXAME. **Primeira restrição a armas no Brasil é de 1603. Como a lei mudou**. Disponível em: <https://exame.com/brasil/lei-armas-brasil-1603/>. Acessado em: 07 de outubro de 2021.

IBGE. Agência de notícias IBGE : Proporção de municípios com Guarda Municipal armada sobe para 22,4%. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29570-proporcao-de-municipios-com-guarda-municipal-armada-sobe-para-22-4>, acesso em: 09 de setembro de 2021

INSTITUTOELO, **Desarmamento: um breve histórico - Relembra os primórdios do Estatuto e da Campanha do Desarmamento e os principais eventos dessa mobilização**. Disponível em: <http://www.instituto10elo.org.br/site/noticias/leitura/1056>. Acessado em: 05 de maio de 2021.

JUNIOR, Almir de Oliveira; VARGAS, Joana Domingues. **As guardas municipais no Brasil: Um modelo de análise**. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 3, n. 7, 2010. Disponível

em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7201/5780>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

JURISBLOG, **Entenda a Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <https://blog.juriscorrespondente.com.br/lei10-826-03-estatutododesarmamento/>. Acessado em: 05 de maio de 2021.

JUSBRASIL, **Liminar autoriza porte de arma para todas as guardas municipais**. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/596201620/liminar-autoriza-porte-de-arma-para-todas-as-guardas-municipais#:~:text=O%20ministro%20Alexandre%20de%20Moraes,guardas%20municipais%20de%20mun%C3%ADcpios%20com>. Acessado em: 06 de maio de 2021

JUSBRASIL, **Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP- Reexame necessário: REEX 0008470-45.2012.8.26.0278 SP 0008470-45.2012.8.26.0278**. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114103469/reexame-necessario-reex-84704520128260278-sp-0008470-4520128260278>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

LENZA, Pedro, **Direito constitucional- Coleção Esquematizado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato, **Estatuto do Desarmamento: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31 ed. São Paulo, Atlas, 2015.

PAULA, Luiz Augusto, **Módulo de Poder de polícia e atribuições das Guardas Municipais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2661, 14 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17604>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

STF, **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Plenário garante porte de arma a todas as guardas municipais do país**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461415&ori=1>. Acessado em: 26 de maio de 2021.

VENTRIS, Osmar. **Guarda municipal- poder de polícia e competência**. 2 ed. São Paulo: IPECS, 2010.

ASPECTOS DA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI PELA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DIANTE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

JADSON DE OLIVEIRA FONSECA:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Católica do Tocantins -
UNICATOLICA¹⁴.

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA^[1]

WELLINGTON GOMES MIRANDA^[2]

(orientadores)

RESUMO: Este estudo objetivou em elucidar os nuances dentre a atuação judicial, visto isso observa-se responsabilização infracional se torna aplicável apenas a indivíduos de doze anos completos a dezoito anos incompletos, conforme denominação dada pelo ECA aos adolescentes, a execução competirá a persona que cometa prática de crime, infração penal, entre demais atos ilícitos previstos por legislação especial, não sendo cabível nesses casos a responsabilização penal, em razão da sua inimputabilidade, contudo, apenas a prática desses atos lhe torna passível de o cumprimento das medidas socioeducativas. Concernente a doutrina da proteção integral o mecanismo das medidas socioeducativas é que promovam a reinserção social do adolescente e na sua garantia de direitos. dentre as seis medidas socioeducativas existentes, ambas possuem caráter pedagógico para auxiliar o crescimento. Por fim torna-se claro que o objetivo de todo o trâmite se encontra pautado na reinserção e ajustamento social e a integração à família, desta maneira estimula a correção nos moldes de crescimento de um jovem prestes a ser um adulto com plenas capacidades a se integrar numa sociedade.

Palavras-chave: Responsabilização infracional, Ressocialização do adolescente em conflito com a lei, Medidas socioeducativas

ABSTRACT: This study aimed to elucidate the nuances of the judicial action, since it is observed that infraction albeit is applicable only to individuals from twelve years complete to eighteen years incomplete, denomination given by the ECA to adolescents, the execution will compete persona who commits the practice of crime, criminal offense, among other illegal acts provided for by special legislation, criminal liability, due to its imputability, however, is not appropriate in such cases, but only the practice of these acts makes it liable to comply with the socio-educational aspects. Regarding the doctrine of

¹⁴ E-mail: jadson.bop@gmail.com

integral protection, the mechanism of socio-educational measures is that they promote the social reintegration of adolescents and their guarantee of rights. Finally, it is clear that the goal of the whole process is based on social insertion and adjustment and integration into the family, in this way stimulates the correction in the ways of growth of a young person about to be an adult with full capacities to integrate into a society.

Keywords: Infracional accountability, Resocialization of adolescents in conflict with the law, Socio-educational measures

Sumário: 1. Introdução. 2. Procedimento e processamento de apuração de ato infracional: 2.1. Investigação da conduta infracional; 2.2. Responsabilização judicial atribuída ao adolescente; 2.3. Execução de medida. 3. Autuação do poder judiciário; 3.1. Direitos individuais e garantias processuais; 3.2. Remissão; 3.3. Representação. 4. Medidas socioeducativas; 4.1. Advertência; 4.2. Obrigação de reparar o dano; 4.3. Prestação de serviços à comunidade; 4.4. Liberdade assistida; 4.5. Semiliberdade; 4.6. Internação; 4.6.1. Internação-sansão; 4.6.2. Internação provisória. 5. Princípio do melhor interesse; 5.1. Pena contra medida socioeducativa; 5.1.1. Unidades apropriadas; 5.1.2. Limite excepcional de vinte e um anos estatutário; 5.1.3. Alcance pedagógico. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), surgiu como resposta do Congresso Nacional a toda mobilização internacional que dava luz aos direitos e deveres a serem dispostos aos indivíduos na passagem até a plena vida adulta, as crianças e adolescentes. Com esta legislação foi disposta um conjunto de regras a serem aplicadas visando principalmente proteger estes indivíduos, contudo, também estabelecem sanções a serem aplicadas aos indivíduos descumpridores da lei.

Com o passar de décadas a visão de toda uma sociedade altera, toda uma geração cresce, todos hábitos e costumes mudam com a esta passagem de tempo. Com tantas mudanças sociais, há aqueles cidadãos que questionam se a proteção integral doutrinada por um estatuto é eficaz até hoje, estes chegam ainda a alegar que garantias especiais dispostas aos adolescentes são meramente embromação, insinuando que a falta de responsabilização penal igualmente aplicada aos imputáveis geram demasiada liberdade aos adolescentes a infringirem a lei sem medo, propondo assim alteração ao artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tencionando desta forma a tão discutida redução da maioridade penal.

Resta inteirar-se acerca os trâmites desta seara a fim de desmistificar todos os requisitos e objetivos inerentes a responsabilização infracional e suas medidas

socioeducativas disponíveis, bem como, explorar toda matéria de responsabilização infracional afim de convencer o leitor sob a importância do Princípio da Proteção Integral aos adolescentes em conflito com a lei.

A escolha da matéria adveio do exercício jurídico do pesquisador como servidor estagiário perante ao Juizado da Infância e Juventude em Palmas-TO. Diante desta experiência, este observou-se que os adolescentes em conflito com a lei, passam por uma série de etapas para sua responsabilização e reeducação.

Com intuito informatizar, a presente pesquisa tem foco inicial em ir de confronto com o ideal leigo de impunidade do adolescente infrator, o qual alegam “que não há aplicação de justiça aos menores infratores”, ponderando desta forma estes desconhecem o objetivo reeducativo das medidas socioeducativas.

A presente, contribui ainda para a compreensão da doutrina de proteção integral e suas garantias dispostas aos adolescentes em conflito com a lei, com foco de privilegiar a educação, além de o auxilia-lo socialmente, retira-lo do contexto social irregular e prepará-lo para a vida comum sem que haja resquícios de condutas reprováveis e antissociais.

Com a chegada da Constituição Federal promulgada em 1988, denominada como a Constituição Cidadã, vimos muitos direitos ao indivíduo surgirem, especialmente o direito à dignidade da pessoa humana, que está disposto no inc. III do art. 1º de nossa Magna Carta. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana teve papel primordial na instituição de um estatuto que viria a privilegiar e resguardar os direitos da criança e do adolescente (BRASIL, 1988).

Apesar de todo o movimento em torno da CRFB/88, não foi necessariamente a mesma que fomentou a legislação especial de cuidados ao indivíduo em crescimento. Os fatores que acabaram por culminar ordenamento em prol dos adolescentes, estão entrelaçados tanto em características históricas nacionais, de modo constituindo a lei maior o art. 227, este que em suma incumbe a família, sociedade, e ao Estado a prioridade absoluta no amparo de seus direitos e interesses (BRASIL, 1988), quanto, características históricas internacionais, estimulada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, além da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, está assinada pelo Brasil em 02 de setembro do ano de 1990 (BRASIL, 1990b).

Somente em 13 de julho de 1990, fora proclamada aos ouvidos de toda a nação, a legislação que faria amparo à nova geração, está alcunhada como o “futuro do país”. A lei nº 8.069/90 nascera, com propósito fundamental de proteção integral de seus tutelados, que por sinal assemelha-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, e

para isso o Estado tinha um papel crucial, sob poder do interesse de agir, proteger e preservar os direitos fundamentais infantojuvenis.

Com uso da doutrina de proteção integral, a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), traz em peso seus princípios orientadores: Prioridade Absoluta, Melhor Interesse e de Municipalização. Com funções homônimas, ambos trazem maior segurança em meios às demandas de infância e juventude, entregando ao Estado encargo de priorizar o atendimento, dever de auxiliar e realçar melhores formações ao indivíduo necessitado.

Tendo em vista toda a matéria protetiva estabelecida pelo ECA, notoriamente a responsabilização do adolescente não ficaria de fora, por esta razão o estatuto prevê ao art. 112, medidas socioeducativas como forma de sanção do Estado, semelhante ao que acontece na esfera criminal, contudo, com a doutrina basilar do ECA, a proposta aqui tem intuito de resguardar seus tutelados, logo, o Poder Judiciário impõe a medida com intuito de ressocializar adolescentes, reestruturar vínculos familiares, proporcionar tratamento especializado a substância psicotrópica, se existente, além ofertar valores ao indivíduo como fator pedagógico, entre outros objetivos evolutivos (BRASIL, 1990a).

Com este alicerce, ao vislumbrarmos a sociedade palmense podemos identificar a existência de práticas infracionais, como em qualquer cidade populosa. Se há adolescentes em conflito com a lei, logo haverá um ente familiar prejudicado, um Estado preocupado em adequar esse jovem e entidades trabalhando para promover determinada ressocialização. Com base na tutela jurídica dada pelo ECA aos adolescentes infratores, de que modo o Poder Judiciário atua na aplicação de medidas socioeducativas, tendo em vista o princípio do melhor interesse?

A metodologia se faz primordial a obtenção de informações indispensáveis acerca do problema, para que este seja passível de resposta, bem como uma confirmação ou ainda uma negação das hipóteses.

Com foco em investigar todos os aspectos inerentes a responsabilização do adolescente em conflito com a lei, esta pesquisa possui característica descritiva. Neste sentido, a presente tem como finalidade inquirir materiais socioeducativos que narram o cumprimento de medida socioeducativa, especialmente a atuação do Poder Judiciário na aplicação de medidas ao avaliar todos os requisitos expressos em lei e características inerentes aos adolescentes e seus atos.

Nesse contexto, a pesquisa possui atuação com o foco na abordagem qualitativa de amostragem não probabilística intencional.

Em conformidade com o objetivo desta pesquisa, deve-se respaldar a presente sob o seguinte método de coleta de dados. Preliminarmente revisar perante ao banco literário reservado à seara infanto-juvenil, ainda mais no que se tange às definições predefinidas sobre: Adolescentes em conflito com a lei; Medidas socioeducativas; Responsabilidade infracional; e Princípio do melhor interesse. Possibilitando a fim de desmistificar o procedimento de responsabilização juvenil.

Após considerações, deve-se organizar com manuais e orientações sobre as ferramentas disponíveis nas unidades socioeducativas na hora de exercer o acompanhamento do adolescente apenado, bem como os encargos essenciais para se praticar uma correta aplicação de medida socioeducativa, além de experiências e particularidades desta dinâmica.

Por último, confeccionar uma pesquisa com foco basilar na descrição das garantias e objetivos presentes na seara infracional em contraponto com a ação punitiva da seara criminal, fundamentando assim o objetivo de identificar a atuação do judiciário em razão a responsabilização infracional ao adolescente em conflito com a lei, ressaltando, ainda mais, com base ao Princípio do Melhor Interesse, como um dos três princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescentes – ECA.

2. PROCEDIMENTO E PROCESSAMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

2.1. Investigação da conduta infracional

Como é perceptível, a prática de atos ilícitos é publicamente repudiada além de serem legalmente sancionáveis, isso pois o interesse de se manter resguardado uma vida digna e pacífica é direito de cada cidadão em sua individualidade, quanto mais a uma sociedade plena e ao Estado de Direito.

Tendo isso em mente, certamente a resposta do Estado para os jovens não seria diferente, claro que com suas ressalvas. O ato infracional se denomina toda a ação ilícita praticada por um adolescente. Por definição já fora demonstrado que o ato infracional se trata de conduta ilegal descrita como crime ou contravenção penal, além de que o adolescente imputado dessa conduta será sujeito à imposição de medidas socioeducativas e/ou protetivas (BANDEIRA, 2006).

Anteriormente tratado, o ato infracional é restrito ao jovem em desenvolvimento, nesse sentido, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 2º esclarece que adolescente é aquele indivíduo entre 12 anos completos até os 18 anos incompletos (BRASIL, 1990a), esse indivíduo em crescimento precisa de certo acompanhamento especial, que visam sua formação e integração social a uma sociedade plena.

Como já apontado a atribuição de ato infracional recai ao adolescente que empreende conduta reprovável e antijurídica, sendo passível dessa forma representação oferecida pelo Ministério Público, em face do adolescente praticou ato infracional, desta maneira compete na resposta do Estado sancionador como resposta (SARAIVA, 2013).

Antes de qualquer denominação dada a estes adolescentes infratores, é necessário enfatizar que estes são indivíduos com necessidades e conflitos, comuns para com sua fase de crescimento. Então não seria estranho ver um adolescente se sentir abalado a ponto de exercer uma ação desvirtuada, como meio de se adequar.

Entendendo que o sujeito em desenvolvimento esta suscetível a atritos pessoais e interpessoais, bem como a passar pela fase na qual este começa a formar opinião e consciência própria, estruturar sua identidade, além de formular um concreto projeto de vida.

Assim que entendermos por completo o intuito do ECA em instituir responsabilização especial para os adolescentes que agem de forma inconsequente e ilícita, captamos a intenção de recolher estes adolescentes com fragilidades e os atribuí-los medidas pedagógicas, os acompanhando e promovendo suas reabilitações.

Como meio de apurar os delitos cometidos por adolescentes, o ato infracional será investigado por uma autoridade policial especializada, nesse contexto é que surge a Delegacia Especializada da Criança e do Adolescente, unidade essencial para diligenciar e investigar atos envolvendo os tutelados pelo ECA, seja quando estiver situada na parte de vítima ou investigada, com fundamento ao art. 172, parágrafo único, há menção sobre a existência da autoridade policial especializada (BRASIL, 1990a).

Ainda nesse entendimento, de acordo com o apresentado pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Brasil (2004, p. 126), as entidades municipais se adequarão conforme com recursos disponíveis na em cada circunscrição, formando assim autoridades policiais especializadas a atuar em casos de adolescentes configurados como autores de atos infracionais, diante isto, destaca-se: “Os CMDCA's deverão indicar ao Conselho Estadual a necessidade de criação de Delegacias Especializadas na apuração de ato infracional por adolescentes.”

A cada transgressão denunciada que mencionar sujeito entre 12 anos e 18 incompletos será devidamente encaminhada ao DECA, que atuará o respectivo inquérito policial, se diferenciando entre o costumeiro boletim de ocorrência circunstanciado e a apreensão em flagrante do adolescente, o primeiro por não haver urgência é remetido ao Ministério Público após a conclusão do procedimento, demonstrado pelo parágrafo

único do art. 173, por sequência, o flagrante por haver necessidade de avaliação deve ser encaminhado imediatamente ao Ministério Público, este procedimento está expressamente estabelecido ao art. 173, caput, bem como art. 175 do mesmo estatuto, para este com a oitiva do infante manifestar-se favorável ou não pela internação do investigado, seguindo o pedido deverá ser remetido ao juízo especializado no mesmo dia, devendo o magistrado analisar os elementos inerentes ao ato infracional, por fim optando pela aplicação ou não da internação provisória a ser aplicada antes da sentença, está só será cabível se fundada em indícios suficientes de autoria, materialidade, além de demonstrar imprescindível necessidade, conforme estabelece o art. 108, em seu único parágrafo (BRASIL, 1990a).

Especialmente a medida de internação provisória possui característica constritiva de medida cautelar, devendo ser aplicada por decisão bem fundamentada, está tem como objetivo de retirar o sujeito temporariamente do convívio social que está inserido, bem como resguardar sua integridade física, neste sentido o mesmo será encaminhado a unidade especializada a cumprir a medida. Entretanto, a internação provisória exige cautela, a medida preventiva tem prazo máximo de 45 dias, estabelecido em lei, art. 108, este prazo é mais que suficiente para apuração ao ato e julgamento da ação, contudo, se por alguma razão o não fizer, o interno deverá ser posto em liberdade com o fim do prazo (BRASIL, 1990a).

Importante recapitular, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a ideologia de proteção integral de seus tutelados, por esta razão as atribuições de atos infracionais pelos ditos adolescentes em conflito com a lei dispõem aos adolescentes procedimentos e medidas próximos ao que ocorre na instância criminal, entretanto, aqui a ação tem objetivo de preservar o adolescente. Ainda assim, há certa mistificação em sua responsabilização, sendo esta evidenciada: "A atribuição da autoria do ato infracional gera frequentemente a desqualificação dos adolescentes, como se estes deixassem de ser sujeitos de direitos e perdessem o estatuto de cidadania, levando-os à condição de assujeitamento, coisificação" (PRESTES, 2014, p. 130).

Em suma, a objetivação aqui relacionada se empenha nas diligências relacionadas na realização de um procedimento investigativo apropriado para apurar qualquer ato ilícito típico cuja um adolescente esteja figurando como autor.

Algumas dessas várias características especiais inerentes ao cunho protetor do ECA são desprivilegiadas, o fato dos adolescentes reterem diversas garantias a mais que a seara criminal está vinculado diretamente com seu desenvolvimento como indivíduo, tais fatores de nada tem a ver com a crença de impunidade.

Destarte, após toda a conclusão do presente procedimento investigativo, este documento estará disponível para o representante do Ministério Público que manifestará

o que lhe entender como necessário para se garantir a lei, sendo possível a apresentação perante juízo a representação em desfavor do adolescente infrator.

2.2. Responsabilização judicial atribuída ao adolescente

Como mencionado anteriormente, a responsabilização infracional é restrita ao adolescente, por qualquer ação, se uma criança vier a cometer conduta delitiva, a ela não se atribuirá ato infracional, conseqüentemente, esta não será responsabilizada por infração podendo ser imposta medida socioeducativa. Em caso específico, a esta criança será aplicada medida protetiva, com intenção de acautelar-se, e, acompanhá-la em suas relações familiares, salientando assim, ao art. 3º, item 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (BRASIL, 1990b), todas as medidas concernentes às crianças terão consideração primordial dos interesses superiores dela, logo, os interesses seriam resguardados igualmente ao adolescente. Cabe frisar-se ainda a similaridade deste princípio com o da dignidade humana.

Portanto, após atribuído ato infracional ao adolescente, concluído o procedimento investigatório, caberá ao Ministério Público analisar todas as informações colhidas e apresentar em peça dirigida ao juízo especial, requisitando o que lhe convencer ser necessário como defensor e cumpridor da lei, seja o pedido de arquivamento dos procedimentos investigatórios, a remissão do ato infracional do adolescente como forma de exclusão do processo, ou, representação do ato infracional, como abordado por (BANDEIRA, 2006).

Mais uma vez cabe comentar a similitude do fluxo processual infracional, ao criminal, a relação desta e de outras similaridades é bem explicativo, a base do infante penal é o criminal, com as ressalvas das garantias em razão do adolescente, que devem sempre ser igual ou maiores em comparativos ao adulto em razão a doutrina do ECA, nunca podendo ser menor ao comparativo com o adulto.

Tencionando isso, após avaliação do caso concreto, o Ministério Público agirá da melhor forma, analisando características inerentes ao ato infracional, como a existência ou não de antecedentes infracionais do investigado, após ser devidamente autuado por cartório judicial, tornando-se visível o cumprimento do art. 179 do código, esta prática em conjunto dispõe melhor atuação a se proceder, resguardando o interesse na ressocialização (BRASIL, 1990a).

Em tese sobre o assunto, Batista (2013) ressalta, a responsabilização dos adolescentes autores de atos delituosos se inicia assim que alcançada a faixa etária dos doze anos, o que traria uma interpretação draconiana ao cotejar a nossa legislação com a

presente em outros países, tais quais aplica sua responsabilização com determinada faixa etária superior.

Vislumbrando o requisito etário para aplicação de uma resposta do Estado, podemos constatar seu interesse em resguardar o jovem, demonstrando assim, ao jovem todo o processo legal que passará ao se tornar totalmente capaz se não alterar sua postura diante a sociedade. Com isso caberá ao Estado atribuir uma ação que será capaz de processar e julgar o adolescente, sempre respeitando suas garantias.

Recapitulando, o Estado possui interesse legítimo de assegurar seus direitos, tanto quanto a própria família, este encargo possui origem ao instituído artigo 227 da Constituição Federal, onde inicialmente estabelece a proteção integral de toda criança e adolescente, o que recai ainda ao adolescente em conflito com a lei, pois o mesmo ao possuir atitudes antissociais não o desvia de ser possuidor de ter seu direito assegurado (BRASIL, 1988).

Ainda com a Lei Maior em mãos, devemos vislumbrarmos o artigo subsequente, nesse estabelece claramente que menores de dezoito anos são inimputáveis penalmente, estando estes sujeitos a normativa específica, sendo necessário uma ação tramitando em ente especializado que o julgue respeitando todas suas garantias.

Especificamente o processo de responsabilização ou apuração de ato infracional, como é conhecido judicialmente, se inicia após concluído os procedimentos investigatórios lavrados por delegacia especializada. Em sequência, todo este inquérito é encaminhado ao Ministério Público, de acordo ao demonstrado ao art. 176, esta entidade como cumpridora da lei decidirá entre representar judicialmente ou remirá o adolescente ao constatar práticas irrisórias perante a máquina judiciária, podendo ainda postular pelo arquivamento, ambas possibilidades de acordo aos incisos presentes ao art. 180 (BRASIL, 1990a).

Tais manifestações serão devidamente encaminhadas ao magistrado competente por dirimir estes processos, estando sob seu critério, receber o pedido de responsabilização, conhecido tecnicamente como representação, homologar a remissão pleiteada, arquivar o procedimento investigatório ou encaminhar ao Procurador Geral de Justiça para que represente o adolescente ou determine outro procurador para que o faça, conforme os art. 181 e 182 do ECA (BRASIL, 1890a).

Caso recebida a representação, inicia-se ação legal para julgar o ato do adolescente ora representado, dessa forma, até ser aplicada sentença, o adolescente aguardará uma série de etapas processuais para que as partes desmiucem totalmente o feito.

Asseverando que as medidas socioeducativas têm o objetivo de responsabilização do adolescente representado pela prática infracional, é necessário após cada caso concreto analisar a condição específica do indivíduo com formação de consciência, ainda mais quando incumbe ao Estado propiciar e garantir de integra as formas de cumprimento, bem como para seu julgamento. Como já fundado por:

Qualquer medida é necessária para sua aplicação, mas depende da verificação dos atos infracionais cometidos pelo menor, se faz necessário que o mesmo tenha cometido uma conduta típica, antijurídica e culpável, e que, a esta conduta não se aplique quaisquer das causas excludentes de ilicitude (PARENTE; TEODÓSIO; BARROS, 2019, p. 2).

Em síntese, toda ação esmiuçada tem como objeto a aplicação do Princípio do Devido Processo Legal, este que fora outorgado pelo art. 5º, LVI da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Aqui evidencia-se que nenhum indivíduo, até mesmo os adolescentes poderão ter sua liberdade temporariamente restringida sem um julgamento idôneo.

Como característica essencial para que a apuração de ato infracional ocorra, bem como outros procedimentos envolvendo os adolescentes e crianças é o segredo de justiça, este fator existe com intuito de proteger os menores, para que tais questões não se tornem um estigma para suas vidas (PRESTES, 2014).

Em momento de julgamento do adolescente infrator por seu delito cometido, o jurisdicionado como representação do Estado deve vislumbrar o Princípio do Melhor Interesse, o qual pré-estabelece a prioridade diante necessidades do adolescente, por sua vez esta como interpretação da legislação. O proposito deste princípio é formar uma base principiológica da Doutrina de Proteção Integral, bem como, nortear a aplicação de todas as normas em favor das crianças e dos adolescentes.

Sobre a matéria é necessário frisar: “Não se pode olvidar que, diante de situações envolvendo (...) adolescente, o julgador deve levar em conta o melhor interesse destes envolvidos. Deve abster-se de emitir sua opinião acerca do que compreende como “melhor” ou “pior”. (POLI; SÃO JOSE; FARIA, 2018, p. 119).

Ainda nesse sentido:

O princípio do interesse superior ou do melhor interesse limita a intervenção do Estado e da família no que tange a questões relacionadas à criança e ao adolescente, impondo àqueles a adoção

de critérios que garantam os direitos subjetivos destes (POLI; SÃO JOSE; FARIA, 2018, p. 119).

Após privilegiado totalmente o contraditório, a ampla defesa do adolescente, além de percorrido por completo todo processo legal, o adolescente representado terá imposto contra seu ato uma medida socioeducativa, sendo que apreciará alguns requisitos, como: reprovação do ato, antecedentes em condutas infracionais e avaliação psicológica. Logo que a sentença for proferida, iniciará a fase executória a seguir.

A propósito, torna-se pertinente a proposição:

A competência das medidas socioeducativas são responsabilidades exclusivas do Poder Judiciário, podendo estas serem aplicadas de forma individual ou cumulativa, tendo em vista sempre a posição social em que o menor infrator se encontra, bem como as circunstâncias, gravidade e os motivos pelos quais o a infração fora cometida. (Barreto; Gondim 2019, p. 7)

Ademais, torna-se pertinente ressaltar que sentença ao qual atribui medida socioeducativa assiste a "capacidade do adolescente cumprir a medida, das circunstâncias do fato e da gravidade da infração" (SOUSA; SILVA, A., 2012, p. 11).

Com este entendimento, nota-se que o julgador avaliará toda a capacidade do adolescente, física ou mental, de entender e se capacitar perante a medida socioeducativa a ponto de mudar a sua perspectiva de vida.

2.3. Execução de medida

A legislação estatutária especial estabelece seis medidas socioeducativas a serem atribuídas aos adolescentes em conflito com a lei, estas estabelecidas no art. 112, inciso I ao VII, (BRASIL, 1890a), medidas essas que têm objetivo pedagógico oferecer valores e conscientização dos atos cometidos pelos adolescentes representados, visando sempre seu ajustamento social e integração ao seio familiar, apresentando assim um mecanismo eficiente na reinserção social e garantias de direitos (MOREIRA; GUERRA; DARWIN, 2017). Tais ações privilegiam tanto a doutrina de proteção integral adolescente, aqui chamado de socioeducando, quanto a se adequar aos princípios norteadores, ambos resguardados pelo ECA.

Por sua vez as autoras Pinto e Silva, R. (2014) apresentaram que medidas socioeducativas quando exercida pelo poder público, articulando-a com auxílio de programas de atendimento à criança e ao adolescente, tencionam atender de forma mais efetiva autores de atos infracionais a partir de ação jurídico- legal.

Consequência da apuração de ato infracional, a medida socioeducativa é imposta como ação executória sentenciada ao adolescente infrator. Logo, esta ação possui caráter pedagógico em fazer com que o adolescente tenha seu direito à liberdade suspenso ou não, variando conforme a gravidade do ato infracional praticado.

Após iniciado a execução da medida o adolescente será encaminhado a unidade especializada em acompanhá-lo, em nenhum momento o adolescente deverá ter alguns de seus direitos feridos, mesmo se aplicada contra si reclusão a sua liberdade. Devendo dentro da unidade socioeducativas, ter acesso a atendimentos de saúde, escolar, profissionalizante, e contato com seus familiares.

Posicionando diante este tópico:

É necessário que o diferencial sócioeducativo das medidas se manifeste, inclusive, na estrutura física das instituições para adolescentes, na expectativa de se possibilitar a ressocialização, entendida como integração familiar, participação no sistema de ensino, ocupação de um lugar na comunidade e, se for o caso, exercício de uma atividade laboral (...) em princípio, teria por finalidade operar um reordenamento dos valores e padrões de conduta do sujeito transgressor (FRANCISCHINI; CAMPOS, 2005, p. 270)

Ora apresentado, a execução de medidas socioeducativas possui propósito muito importante para o socioeducando em sua personalidade e suas atitudes momento em que estiver sendo devolvido a pleno convívio social, nasce dessa necessidade de auxiliar no progresso do adolescente o Plano Individual de Atendimento - PIA.

O PIA pode ser denominado como instrumento pedagógico orientador ao organizar e direcionar as práticas do programa socioeducativo, estabelecendo ao socioeducando metas a serem alcançadas durante o cumprimento da medida imposta melhorando assim não só seu comportamento, quanto qualquer característica que o leve a praticar novos comportamentos reprováveis, especialmente focado em questões psicológicas reflexivas (TEIXEIRA, 2014).

Com tamanha finalidade, ao ser confeccionado por equipe técnica da unidade, art. 53, o PIA é requisito essencial para o deslinde da execução, nesse mesmo além de objetivos comportamentais a serem atendidos, deverá ainda constar fatores da saúde física, psicológica, escolarização, familiar e social do adolescente sentenciado, art. 54 da Lei 12.594/12 – Lei do SINASE. Por seguinte caberá a equipe técnica da unidade propor

atendimento especializado ao adolescente, este deverá superar seus desvios, refletir seus atos, etc. (BRASIL, 2012).

Assim que alcançar os objetivos propostos em plano de atendimento, o socioeducando reunirá diversas características ao seu favor a serem noticiadas, neste segundo momento estará reunido todos os aspectos inerentes às particularidades do progresso do socioeducando acompanhado de acordo ao art. 43 (BRASIL, 2012), este socioeducando será avaliado pelo magistrado competente após abrir vistas ao Ministério Público e de sua defesa, sucessivamente. Podendo ser a medida ali executada extinta ou progressiva a uma mais branda, dependendo de sua evolução.

As medidas socioeducativas se dividem em três modalidades. As reclusivas restringem o direito de ir e vir do apenado, limitando a sua execução em unidade apropriada de acompanhamento, tais medidas são denominadas de Internação para casos graves, onde o apenado não poderá se ausentar da unidade sem prévias autorizações, é excepcional que durante o curso da medida se atente todos os requisitos para seu cumprimento previstos aos arts. 121 e 125, e Semiliberdade menos graves que o anterior, que ao ser atribuída ao adolescente limita este pernoitar em unidade, enquanto em seu contraturno deverá obrigatoriamente se escolarizar e se profissionalizar, art. 120 e §1º. (BRASIL, 1990a).

Já as restritivas, possuem o princípio de reeducar o socioeducando sem o retirar de seu seio familiar de forma drástica, o apenado deverá comparecer em unidade e/ou entidade especializada semanalmente para exercer encargos contra si atribuídos, além de exercer progresso em seu convívio social e familiar, tais medidas são classificadas como Liberdade Assistida, art. 117, e Prestação de Serviços à Comunidade, arts. 118 e 119. (BRASIL, 1990).

Por fim das medidas, há as mais brandas para casos de menor potencial ofensivo, estas possuem características corretivo e/ou pecuniário, onde aplicará ao apenado o dever de ser refletir sobre benefício ora aplicado, podendo se qualificar como Reparação ao Dano, momento em que adolescente ressarcirá a vítima ou restabelecerá devida característica de um bem, art. 116, e, Advertência verbal, sendo reduzida a termo assinada, art. 115. (BRASIL, 1990a).

Todos os requisitos e características mencionados até agora são inerentes ao objetivo de execução da medida socioeducativa, este procedimento é vital para correção social e auxílio na formação de um indivíduo consciente. Ora assim, o tema já viria a ser comentado:

Sob o prisma da Doutrina da Proteção Integral, a medida socioeducativa será aplicada de acordo com grau do ato ilícito

cometido, ou seja, tais medidas não possuem caráter punitivo, mas possibilitam a educação e o lógico entendimento de que a conduta por ele praticada não é aceitável para a sociedade em que vivemos (...) (PARENTE; TEODÓSIO; BARROS, 2019, p. 5)

Resumidamente, o cumprimento de medidas socioeducativas é primordial para o crescimento do socioeducando, este que mesmo dentro de uma unidade terá acesso à educação para sua formação intelectual, atendimento de saúde, acesso a cursos de formação para agregar sua vida numa pós liberação, além de outras características que alterem suas condutas. Reforçando assim a palavra-chave, toda execução de medida socioeducativa gira em torno da responsabilização do adolescente em razão ao ato cometido, com intuito educativo-reflexivo, reintegra um jovem indivíduo a sociedade e sua entidade familiar.

3. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Previsto no art. 5º, LVI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Princípio do devido processo legal garante a quaisquer indivíduos que o mesmo só será privado de sua liberdade ou terá algum direito restringindo após a ocorrência de um processo legal, este exercido pelo Poder Judiciário, assegurando-lhe ampla defesa e o direito ao contraditório.

Somente respeitando esta exigência iniciará a responsabilização infracional, desde apuração de ato infracional diligenciada por delegacia especializada posterior representação socioeducativa. Neste último tramitará afim de processar o adolescente em conflito com a lei, ora representado, garantindo-lhe direitos individuais e processuais, afim de alcançar medida judicial adequada ao seu caso concreto.

3.1. Direitos individuais e garantias processuais

Diante a necessidade do processo de representação e o procedimento investigativo de ato infracional se adequar a exigências presumidas como o devido processo legal para sua atuação por autoridade competente, deve ressaltar que nenhum adolescente será privado de sua liberdade, senão por flagrante ou decisão bem fundamentada proferida por autoridade judiciária competente, sem que haja o devido processo legal e requisitos para complementar sua validade, conforme esclarece os artigos 106 e 110 do ECA (BRASIL, 1990a).

Desde modo, caso seja verificada que algum requisito basilar para atuação judicial foi omitido, torna-se claro a respectiva nulidade de todo trâmite, desde a inepta falha.

Ademais, são direitos individuais do adolescente permanecer apreendido em razão de ato infracional cometido em unidade apropriada, sendo comunicados as autoridades competentes e a família do adolescente, por prazo explícito na legislação, desde que haja indícios para que permaneça custodiado, conforme dispõe os arts. 107 e 108, parágrafo único (BRASIL, 1990a).

Por fim, para que corra devidamente ação em desfavor ao adolescente em conflito com a lei, a ele será asseguradas garantias processuais, previstas ao art. 111 da lei (BRASIL, 1990a), dentre elas: conhecimento pleno e formal da ação, inc. I, igualdade na relação processual lhe sendo permitido produzir provas necessárias à realizar sua defesa, inc. II, acompanhamento por advogado ou defensor público, inc. III, assistência judiciária gratuita, inc. IV, ser ouvido pessoalmente por autoridade competente, inc. V, e, ser acompanhado por seus genitores ou responsável legal em qualquer fase da ação.

Diante a estas garantias processuais ofertadas ao adolescente, nota-se necessário prestigiar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao comentar a matéria pautada no inc. II: "No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente." (Súmula 342, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 581)

No mesmo sentido, ao versa de matéria elencada ao inc. V: "É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa." (Súmula 265, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002 p. 135)

3.2. Remissão

Considerando ao disposto no Capítulo V, do ECA, esse que dispõe sobre a remissão, torna-se claro que esta se difere da "remição" disponível na justiça criminal, sendo que esta verbaliza o ato de perdoar ou dar clemência ao autor, enquanto a remição versa como condição de diminuição da pena ora aplicada.

Assim, de acordo ao disposto no art. 126 e seu parágrafo único, competirá ao promotor natural de justiça conceder ao adolescente perdão ao adolescente autor ato de menor potencial ofensivo, observando as condições e consequências da conduta delituosa, bem como contexto social e personalidade do adolescente infrator, podendo ser requerida com cumulação de medida socioeducativa, exceto as de privação de liberdade, competirá ainda ao juiz natural homologar o petítório do Parquet, ou aplicação suspensão e extinção após instaurado o devido processo legal de apuração de ato infracional (BRASIL, 1990a).

Cumprido observar, que mesmo o Ministério Público cumulando medida socioeducativa, apenas cabe ao jurisdicionado aplicação da medida, a propósito, ressalta-

se súmula do STJ: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.” (Súmula 108, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1994, DJ 22/06/1994 p. 16427).

De acordo com os dispostos nos artigos 127 e 128 (BRASIL, 1990a), a aplicação desta não implica na comprovação de responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, ainda assim, poderá o juiz natural, poderá rever a querer momento a aplicação de remissão, pois possui legitimidade para assim requerer, o que trás a luz, que o presente meio não faz coisa julgada material, apenas formal.

3.3. Representação

Sendo respeitado todo o disposto diante a apuração e responsabilização infracional, competirá ao Ministério Público a representar o ato infracional, classificar seu autor, adolescente infrator, narrar os fatos ocorridos e pugnar na aplicação de medida socioeducativa.

Assim correrá todo o processo legal de apuração de ato infracional, sendo promovida a apresentação o representado, realizado estudo sobre suas condições físicas, mentais e sociais, colhido depoimento das testemunhas e ao fim, ponderado pelo juiz natural a aplicação de medida socioeducativa mais adequada.

4. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Constatado o ato infracional cometido por conduta delituosa de adolescente após o devido procedimento legal, caberá ao magistrado competente aplicar medida socioeducativa competente, estas expressas ao art. 112, entre incisos I ao VII (BRASIL, 1990a). Tais medidas taxadas pelo ECA, frui do interesse em resgatar a cidadania, alcançada por educação em sentido amplo, direcionada a formação de caráter e sua socialização, possuindo característica preventiva.

Todavia, para sua devida aplicação, deve ser levada em consideração dos requisitos que o legislador trouxe, devendo a todo momento ser avaliada a capacidade de cumpri-la, sendo gravidade da infração, necessidades e circunstâncias do adolescente, bem como o interesse social, § 1º. Em segundo momento, devendo ser ressaltado a vedação do trabalho forçado, § 2º. Por fim, em caso do autor do ato infracional seja Pessoa com Deficiência, aplicar-se-á medida única e especializada, § 3º, (BRASIL, 1990a).

Ao prestigiar ainda ao art. 113, deverá o julgador ponderar ainda a aplicação dos dispostos aos arts. 99 e 100 (BRASIL, 1990a), levando assim a promoção e preservação de vínculos familiares e comunitários fortalecidos.

4.1. Advertência

Como ressaltado no parágrafo único do artigo 114, havendo prova de materialidade e indícios suficientes da autoria, poderá o jurisdicionada aplicar a presente medida ao representado (BRASIL, 1890a).

Válter Kenji Ishida (2016, p. 344) classificou “a medida de advertência consistindo em admoestação, ou seja, a leitura do ato cometido e o comprometimento de que a situação não se repetirá”. Nesse aspecto a presente tende a se realizar em audiência admonitória, em conversa do magistrado com o representado, com participação do Ministério Público e a respectiva defesa, advertindo-o das consequências de nova infração, assim a medida exaure no momento de sua realização, sendo completamente desnecessário acompanhamento ao adolescente.

Este íterim é o entendimento do STF, “A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente” (Número dos Autos: RE 248.018/Sp, Rel.Min. JOAQUIM BARBOSA, j.6-5-2008).

A advertência é medida destinada em socioeducar o representado de forma branda, pelo ato infracional de menor potencial ofensivo cometido, ou seja, é mais um meio de orientar o adolescente em conflito com a lei, com objetivo de moldar a postura do indivíduo em sociedade.

4.2. Obrigação de reparar o dano

A medida de Obrigação de reparar o dano cabe apenas a casos de infrações com reflexos patrimoniais. Exige-se prova de materialidade e da autoria.

A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de **responsabilidade** social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta (Válter Kenji Ishida ,2016, p. 345)

No mais, coube ao presente Código Civil trazer dispositivos acerca da obrigação de indenizar terceiro que teve dano em seu patrimônio, na seara infracional, seria a personalidade física, jurídica ou até mesmo o Estado, que venha a sofrer prejuízo em patrimônio em razão de ato infracional praticada por adolescente em conflito com a lei.

Entre estes, cabe ressaltar os dispositivos, sendo o art. 927, dispõe da responsabilidade independente de culpa. Por fim art. 928, responsabilidade a ser aplicada

ao incapaz se os indivíduos por ele responsável não tiverem obrigação de fazer ou não por alguma razão não dispuserem meios suficientes (BRASIL, 2002).

Devendo ser analisada o caso concreto sobre os requisitos para aplicação da presente medida, em caso de impossibilidade em demonstrar o prejuízo sofrido deverá ser desconsiderada sua aplicabilidade.

4.3. Prestação de serviços à comunidade

Definida pelo legislado, a medida consiste em realizações de uma série de tarefas gratuitas de interesses comuns por período não excedente a seis meses, assim a jornada de serviços não poderá exceder a oito horas semanais, de modo não prejudique o adolescente jornada de trabalho, especialmente em frequência escolar (BRASIL, 1990a).

A presente medida é acompanhada por equipe técnica apropriada, geralmente a mesma das medidas de Liberdade Assistida, com o CREAS, onde por meio de convênios com entidades de interesse público, atribuirá ao adolescente o cumprimento de tarefas conforme suas aptidões.

4.4. Liberdade assistida

Previsto no ECA, a Liberdade assistida, muito conhecida por sua sigla de L.A, versa de medida socioeducativa mais adequada a fim de acompanhar, auxilia e orientar o adolescente apenas com a presente, conforme a redação do art. 118 (BRASIL, 1990a).

Esta medida consiste em comparecimento periódico em entidade apropriada, para que seja promovida as devidas orientações e entrevistas com intuito de acompanhar o socioeducando. Similarmente, este comparecimento entidade de acompanhamento apropriada, muito se aproxima da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, aplicada aos imputáveis (BRASIL, 1995).

Constitui-se ainda o prazo mínimo para fixação da liberdade assistida, de 6 meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida (BRASIL, 1990a), após apresentado relatório obrigatório pela direção da entidade responsável de atendimento, narrando a evolução do adolescente no cumprimento da medida, que em sequência manifestada pelo Ministério Público e defensor, para enfim ser ponderado por magistrado competente (BRASIL, 2012).

Por último, prestigiando o art. 119, competirá a unidade de atendimento, prover acompanhamento do adolescente e sua família, avaliando ainda sua atual situação dentro de unidade escola, profissional, além de outros contextos de sua vida. Ressaltando, que após o vigor da Lei nº 12.435/2011, foi estabelecido o Centro de Referência Especializada

de Assistência Social - CREAS (BRASIL, 2011), uma unidade pública incumbida de acompanhar o cumprimento das medidas de Liberdade assistida, entre outras funções sociais.

4.5. Semiliberdade

Válter Kenji Ishida (2016, p. 355) esclarece “o regime de semiliberdade, onde o adolescente permanece internado no período noturno, podendo, contudo, realizar atividades externas. Dentro estas atividades incluem-se a escolarização e profissionalização”.

Neste prisma, a atual medida se assemelha ao regime de semiaberto presente como pena aos imputáveis, dentro do sistema penal, sendo uma medida detentivo. Por ser medida meio, não se considera medida extrema reclusão como a internação, nem, tampouco, restritiva de direitos, como liberdade assistida ou prestação de serviços à comunidade, a este respeito a presente pode incorrer como medida mais adequada em sentença, ou, como como forma processo de progressão de medida mais severa a mais branda ou regressão mais branda para mais severa.

Entretanto, para que seja ela aplicada em decisão ou sentença, deverá ser por meio de ato judicial bem fundamentado, sendo exigível comprovação de autoria e materialidade, sendo considerado todo o atual aspecto do adolescente, respeitando suas garantias previstas no ECA.

O caráter pedagógico da medida é imprescindível, assim respeitando as garantias especiais a serem resguardadas, logo adolescente será inserido unidade escolar e programas de profissionalização, para que lhe haja oportunidade de se adequar a uma rotina de boa conduta, além de participação em reuniões, grupos, cursos, para que moldem este indivíduo com bons valores.

Em suma, com aporte do § 2º, do art. 120 (BRASIL, 1990a), a presente medida ocorrerá conforme as mesmas disposições relativas à internação, previstas ao artigo subsequente.

4.6. Internação

Entre as medidas socioeducativas, a internação é a mais grave por se tratar de medida que privará o adolescente de sua liberdade, por período suficiente para que cesse o risco à sociedade como bem comum, bem como a sua integridade física diante as condutas por ele praticadas. Por ser tratar de medida mais drástica, exige-se o esgotamento do devido processo legal respeitando seu respectivo trâmite, com prova suficiente de autoria e materialidade, não se admitindo sua aplicação em caso de mera confissão isolada (cf, Súmula 342 do STJ).

Diante está conjuntura, a medida de internação para ser aplicada sem infringência os direitos do adolescente, o caput do art. 121, condiciona três princípios que devem ser considerados em todo o decorrer da medida, entre ele: brevidade, tendo a medida perdurar tão somente para a readaptação do adolescente ser alcançada; excepcionalidade, ao qual a internação deverá ser a última medida a ser aplicada quando da ineficácia das demais; e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, preservar condições para o seu desenvolvimento, lhe sendo garantindo acesso a educação, profissionalização, saúde, fortalecimento de vínculo familiar, entre outras garantias (BRASIL, 1990a).

Iniciada medida de internação, adolescente será encaminhado a unidade de atendimento apropriado, aonde permanecerá privado de sua liberdade, para tanto, em unidade o mesmo fará estadia, tendo ao seu acesso, atendimento pedagógico e psicológico, orientado por profissionais capacitados para instruí-lo, posteriormente sendo o adolescente avaliado por seu progresso cumprindo a medida, § 2º, após o período de três anos, caso medida persista, o adolescente deverá ter desinternado, o inserindo em medida mais branda disponível, §§ 3º e 4º, caso o adolescente tenha alcançado a idade de vinte e um anos, o mesmo receberá liberdade compulsória, em razão do alcance máximo estatutário, § 5º, (BRASIL, 1990a).

Em contínuo, conforme estabelecido ao artigo 122 do ECA, torna-se claro as condições necessárias a serem aplicadas a medida de internação, dentre estas: quando tratar-se de conduta em ato infracional praticado com violência ou grave ameaça, inc. I, reiteração de cometimento de infrações graves, inc. II, em descumprimento reiterado e injustificável de medida imposta, inc. III, (BRASIL, 1990a). Estas condições de aplicação visam a estruturação da medida momento em que será ponderado sua viabilidade de aplicação.

4.6.1. Internação-sanção

Como hipótese, a internação-sanção é uma espécie da medida de internação definida pela legislação, de modo nítido no inc. III do artigo 122, bem como ao § 1º, ao qual estabelecem, respectivamente, tratar de medida de internação passível em circunstâncias em que o adolescente em conflito com a lei, mesmo após receber ato judicial aplicando-lhe medida e mesmo assim o descumpra reiteradamente injustificadamente, de modo que está não poderá exceder o prazo de três meses, somente sendo aplicada após devido processo legal em sede de execução de medida (BRASIL, 1990a).

Após seu cumprimento, necessário se faz o retorno do adolescente a medida anterior para que a mesma seja devidamente cumprida.

4.6.2. Internação provisória

Como terceira e última espécie da medida de internação, há a Internação Provisória, está que poderá ser decretada por magistrado em processo de conhecimento, desde que acompanhada de indícios de autoria e materialidade suficientes e a demonstração imperiosa da medida, ou seja, a consideração da gravidade do ato infracional cometido e toda sua repercussão social, pautando esta espécie na garantia de sua segurança e manutenção de ordem pública, ambos os requisitos por meio de decisão bem fundamentada, de acordo ao art. 108 e seu parágrafo único (BRASIL, 1990a).

Destaca-se que a medida, possui cunho cautelar, sendo equivalente à prisão cautelar na seara criminal. Contudo, aqui a mesma possui prazo máximo de quarenta e cinco dias, não podendo ser prorrogável. Em caso atingido o prazo sem que haja posterior decisão sobre a medida, o adolescente será desinternado, razão disso confere ao magistrado zelar pelo cumprimento do prazo legal.

5. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o Princípio do Melhor Interesse, encontra-se como orientação na hora de se ponderar questões que envolvem os indivíduos em crescimento, isto, em razão ao cunho de proteger suas garantias e acautelar o melhor interesse para sua formação social, psicológica, entre outras áreas, alcançando assim o completo desenvolvimento.

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*. (Camila Colucci, 2014, p. 226)

O melhor interesse, deve ser levado em consideração ao se aplicar a medida socioeducativa, objetivando o jurisdicionado a determinar medidas considerando primazias diante as necessidades de cada adolescente. A devida aplicação do melhor interesse, faz com que o indivíduo alcance e goze de seus direitos constitucionais, proporcionando ao mesmo maior benefício, mesmo que muitas vezes colidam com a responsabilização infracional.

5.1. Pena contra medida socioeducativa

Como conhecido, as condutas delituosas previstas no Código Penal Brasileiro acompanham com o condicionamento de suas tipificações e prazo para o cumprimento de suas penas, estas por sua vez como sanção punitiva aplicada pelo Estado ao indivíduo imputável, ou seja, maior de 18 anos e que não acometido por doença mental ou

desenvolvimento mental incompleto ou retardado, oferecendo assim periculosidade a si ou a outrem.

A cada tipo penal acompanhado de sua pena abstrata, se dividindo entre a mais branda até mais gravosa, sendo ponderado pelo magistrado a majorando ou atenuando, conforme cada conduta concreta. Hodiernamente, a pena máxima a ser aplicada é de 40 anos conforme estabeleceu o pacote Anticrime (BRASIL, 2019), ao alterar o art. 75 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Do mesmo modo estabelece o ECA, ao prever que à medida que priva o adolescente de sua liberdade não deverá exceder o prazo de três anos consecutivos, devendo ser posto em liberdade e progredido a medida mais branda que a atual, art. 121, § 3º, (BRASIL, 1990a). Por isonomia, se em casos de aplicação de medida internação como mais grave, ela possui prazo máximo, o mesmo será aplicável há medidas mais brandas, como uma garantia. Contudo o mesmo não se faz necessário visto que o intuito pedagógico é alcançado ou até mesmo condições extintivas.

5.1.1. Unidades apropriadas

Com base ao art. 123, este enfatiza que a medida de internação, bem como similitude para as demais medidas socioeducativas, seja esta especial ou não, deverão ser cumpridas em entidades exclusivas para adolescentes em local distinto de abrigos, estes por sua vez serão divididos obedecendo rigorosos critérios, sendo idade, compleição física e gravidade da ação (BRASIL, 1990a).

A atual proposição do dispositivo, visa reintegração social do adolescente em conflito com a lei apenado por medida socioeducativa, especialmente a de internação, se prestando a acompanhar atual contexto, bem como resguardar a segurança do adolescente.

5.1.2. Limite excepcional de vinte e um anos estatutário

Preceituado no ECA, art. 2º, parágrafo único (BRASIL, 1990a), de modo expresse, torna visível que o adolescente que cometer ato infracional antes de completar dezoito anos poderá ser autuado com representação judicial, podendo-lhe ser atribuído quaisquer das medidas disponíveis, desde que mais adequada, devendo ser esta executada até o cumprimento de sua finalidade, ou que seja alcançada uma das condições extintivas, sendo o alcance de vinte e um anos de idade o alcance máximo de acordo com a faixa etária regulada pelo estatuto.

Destarte, novamente é reiterado todo o alcance pedagógico e visando melhor interesse ao indivíduo, lhe dando mais oportunidade de ser reeducado e mudar sua conduta para que não seja necessária sua responsabilização diante a seara criminal como um imputável.

5.1.3. Alcance pedagógico

Por fim, com o melhor interesse da aplicação da medida socioeducativa como reeducação ao indivíduo, necessário se faz prestigiar a entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao prestigiar condição na execução de medida socioeducativa de Liberdade Assistida:

“Súmula 605. A superveniência da maioria penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.” (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2018, DJe 19/03/2018)

Sob esta condição, a aplicação de medida, seja ela qual for, especialmente a de liberdade assistida, tem por foco alcançar o adolescente em conflito com a lei que recebeu aplicação de medida, mesmo que tenha alcançado sua maioria penal após os dezoito anos, até o prazo do limite máximo de alcance pelo estatuto, a medida assim tramitará.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fundado na proteção integral doutrinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é notável a metodologia pedagógica e retributiva que tramita na justiça juvenil, quando utilizados os procedimentos dispostos no ordenamento jurídico e legislações complementares.

Iniciando no recebimento da notícia de ato infracional, diversas exigências devem ser seguidas, isso ressalva a pretensão do Estado em promover ação sigilosa afim de assegurar com absoluta prioridade o direito de uma vida plena com livre acesso as mesmas áreas que aos capazes, sendo lhes aplicado uma retribuição ao ato ora cometido de forma educacional para compreensão.

Ademais, ambas as medidas dispostas no ECA, provém cunho protetivo, no intuito de impedir que o adolescente permaneça com conduta reprovável após sua maioria, de forma a evitar que a sociedade recaia em super loteamento de unidades prisionais e dezenas de indivíduos adultos sem nenhuma oportunidade de evolução diante a falha em seu desenvolvimento.

Contudo, observa-se que há repercussão social diante a aplicação das medidas socioeducativas, que levam a crer a ineficácia do encargo protetivo-educacional em determinados crimes. No que se refere a essa tese, como apresentado por nosso ordenamento pátrio, legislação especial e complementares, desde a pretensão socioeducativa até regras a serem seguidas pelas unidades de atendimento, ambas visam ofertar ao adolescente uma nova oportunidade de se inserir em contexto social aceitável, para que não incorra de casos de reincidência.

Desse modo, conclui-se que o ECA possui condições de melhor atender os adolescentes infratores, diante sua responsabilização e reeducação social, que promovem a devida adequação ao adolescente, bem como lhe auxiliar ter progressivas condições em todas as áreas de saúde, educação e profissionalização. Porém ressalta-se que necessário de faz no desenvolvimento e aprofundamento de pesquisas no assunto trabalhado em questão, afim de clarear o conhecimento leigo, assim como exercer melhoria nas ferramentas de sócio educação.

7. REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas: Uma Leitura Dogmática, Crítica e Constitucional**. 1º. ed. rev. Ilhéus: Editora da UESC, p. 1- 371 , 2006.

BARRETO, Maria Clara .M.; Rebeca .S.; GONDIM. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e as Medidas Socioeducativas: Uma Abordagem Reflexiva. Cadernos de Graduação**, Sobral, ano 1, v. 4, n. 7, ed. 1, p. 1-17, 2019. Disponível em: <https://flucianofejao.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/09/O_ESTATUTO_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE_E_AS_MEDI-DAS_SOCIOEDUCATIVAS_UMA_ABORDAGEM_REFLEXIVA.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

BRASIL, a. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 de março de 2021.

BRASIL, b. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Brasília, 21 de novembro de 1990. Nações Unidas, **Convenção dos direitos da Criança**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 18 de maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei 12.435**, de 6 de julho de 2011. Altera a Lei 8.742 que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2021.

BRASIL. Lei **9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília DF, 27 set 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Institui o Pacote Anticrime. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 108**. A aplicação de medidas socio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1994]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2010_7_capSumula108.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 265**. É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2002]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula265.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 342**. No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2007]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula342.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 605**. A superveniência da maioria penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida.

Brasília, DF. Superior Tribunal, [2018]. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_605_2018_Terceira_secao.pdf >. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº246.018-5**, Relator Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma, julgado em 06 de maio de 2008. DJ 20-06-2008. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 de setembro.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de março de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 18 de maio 2021.

COLUCCI, Camila. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação** prática no direito brasileiro. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/publico/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_completa.pdf >. Acesso em 15 de outubro de 2020. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18472/13889>>. Acesso em: 18 de maio de 2021. Disponível em: <<http://www.uesc.br/editora/livrosdigitais/atos-infracionais-medidas-socioeducativas.pdf>> Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

FRANCISCHINI, Rosângela; CAMPOS, Herculano Ricardo. **Adolescente em conflito com a lei e medidas socioeducativas**: Limites e (im)possibilidades. *Psico*, v. 36, n. 3, p. 267–273, 4 maio 2006. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/1397/1097>> Acesso em: 26 de fevereiro de 2021.

ILANUD; UNICEF. *et al*, (org.). **Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas**._____, 2004. 266 p. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/politica_socioeducativa/doutrina/Guia_teorico_e_pratico_de_medidas_socioeducativas_ILANUD.pdf> Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

ISHIDA, Valer Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 17º. ed. rev. ampl. Salvador: Editora jusPODIVM, p. 1- 846 , 2016.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; GUERRA, Andréa Maris Campos; DRAWIN, Carlos Roberto. **Violência Juvenil e Medidas Socioeducativas: Revisão de Literatura**. *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, v. 33, e3337, 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010237722017000100305&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 de março de 2021. Epub 16-Out-2017. <http://dx.doi.org/10.1590/0102.3772e3337>.

PARENTE, Elenice de Lima; TEODÓSIO, Thais Wellen Ribeiro, BARROS, Brunna Sousa de. **O Menor Infrator e as Medidas Socioeducativas**. *Cadernos de Graduação*, Sobral, ano 1, v. 4, n. 7, ed. 1, p. 1-17, 2019. Disponível em: <https://flucianofejiao.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/09/O_MENOR_INFRATOR_E_AS_MEDIDAS_SOCIOEDUCATIVAS.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

PINTO, P.; SILVA, R. **Socioeducação: Que Prática é Essa?**. In: RODRIGUES, D.; SOUZA, I.L (org.). **Justiça Juvenil: Teoria e Prática no Sistema Socioeducativo**. 1º. ed. Natal: Editora UFRN, 2014. p. 141-160. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/bitstream/1/11814/1/Justi%C3%A7a%20juvenil.pdf>> Acesso em: 15 de abril de 2021.

POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSE, Fernanda Moraes; FARIA, Renata Mantovani de. **Análise de Alguns dos Principais Princípios Constitucionais Norteadores dos Direitos da Criança e do Adolescente**. *Revista da Faculdade Mineira de Direito, Minas Gerais*, ano 2018, v. 21, ed. 41º, p. 113-151, 2018.

PRESTES, Fabiane da Silva. *Direitos Humanos, Democracia e Punição: A Insustentável*

Tentativa de Endurecimento do Direito Penal Juvenil. *Revista Direito em Debate*, [S. l.], v. 23, n. 41, p. 123-146, 2014. DOI: 10.21527/2176-6622.2014.41.123-146. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2504>>. Acesso em: 09 de abril de 2021.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente Em Conflito Com A Lei Da Indiferença À Proteção Integral**: Uma Abordagem sobre a Responsabilidade Penal Juvenil. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. v. 1. ISBN 9780003569261. *E-book*. socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_605_2018_Terceira_secao.pdf>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

SOUZA, Janaina Alves de.; SILVA, Jacqueline Aragão da.V *ENCONTRO DE PESQUISA E EXTENSÃO*, 2012. **A Reincidência da Delinquência Juvenil após a Aplicação das Medidas Socioeducativas do ECA** [...]. Sobral, CE: Faculdade Luciano Feijão, 2012. 1-14

p. v. 5º. Tema: Direito da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.faculdade.flucianofejao.com.br/site_novo/anais/servico/pdfs/Artigos_completos/Dir/A_Reincidencia.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

TEIXEIRA, M. A. L. **Plano Individual de Atendimento (PIA): O Presente e o Futuro do Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa**. In: RODRIGUES, D.; SOUZA, I.L (org.). **Justiça Juvenil: Teoria e Prática no Sistema Socioeducativo**. 1º. ed. Natal: Editora UFRN, 2014. p. 101-124. <<https://repositorio.ufrn.br/bitstream/1/11814/1/Justi%C3%A7a%20juvenil.pdf>> Acesso em: 15 de abril de 2021.

NOTAS:

[1] Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Comunicação, Estratégias e linguagens. Graduada em Comunicação Social, habilitação em Relações Públicas. Atualmente professora titular do Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins-Brasil

[2] Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: QUANDO É POSSÍVEL?

JANAILSON ALVES DE OLIVEIRA:

Estudante do curso de Direito e
Estagiário no TJPE¹⁵

SÉRGIO PAULO JUSTINO DOS SANTOS

(coautor)

Resumo: Trata-se de um artigo em que o objetivo é informar acerca das situações de acúmulos de cargos públicos, que estão previstas na Constituição Federal da República do Brasil. Ressalta-se que, em regra, o acúmulo de cargos públicos é vedado pelo Ordenamento Jurídico do Brasil, no entanto a finalidade deste artigo é apresentar as possíveis exceções.

Palavras-chave: Acúmulo de cargos. Policial pode ser professor?. Posso acumular dois cargos?. Pode acumular um cargo efetivo com um comissionado?. Posso ter quantos cargos?.

1 - Introdução

De início, é fundamental realçar que, em regra, não é possível acumular cargos públicos. Essa vedação visa reduzir a desigualdade econômica/trabalhista no Brasil, proibindo que uma pessoa possua dois cargos, enquanto outra não tenha nenhum.

2 – Desenvolvimento

Excepcionalmente, há previsões, na Constituição Federal do Brasil, de acúmulos de cargos públicos, friso que a proibição vale para a Administração Direta e Indireta. Desta forma:

(...)

Art. 37:

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

¹⁵ E-mail: Janailsonalvesdeoliveira@gmail.com

De cunho autoexplicativo, é possível acumular dois cargos de professores independentemente da disciplina lecionada. Destaca-se que é necessário haver compatibilidade entre os horários de trabalho.

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

O entendimento do STF e do STJ é no sentido de que para caracterizar cargo técnico não é suficiente a mera nomenclatura, por exemplo, Técnico Administrativo. Se não houver a exigência de algum curso técnico para ocupar a vaga, não poderá haver acúmulo com o cargo de professor.

Na mesma esteira, ambos os tribunais superiores fixaram o mesmo entendimento quando envolver cargo científico, pois é necessário haver uma exigência específica de um curso científico, por exemplo:

Um cargo vago para Analista Administrativo sem especialidade e um outro para Analista com especialidade em Psicologia. Somente, nessa última situação é possível acumular com o cargo de professor, pois, de fato, é um cargo científico.

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

Profissão regulamentada é uma das condições para essa espécie de acúmulo, logo não é possível acumular um cargo de Enfermeiro (que é regulamentado pelo Conselho de Enfermagem) com um cargo de recepcionista hospitalar, pois, esse último, apesar de ser desempenhado por um profissional da saúde, não possui regulamentação.

Além dessas previsões, a Constituição Federal apresenta outras exceções para acúmulos, como:

- Cargo de juiz com um de magistério, conforme entendimento do STF, não há vedação se houver acúmulo entre o cargo de juiz e mais de um cargo de professor, pois o termo “um” presente na Constituição Federal é um artigo indefinido e não um numeral;
- Cargo de membro do Ministério Público com um de magistério; (mesmo entendimento do cargo de juiz);
- Cargo eletivo de vereador com o cargo ocupante pelo servidor eleito, desde que haja compatibilidade;

- Cargo de agente de endemias ou agente de saúde com outro cargo da saúde, desde que esse seja regulamentado.

Fora isso, há entendimento jurisprudencial o qual permite o acúmulo de um cargo efetivo com um cargo em comissão (livre nomeação e exoneração), desde que haja compatibilidade entre ambos.

3 – Conclusão

Após a vigência da Emenda Constitucional 102/2019, todas as regras de acumulações constantes no art. 37 (dois cargos de professor; um cargo de professor com um cargo técnico ou científico; dois cargos privativos de profissionais da saúde com profissões regulamentada) foram estendidas aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios, logo, é possível haver as seguintes situações de acúmulos:

a) um cargo de professor com outro militar;

b) um cargo militar com outro técnico ou científico;

c) um cargo militar com outro da saúde com profissão regulamentada;

Deve ser salientado que, em todas as situações em que a acumulação for possível, o teto remuneratório deverá ser analisado isoladamente, e não mediante a soma das duas remunerações. Bem como, para o cômputo do tempo de contribuição para aposentadoria, além de que, segundo o STF, não há um limite máximo de horas trabalhadas, a exigência é no sentido de que exista compatibilidade de horários.

Por fim, é necessária uma reflexão acerca do contexto histórico, em que foi promulgada a Constituição Federal, e o *déficit* de profissionais capacitados para ocupação de cargos vagos como de professores e médicos à época, de encontro a isso, com o contexto atual com milhões de brasileiros desempregados, a permissão de acúmulo entre cargos públicos, ainda que em caráter de exceção, provavelmente não é algo razoável.

Referências:

Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais. **Planalto**. Brasília, 1990. Disponível em: < [L8112consol \(planalto.gov.br\)](http://L8112consol(planalto.gov.br))>. Acesso em: 21 abril. 2023.

Constituição Federal da República do Brasil. **Planalto**. Brasília, 1988. Disponível em: < [Constituicao \(planalto.gov.br\)](http://Constituicao(planalto.gov.br)) >. Acesso em: 21 abril. 2023.

ANÁLISE DO HISTÓRICO DO AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO E O IMPACTO TRAZIDO PELA LEI Nº 14.131/21

SILMARA MONTEIRO DE LIMA DANTAS:

Graduada no curso de Direito, cursando o 10o período no Centro Universitário FAMETRO, localizado em Manaus/AM¹⁶.

RESUMO: O presente artigo trata-se de uma abordagem/análise histórica sobre o auxílio-doença Previdenciário e o impacto trazido pela Lei nº 14.131 de 30/03/2021, sendo que tal lei, após ser introduzida no Direito brasileiro, trouxe consigo uma série de nuances, com impactos na vida do trabalhador, pois abrange um assunto sempre polêmico: A Previdência Social, mais especificamente o auxílio-doença, ainda que “renomeado” sob o título de “Auxílio por incapacidade temporária”. Essa temática está intimamente ligada ao mercado de trabalho, pois é notório que há grande volume de pedidos desta espécie de benefício junto à Previdência Social/INSS, sendo que os segurados esperam que seus direitos sejam resguardados pela legislação e, quando algo é alterado, gera certa expectativa negativa. Entretanto, apesar dessa realidade, o interesse maior do trabalhador é garantir o seu sustento e de sua família, acreditando que suas contribuições previdenciárias irão lhe garantir não somente sua aposentadoria futura, mas que irá lhe proteger em caso de sinistro no trabalho ou doença, estando, nesse ponto, confiante de que o auxílio-doença proverá suas necessidades enquanto estiver afastado do trabalho. Dessa forma, cabe aqui destacar a importância de se avaliar se a mudança na legislação realmente ampara o trabalhador e se tal benefício lhe proporcionará a subsistência necessária para garantir sua cidadania e dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio-doença. Previdência Social. Trabalhador. Segurado.

ABSTRACT: This article is an approach/historical analysis on Social Security Sickness Benefit and the impact brought by Law No. 14,131 of 03/30/2021, and such law, after being introduced in Brazilian Law, brought with it a series of nuances, with impacts on the worker's life, as it covers a subject that is always controversial: Social Security, more specifically, Sickness Allowance, even though it is “renamed” under the title of “Assistance for temporary incapacity”. This theme is closely linked to the labor market, as it is clear that there is a large volume of requests for this type of benefit with the Social Security/INSS, and the insured expect their rights to be protected by legislation and, when something is changed, it generates certain negative expectation. However, despite this reality, the best interest of the worker is to guarantee their livelihood and that of their

¹⁶ E-mail: sil_monlima@yahoo.com.br

family, believing that their social security contributions will not only guarantee their future retirement, but that they will protect them in the event of an accident at work or illness, being, at this point, confident that Sick Pay will provide for your needs while you are away from work. Thus, it is worth highlighting here the importance of evaluating whether the change in legislation really supports the worker and whether this benefit will provide him with the necessary livelihood to guarantee his citizenship and dignity.

KEYWORDS: Sick pay. Social Security. Worker. Insured.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O auxílio-doença previdenciário. O que é? 2.1 Evolução histórica dos direitos previdenciários no Brasil. 2.2 Novas regras segundo a reforma da previdência e lei 14.131/21. 2.3 Enquadramento do trabalhador nas novas regras e critérios de concessão do benefício. 2.3.1 Incapacidade para o trabalho. 2.3.2 Atestado e laudo médico. 2.3.3 Qualidade de segurado. 2.3.4 Cumprimento de carência e período de graça. 3. O auxílio-doença na vida do trabalhador. 3.1 Característica própria. 3.2 Início e término do benefício. 3.3 doenças fora da carência. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em regras gerais, o auxílio-doença concedido pela Previdência Social (INSS) resguarda o sustento familiar do colaborador acometido por doença que o incapacite para exercer sua função no trabalho, pois o remunera pelo período em que estiver impossibilitado de trabalhar, sendo-lhe também um direito advindo por meio de suas contribuições previdenciárias.

Nesse contexto e diante do atual cenário do mercado de trabalho, no qual também estão inseridas as nuances provocadas pela pandemia do novo coronavírus (covid-19), em que, inclusive, sequelas são provocadas a quem é acometido por esta doença, em alguns casos, com gravidade, torna-se relevante investigar quais os impactos que poderão ocorrer na vida do trabalhador com as mudanças ocasionadas para concessão do auxílio-doença, sendo que, de qualquer forma, tal auxílio garante ao trabalhador a remuneração que proverá seu próprio sustento e de sua família, durante o período em que estiver incapacitado para o labor, por motivo de ter sido acometido por alguma doença ou ter sofrido acidente de trabalho.

Portanto, nesse trabalho será apresentada uma investigação histórica textual/bibliográfica sobre o tema, na tentativa de esclarecer os impactos que as novas regras do auxílio-doença poderão ter na vida do trabalhador, caso o mesmo necessite recorrer a este benefício.

Durante o desenvolvimento do trabalho, orientações serão feitas, com base na legislação vigente, com o intuito de esclarecer sobre o auxílio-doença, deixando claro o

que necessário para que o trabalhador preencha os critérios necessários para recebê-lo, tendo, assim, um “caminho a seguir”, caso precise recorrer a este benefício, de forma a viabilizar seu deferimento e o interessado não incorra em erros que impeçam seu recebimento, inclusive orientações no âmbito jurídico, no tocante ao que a lei estabelece.

Dessa forma, o tema poderá ficar mais esclarecido, uma vez que as mudanças nos critérios de concessão do auxílio-doença ainda são recentes e, como parte interessada, o trabalhador deverá estar atento às respectivas mudanças, assim como estar devidamente esclarecido quanto ao que é necessário para que tenha direito a este benefício e não tenha negado seu direito por falhas durante o processo, que poderiam ser evitadas.

Como objetivo geral o presente trabalho visa apresentar o histórico do auxílio-doença e analisar, do ponto de vista jurídico, as novas regras de concessão deste benefício ao segurado do INSS, e os impactos que tais regras podem ter na vida do trabalhador, quando o mesmo necessitar do benefício.

Outrossim, para atingimento deste objetivo, também visa: Explorar, resumidamente, o desenvolvimento histórico do auxílio-doença Previdenciário no Brasil; demonstrar, de forma clara, quais as novas regras e critérios para concessão do auxílio-doença por parte do INSS ao trabalhador formal, e; explicar os impactos que tais mudanças podem ter na vida do trabalhador, quando o mesmo for acometido por doença ou acidente de trabalho.

Utilizando-se a classificação de Marconi e Lakatos (2014, p. 116), o método de abordagem adotado foi o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”.

Tomando ainda por referência a classificação dos referidos autores foi adotada a seguinte técnica de pesquisa neste projeto: documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões etc.).

Dessa forma, a base geral do trabalho/estudo deu-se por meio de investigação bibliográfica concernente ao tema, o que, basicamente, é formada por normativos e outros dispositivos legais que se submetem ao direito previdenciário, composto, de forma geral, de leis e decretos, estando, ainda, envolvidos normas da própria Previdência Social/INSS e do correspondente Ministério do Governo Federal ao qual os Órgãos estão vinculados.

Assim, o referencial teórico foi composto, em suma, por normativos relacionados ao tema, bem como por material bibliográfico existente que também esteja ligado ao tema (obras e autores).

2. O AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. O QUE É?

O Auxílio-doença Previdenciário, também chamado de benefício por incapacidade temporária, é um seguro previdenciário devido ao trabalhador segurado que for acometido por algum problema de saúde e que está total ou temporariamente incapaz de exercer suas atividades habituais laborais, por mais de 15 (quinze) dias. O benefício difere do auxílio-acidente, que possui natureza indenizatória.

A lei do auxílio-doença é um dos mais importantes benefícios pagos pela Previdência Social. Destinado a substituir o salário em período de incapacidade ocasionado por doença, acidente ou prescrição médica excepcional. Ressalta-se a importância de que o benefício de auxílio-doença objetiva proteger a incapacidade do segurado para o trabalho. O auxílio-doença é concedido ao segurado impedido de trabalhar, devido a ocorrência de doença ou acidente, por mais de quinze dias, sendo necessária a comprovação de incapacidade temporária em perícia/exame realizado por médico(a) credenciado junto à Previdência Social/INSS.

Não se exige que o segurado esteja incapaz para toda e qualquer atividade, mas sim que o segurado esteja impossibilitado de realizar seu trabalho habitual/atividade laboral, sendo que os primeiros 15 (quinze) dias, no caso de trabalhadores com carteira assinada, são pagos pelo empregador. Após esse período, a Previdência Social custeia o afastamento, pagando o auxílio por todo o período de afastamento.

2.1 Evolução Histórica dos Direitos Previdenciários no Brasil

Para que se tenha uma visão mais apurada concernente ao tema ora abordado, é necessário fazer-se um apanhado histórico da evolução da seguridade social no Brasil, sendo este apanhado importante, pois, o passado pode revelar com clareza quais eram os valores e as intenções daqueles que lutaram para conquistar uma sociedade mais justa, igualitária, humana e alinhada ao interesse coletivo.

Portanto, dentro desse contexto, a evolução legislativa da seguridade social, no Brasil, é bem notada pela evolução das Constituições brasileiras. Na Constituição de 1824, pouco havia sobre a seguridade social na forma como se configura atualmente, havendo uma previsão muito discreta no Art. 179, inciso XXXI, com estabelecimento de uma política de socorros públicos voltados para o atendimento das pessoas carentes pelos chamados "montepios", casas de socorros públicos e conventos.

Havia, nessa época, o estabelecimento de outras normas que protegiam determinados grupos da sociedade, mas, eram ações muito pontuais, como o Decreto nº 3.397 de 24/11/1888, que normatizou a “Caixa de Socorro” para os trabalhadores das estradas de ferro. Havia, também, o atendimento aos trabalhadores dos Correios e das Oficinas da Imprensa Régia, porém, tudo baseado na ajuda mútua de seus participantes, no mutualismo muito precoce sobre as ideias da solidariedade e do conceito da seguridade social.

Já na Constituição de 1891, Art. 75, foi criado o primeiro “benefício” (entenda-se apenas como uma vantagem econômica) em favor do funcionário público, assegurando uma aposentadoria em caso de invalidez no serviço à Nação. Um importante ato normativo que surgiu em 1923, e segundo a doutrina, tornou-se o marco do Direito Previdenciário, foi a Lei “Eloy Chaves”, por meio do Decreto nº 4.682 de 24/01/1923, que criou o primeiro Sistema de Previdência Social para atender, especificamente, aos trabalhadores ferroviários, com as denominadas “Caixas de Aposentadoria e Pensões” dessa classe de trabalhadores, garantindo a eles a proteção em caso de invalidez e morte, além de proteção em forma de assistência médica.

Dessa forma, o Brasil, já “sincronizado” com os movimentos políticos e sociais surgidos em outros países, consoante à conquista de diversos direitos sociais voltados ao trabalhador, especialmente, pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, também passou por um processo de extensão dos direitos incipientes que nasceram da Lei Eloy Chaves, cuja modificação mais relevante foi a reformulação das assim intituladas “Caixas de Aposentadoria e Pensões”, pelo Decreto nº 20.465 de 01/10/1931, em que se modificou a organização daquele sistema inicial, de responsabilidade de cada empresa e serviço envolvido, para fazer com que os benefícios da época fossem divididos por categorias profissionais.

Assim, cada uma das categorias teve organizado o próprio fundo, por meio dos Institutos de Pensões, cuja manutenção era realizada por meio de contribuições dos três principais membros da sociedade, os empregadores, o empregado e o Estado. A criação desses Institutos e suas configurações davam o pontapé inicial para o novo Sistema Previdenciário Brasileiro, mesmo que ainda descentralizado, pois a organização e o gerenciamento desses fundos se dava pelos próprios agentes, com forte ligação ao sistema de mutualismo, outrora instituído.

Com o advento da Constituição de 1934, os Institutos receberam o respaldo constitucional, e os benefícios obtidos, até então, foram legitimados por esta Carta Magna, por suas disposições constantes nos Arts. 121 e 170, que traziam o direito à assistência médica, a direitos sociais e o direito a benefícios como a aposentadoria dos

funcionários públicos. Diante desse normativo constitucional, a ideia do financiamento do sistema dos Institutos de Pensões ficou explícito pela repartição do ônus entre os membros da sociedade, o que intensificava ainda mais o caráter econômico do sistema, que, nesse momento, foi denominado “Previdência”.

Por sua vez, a Constituição de 1937, outorgada após três anos da anterior, não representou marco histórico na evolução dos direitos previdenciários, ou modernamente chamados “direitos da seguridade social”. De forma tímida, dispunha sobre determinados “seguros” a certos trabalhadores protegidos em casos de velhice, invalidez, vida e para acidentes de trabalho, conforme se entendia o disposto no Art. 137. Quase dez anos depois, novo ordenamento jurídico brasileiro foi instituído pela Constituição de 1946, formalizando-se a ideia da previdência social, quando assim foi denominada com a inserção do “Título V - Da Ordem Econômica e Social”, conforme garantias previstas no Art. 157, que tratava especificamente da legislação trabalhista e da previdência social.

O Art. 157, inciso XVI, estabelecia que (além do inciso XVII, que obrigava a instituição do seguro pelo empregador contra acidentes de trabalho):

Art. 157. A legislação trabalhista e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

[...]

XVI –

previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade, e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte.

Importante notar que a Constituição de 1946 nascia no bojo de uma sociedade marcada pela revolução dos paradigmas sociais e trabalhistas que garantiram aos trabalhadores uma série de direitos e prerrogativas sociais que ainda não tinha sido legitimada pelo poder e pelo Estado e que, pela Constituição de 1946, passou a ser considerada como direitos essenciais da dignidade do trabalhador e, conseqüentemente, do bem-estar e da justiça social.

Ressa lta-se que essa conformação sobre os direitos trabalhistas e muitos dos direitos previdenciários atuais subsistem desde aquele momento histórico, uma vez que

a própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) - Decreto-Lei nº 5.452 de 01/05/1943, é vigente até hoje.

Importante conquista legislativa para a evolução da previdência social fora a instituição da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) - Lei nº 3.807 de 26/08/1960, que sistematizava a previdência social, criava e expandia benefícios, estendia o direito à assistência social a outras categorias de trabalhadores, e compunha a disciplina quase completa de todos os direitos e garantias sobre a previdência social. A LOPS teve vigência até 1991, quando surgiram as atuais leis previdenciárias. Sendo assim, tem-se como a lei antepassada mais próxima do que se configura, atualmente, como Previdência Social e, mais adiante, Seguridade Social. Relevante adendo à Constituição de 1946 foi a implementação da Emenda nº 11 de 1965, que criou formalmente a ideia da “regra de contrapartida”, que consiste na ideia de que “nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total”, exatamente nos termos do acréscimo ao Art. 157.

Em 1988, fruto de um dos maiores momentos históricos da sociedade brasileira, foi promulgada a vigente Constituição da República Federativa do Brasil. Especificamente quanto à evolução histórica da Previdência Social, houve, enfim, a sistematização efetiva de um programa sócio-político-econômico, que estabeleceu as diretrizes fundamentais para a formação, criação, organização e disciplina de um sistema próprio, autônomo e universal, o denominado Sistema da Seguridade Social, conforme “Título VIII - Da Ordem Social” e “Capítulo II - Da Seguridade Social”, do Art. 194 até o Art. 204, tratando da Seguridade Social e da Previdência Social, da Saúde e da Assistência Social.

Com a Constituição de 1988 (CF/88), o ordenamento jurídico brasileiro formaliza e institui o Sistema de Seguridade Social, como resultado da evolução histórica que formou o arcabouço jurídico necessário para que a sociedade brasileira tivesse garantidos seus direitos e prerrogativas em prol da justiça, do bem-estar e da igualdade sociais. A partir de 1988, muitas outras leis e atos normativos surgiram disciplinando a questão da seguridade. Entretanto, é oportuno fazer menção às Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24/07/1991, responsáveis pela instituição do Plano de Custeio e do Plano de Benefícios a que se referia o Art. 59 dos “Atos das Disposições Constitucionais Transitórias”, conforme disposto a seguir:

Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da

promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Há críticas sobre a questão do prazo em que as Leis 8.212 e 8.213 foram instituídas, porém, de alguma forma, atualmente, depois de uma série de reformas, alterações normativas e, inclusive, acréscimos por meio de Emendas Constitucionais, principalmente a Emenda Constitucional nº 20 de 1998, tanto a CF/88 como as duas leis aqui referidas, são as principais fontes do Direito que guarnecem o Sistema da Seguridade Social do Brasil.

Diante de todo este apanhado histórico relativo à Previdência e Seguridade Sociais, o auxílio-doença faz parte do arcabouço jurídico do Direito Previdenciário, ramo do Direito Brasileiro ligado à Previdência Social que sofreu algumas alterações nos últimos anos, como por meio da chamada "Reforma da Previdência" – Emenda Constitucional nº 103 de 12/11/2019 e, mais recentemente, da Lei nº 14.131 de 30/03/2021, que também alterou a Lei nº 8.213/91, em que consta no Art. 18, alínea "e" do inciso I, o auxílio-doença, conforme transcrição abaixo:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

[...]

e) auxílio-doença;

[...]

Entretanto, o benefício auxílio-doença tem como regra primordial de sua estruturação o disposto no Art. 59 da Lei nº 8.213/91:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Dessa forma, essencialmente, surgiram através de tal disposição, os elementos que compõem a estrutura da relação jurídica deste benefício previdenciário: Auxílio-doença e, a partir dela, dos dispositivos complementares que se seguiram por meio de

normativos correspondentes no ramo previdenciário, podendo, assim, serem deduzidos os elementos desse instrumento de proteção social prestado pela Previdência Social do Brasil.

Tais elementos, embora causem polêmicas quando instituídos ou mesmo sejam observados com certa “desconfiança”, principalmente, por parte dos trabalhadores, quando de suas alterações, entretanto, não destituíram este importante benefício, garantindo, assim, a permanência do auxílio-doença aos trabalhadores, tornando-o uma ferramenta de garantia de direitos ao trabalhador que dele necessitar, quando acometido por sinistro que o impossibilite do labor. Portanto, o auxílio-doença vai ao encontro das necessidades do trabalhador acometido por doença ou acidente de trabalho, de forma a lhe garantir o sustento próprio e de sua família, enquanto estiver incapacitado para desenvolver suas atividades laborais. A causa da incapacidade pode ser a situação da doença em si e a situação do acidente. Em se tratando do benefício do auxílio-doença, o acidente pode ser de qualquer natureza.

Como essas causas, tidas por comuns, não têm correspondência em sua origem circunstancial com o exercício do trabalho, podem ser derivadas de quaisquer situações da vida que façam o segurado se sujeitar à doença ou ao acidente de qualquer natureza que lhe ocorra.

Esse alcance fica claro/nítido no parágrafo único do Art. 30 do Decreto nº 3.048/99:

Art. 30.

[...]

Parágrafo único. Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.

A “doença” e o “acidente de qualquer natureza” são tomados por expressões semelhantes em suas manifestações concretas, variando apenas o agente causador e a circunstância do fato. São causas de origem traumática e por exposição a agentes físicos (objetos, bens, coisas etc.), químicos (substâncias) e biológicos (seres vivos em geral, agentes patológicos), que submetem o trabalhador segurado a consequências que alteram seu estado de vida, especialmente, na relação do trabalho (ambiente).

No caso dos empregados/trabalhadores segurados, o contrato de trabalho ficará suspenso pelo período que durar o afastamento decorrente da incapacidade, conforme disposição prevista no Art. 63 da Lei nº 8.213/91, de que: "o segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado", disposição também prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT - Decreto-Lei nº 5452 de 01/05/1943).

Para os demais segurados, o afastamento se dará de forma natural, com a paralisação efetiva das atividades laborais que o trabalhador segurado incapitado desempenhava. O parágrafo único do Art. 59 da Lei 8.213/91 dispõe uma importante ressalva que impõe limite à concessão do auxílio-doença, sendo que não será devido o benefício se o segurado já for portador de doença ou de lesão estabelecida como causa, salvo quando a incapacidade for causada como reflexo da evolução ou agravamento da doença em questão e/ou da lesão ocasionada.

Na relação jurídica do benefício previdenciário, como em qualquer relação jurídica, há o estabelecimento de um vínculo entre dois sujeitos de direito: Um sujeito "ativo" e outro sujeito "passivo", respectivamente, um com o poder e o direito de exigir determinada prestação do outro sujeito, que tem o dever e a obrigação de prestar o objeto que se estabelece na relação entre eles, neste caso o benefício previdenciário chamado "auxílio-doença", o qual recebeu a nomenclatura (atualizada) de "auxílio por incapacidade temporária", de acordo com a Reforma da Previdência – Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019 e Lei nº 14.131/2021.

O Art. 59 da Lei 8.213/91 concede ao segurado o direito de recebimento do benefício previdenciário auxílio-doença. Portanto, nessa relação jurídica previdenciária, o segurado é o sujeito ativo em favor de quem o sujeito passivo vai prestar o objeto dessa relação (benefício).

Trabalhadores segurados figuram na Lei 8.213/91, em seu Art. 11, os sujeitos que exercem determinadas atividades profissionais (os trabalhadores em geral, sejam empregados, domésticos, avulsos, contribuintes individuais, segurados especiais etc.), chamados, por conseguinte, de segurados obrigatórios, cuja participação na previdência social é obrigatória.

Como membros da sociedade, participam do financiamento da seguridade social, como condição fundamental para a manutenção de sua qualidade de segurados, sendo assim sujeitos de direitos perante a Previdência Social. Também são sujeitos ativos os segurados facultativos, os quais também têm direito ao benefício previdenciário auxílio-doença, sujeitos estes que participam da Previdência Social por manifesta e livre vontade, respeitadas, de qualquer forma, as condições para a manutenção da qualidade de segurados a que estão submetidos os obrigatórios.

Assim, se há um direito a ser prestado ao segurado, de outro lado, há um sujeito passivo que tem a obrigação de prestar esse direito que, na relação previdenciária, será a Previdência Social, por sua autarquia e ente jurídico de direito público, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), conforme Lei 8.029/90. A obrigação passiva da Previdência Social é fruto de toda a sistemática que se apresenta para sua conformação jurídica e se rege tanto pelas disposições constitucionais como pelas disposições legais, a partir do próprio Art. 1º da Lei 8.213/91, legitimado pelos Arts. 7º, 194 e 201 da CF/88.

Com relação à recente Lei nº 14.131 de 30/03/2021, a mesma instituiu em seu Art. 6º, ainda que temporariamente, a possibilidade de, até 31/12/2021, ser concedido auxílio-doença, ora intitulado de “auxílio por incapacidade temporária”, sem a necessidade de realização de perícia médica por parte do INSS, o que é totalmente aplicável e compreensível, dadas as circunstâncias atuais concernentes à pandemia do novo coronavírus (covid-19), inclusive, o que ocasionou o fechamento das agências da Previdência Social/INSS, impossibilitando, assim, a realização das perícias, o que, por sua vez, trouxe prejuízos aos trabalhadores no tocante à concessão do auxílio-doença, com é notório.

Nesse contexto, de formas gerais, tal lei preencheu uma lacuna deixada anteriormente quanto ao normativo previdenciário, o que se espera que diminua a fila de processos deste benefício e/ou diminua o tempo de espera para os trabalhadores amparados por este direito, apesar de, neste caso, o tempo ser restrito a 90 (noventa) dias de benefício.

2.2 Novas Regras Segundo a Reforma da Previdência e Lei 14.131/21

De forma geral, a aplicabilidade se resume em atender aos critérios e normas estabelecidos, com base nas regras já existentes e no trecho da Lei nº 14.131/21 relativo ao tema abordado, cujo tema polêmico, além da dispensa da perícia médica, é certa restrição do benefício a noventa dias, sendo que, em caso de prorrogação, deverá ser feito novo pedido.

Abaixo, a íntegra do Art. 6º da Lei 14.131/21, referente ao tema:

Art. 6º Fica o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) autorizado, até 31 de dezembro de 2021, a conceder o benefício de auxílio por incapacidade temporária de que trata o art. 59 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, mediante apresentação pelo requerente de atestado médico e de documentos complementares que

comprovem a doença informada no atestado como causa da incapacidade.

§ 1º Os requisitos para a apresentação e a forma de análise do atestado médico e dos documentos complementares referidos no caput deste artigo serão estabelecidos em ato conjunto da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS.

§ 2º O procedimento estabelecido no caput deste artigo será adotado em caráter excepcional e a duração do benefício por incapacidade temporária dele resultante não terá duração superior a 90 (noventa) dias.

§ 3º O INSS cientificará o requerente, no momento do requerimento, de que o benefício concedido com base neste artigo não está sujeito a pedido de prorrogação e de que eventual necessidade de acréscimo ao período inicialmente concedido, ainda que inferior a 90 (noventa) dias, estará sujeita a novo requerimento.

Entende-se que tal alteração, a princípio traz a facilidade da dispensa da perícia médica, até certo ponto, "temida" pelo trabalhador, pela possibilidade real de se afastamento poder ser negado.

Entretanto, restringir o benefício a noventa dias pode trazer dificuldade ao trabalhador após esse período, sendo que, em muitos casos, a perícia demora a ocorrer e o segurado terá seu benefício cortado e, obrigatoriamente, deverá retornar ao trabalho, ainda que não esteja recuperado de sua doença ou dano, o que, por sua vez, poderá agravar mais ainda a lesão ou doença, perdendo o trabalhador qualidade de vida, podendo, ainda, ter que se aposentar prematuramente por invalidez.

2.3 Enquadramento do Trabalhador nas Novas Regras e Critérios de Concessão do Benefício

O segurado precisa cumprir alguns requisitos para concessão do auxílio doença, benefício para quem está acometido com incapacidade total e temporária em razão de doença ou acidente, relacionados ou não ao trabalho. O benefício está previsto na Lei nº 8.213/91 e no regulamento geral do INSS, ou Decreto nº 3.048/99. Ao contrário do que se pode imaginar, o INSS não é acionado de imediato quando o trabalhador precisa

afastar-se do trabalho, quando se machuca ou passa por sintomas/doenças incapacitantes.

Primeiramente, o trabalhador empregado com carteira assinada, precisa apresentar atestado médico para o patrão para justificar seu primeiro afastamento, que é de 15 (quinze) dias, para tratamento de saúde ou repouso, sem qualquer prejuízo da remuneração. É somente após esse primeiro afastamento, por conta do empregador, que o trabalhador segurado deve ser encaminhado para a perícia médica do INSS e solicitação do auxílio-doença. No caso do trabalhador atuar por conta própria, sendo autônomo ou segurado facultativo, o acionamento da perícia é de forma imediata, a contar da data do início da incapacidade, com agendamento junto à Previdência Social.

Segue-se, aqui, como forma de esclarecer e estabelecer uma espécie de roteiro para que se alcance o auxílio-doença junto ao INSS/Previdência Social, englobando os critérios já estabelecidos e a Lei nº 14.133/21.

2.3.1 Incapacidade para o Trabalho

Tem-se por este o principal dos requisitos para ter o auxílio-doença deferido, porque ele é a razão de existir do benefício previdenciário aqui tratado, sendo que o fato de estar doente ou sofrer lesão, por mais grave que seja na literatura médica, não é suficiente para que o segurado receba o benefício.

A doença ou lesão não é causa de concessão do benefício, mas sim a “incapacidade para o trabalho” resultante de doença ou lesão. Por isso, estar doente ou lesionado culmina apenas por ser um fator na avaliação conjunta para o benefício. Sem capacidade para o trabalho, o segurado fica afastado da atividade remunerada, lembrando que o empregador só é responsável por pagar os primeiros quinze dias de afastamento. Dessa forma, o benefício existe exatamente para compensar o abalo na renda do trabalhador.

Portanto, a incapacidade é a limitação real e pessoal, do segurado, em interação com a atividade que exerce e sua condição para o trabalho, estando, nesse aspecto, inserida a interferência da doença ou lesão diretamente ligada às atividades exercidas pelo trabalhador em seu local/ambiente de trabalho. Sem a aptidão para o trabalho, o auxílio-doença busca substituir a renda enquanto a incapacidade durar. Entretanto, para aferir tantas condicionantes, como dificuldade efetiva para o trabalho, necessidade de afastamento por mais de quinze dias, capacidade de recuperação etc., é indispensável que o segurado seja submetido à perícia médica do INSS, sendo, assim devidamente avaliado.

Sem que ocorra a perícia médica a regra é que nenhum benefício de incapacidade do INSS pode ser concedido. Por outro lado, de forma excepcional, em razão da pandemia de COVID-19, a perícia médica para o auxílio-doença pode ser substituída por atestado e laudo médico idôneo, apresentado no “Meu INSS” (*site* ou aplicativo), de forma a agilizar/acelerar a fila de espera por este benefício e, assim, seja evitado o atendimento presencial nas agências, uma que a classe médica, a princípio, negou-se a comparecer nas agências, por temor da contaminação do novo coronavírus, dada também a notória falta de cuidado por certa parcela da população, no tocante às ações sanitárias individuais.

Deixa-se claro que o fato da dispensa da perícia médica por parte do INSS não significa que mesmo abre mão da incapacidade para o benefício, mas apenas admite que ela seja provada de outras formas, como atestado de médico habilitado, exames e laudos clínicos, devendo o segurado comprovar de forma efetiva tal incapacidade.

2.3.2 Atestado e Laudo Médico

Critério/requisito básico para se obter o auxílio-doença é estar munido de atestado e laudo médico, sendo os mesmos documentos de suma importância para fazer prova efetiva de necessidade do benefício e auxiliar na perícia do INSS, quando da avaliação sobre a incapacidade do segurado para exercer suas atividades laborais.

Ressalta-se e chama-se a atenção que, como melhor forma de se explicar e instruir sobre o tema do auxílio-doença, há uma diversidade de médicos quando se trata de direito previdenciário ou trabalhista, havendo diferença entre quem emite o laudo, conforme a situação. Há, por exemplo, documento expedido pelo médico do trabalho pela empresa e o médico perito do INSS, que elabora avaliação para o próprio órgão da Previdência Social, havendo, ainda, o médico assistente do segurado, que é o profissional de saúde particular ou credenciado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sem qualquer vínculo com o contrato de trabalho do segurado ou mesmo com o INSS, o qual de forma bem tradicional, principalmente na população mais carente, acompanha o “paciente” nos tratamentos simples e/ou exames de rotina, ou, ainda, que te atende no Posto ou Unidade Básica de Saúde (UBS), Unidade de Pronto Atendimento UPA) etc.

Comumente, o terceiro caso é de iniciativa do segurado, sendo que, a depender da gravidade da situação, como a descoberta de uma doença por meio de exames e/ou de acidente grave, pode se configurar no recurso necessário para a prova da incapacidade ou, até mesmo, de se resguardar em caso de necessidade de acionar o Poder Judiciário, na situação de indeferimento do benefício junto à Previdência Social/INSS. Contudo, diante da realidade do problema e da similaridade do cenário médico, é bastante comum que a opinião do profissional de saúde mude ou siga uma abordagem diferente de médico para médico. Diante de tal contexto, o fato da perícia médica do INSS indicar que

o segurado está apto para o trabalho, isso pode ser contestado por outros laudos, exames e cenários, os quais nem sempre são totalmente considerados no ato de avaliação por parte da Previdência Social.

Ocorre, também, que nem sempre o laudo médico é convincente o suficiente, podendo estar incompleto, ilegível ou declara doença ou lesão apenas, sem prescrever um tratamento ou indicar necessidade de recuperação ou, ainda, estabelecer que o paciente está incapacitado para o labor, necessidade se afastar do trabalho. Neste caso, a incapacidade para o trabalho pode não estar evidenciada, podendo ocorrer a negativo do benefício por parte do INSS. Assim, é de suma importância que o trabalhador segurado esteja ciente que o profissional que o atender e lher o laudo/atestado médico, deve evidenciar suas conclusões com a maior clareza possível, inclusive, com a devida indicação da quantidade de dias/meses de afastamento e o Código Internacional de Doenças (CID-10).

Por fim, é exatamente não se pode é para isso que o atestado médico com finalidade previdenciária serve; para justificar a necessidade de afastamento do segurado das atividades habituais, declarando situações de intervenção terapêutica e com respaldo científico.

2.3.3 Qualidade de Segurado

Além de estar inapto para o trabalho, estar munido de atestado/laudo médico bem elaborado e ter todos os demais documentados complementares e devidamente atualizados, obrigatoriamente, quem precisa do auxílio-doença deve estar na qualidade de segurado, uma vez que o INSS é direcionado para atender contribuintes da Previdência Social e seus dependentes. Por isso, os benefícios por incapacidade, como o auxílio-doença, são destinados apenas para pessoas em dia com as contribuições ou para indivíduos dentro do período de graça.

Cabe aqui, destacar a questão da “fungibilidade da prestação previdenciária e assistencial”, sendo que fungibilidade significa substituição, no sentido de que, se os critérios/requisitos de certo benefício não são atendidos, os de outro benefício, cujos requisitos são cumpridos, deve ser concedido. Isso acontece entre o BPC/LOAS e os benefícios por incapacidade nos processos judiciais. Se ao buscar o Poder Judiciário para obter o benefício previdenciário, a pessoa tem sua incapacidade constatada, mas não tem a qualidade de segurada, terá direito ao benefício assistencial BPC/LOAS, se a incapacidade for considerada deficiência, ou se o(a) requerente for idoso(a), tendo mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, atendendo às regras do benefício assistencial para o amparo financeiro do indivíduo.

Dessa forma, havendo prova de que a parte autora, além de estar incapacitada para o exercício de qualquer tipo de atividade de maneira definitiva, preenche o requisito etário, embora não detenha a carência necessária à concessão do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, investiga-se acerca da possibilidade de concessão do amparo assistencial, com base nos princípios da proteção social e fungibilidade dos pedidos, assim como por não consistir julgamento *extra/ultra petita* o fato de conceder-se benefício diverso do pedido.

O direito ao amparo assistencial pressupõe o preenchimento de requisitos básicos, como a condição de deficiente ou idoso (sessenta e cinco anos ou mais) e situação de risco social (estado de miserabilidade, hipossuficiência econômica ou situação de desamparo) da parte autora e de sua família.

2.3.4 Cumprimento de Carência e Período de Graça

Em alguns casos, o benefício de auxílio-doença exige o cumprimento mínimo de um número de contribuições, o que é conhecido por período de carência, pois, é estabelecido no Art. 29, inciso I, do Decreto nº 3.048/99, que o período de carência será de 12 (doze) meses se o auxílio-doença não se der em decorrência de acidente, doença ocupacional ou doença grave especificada em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Economia.

Dessa forma, doenças, ainda que graves, mas não incluídas no Art. 30, § 2º do Decreto nº 3.048/99 e sem relação com o trabalho, dependem de doze meses de contribuição, independentemente da categoria de segurado. Entretanto, há ressalva existente abordada no Art. 27-A do Decreto 3.048/99, de que na hipótese de perda da qualidade de segurado, a nova filiação precisa contar com o cumprimento de metade do número de contribuições do período original de carência, para que as contribuições anteriores sejam consideradas também.

Por isso, para a concessão do auxílio-doença para doenças fora da lista previdenciária e sem relação com o trabalho, o segurado que perde esta qualidade, ainda vai precisar das doze contribuições de carência, mas poderá somar seis contribuições antigas a partir da sexta contribuição da nova filiação.

O período de graça é o prazo de manutenção da qualidade de segurado após a interrupção do pagamento de contribuições, em razão de desemprego, inadimplência, serviço militar obrigatório, prestação de benefício previdenciário etc.

Assim, mesmo sem contribuir para o sistema a pessoa ainda mantém esta qualidade por certo período, denominado período de graça, a saber:

a) Por período indeterminado, quando em gozo de benefício; b) Até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, quando o segurado possuir menos de 120 (cento e vinte) contribuições mensais; c) Até 24 (vinte e quatro) meses, se possuir mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem ter interrompido as contribuições a ponto de perder a qualidade de segurado; d) Até 36 (trinta e seis) meses, em caso de, observada a hipótese anterior, for comprovada a permanência da condição de desemprego.

Por fim, vale dizer que o benefício de auxílio-doença será devido mesmo que a incapacidade seja detectada durante o período de graça. Vale ressaltar que, com o devido cumprimento dos requisitos regulares, a perícia médica pode ser dispensada até 31 de dezembro de 2021 pelo INSS e, caso for necessário, adiando as convocações para momento futuro.

3. O AUXÍLIO-DOENÇA NA VIDA DO TRABALHADOR

Ao longo do tempo, o auxílio-doença tem tido seu papel funcional na vida do trabalhador segurado pelo INSS, uma vez que tem garantido o sustento familiar por meio deste benefício.

Quando concedido ao trabalhador, o auxílio-doença garante dignidade ao mesmo e sua família, pois, muitas vezes, é o único provedor, estando nesse contexto, também inseridas várias nuances de cunho social e que impactam diretamente no bem-estar e poder de alcance/aquisitivo do trabalhador, pois, caso estivesse desempregado por motivo de doença, estaria sem condições de provedor o sustento familiar. Portanto, uma vez que o consumo em geral de produtos e serviços também garante a arrecadação de impostos ao governo, o fato do trabalhador não estar trabalhando, mas estar amparado por meio do auxílio-doença, também garante, por meio do consumo, ainda que fosse "exclusivamente" de alimentos, estaria contribuindo diretamente com a arrecadação de impostos, "devolvendo", de certa forma ao próprio governo, parte do benefício recebido.

Dessa forma, além do impacto social na vida do trabalhador segurado, o auxílio-doença não configura em si algo totalmente dispendioso ao governo, pois parte do benefício retorna aos cofres públicos por meio de impostos que serão pagos por meio do consumo.

3.1 Característica Própria

Na Agência da Previdência Social/INSS, pela internet ou pelo atendimento por telefone, o auxílio-doença é o único benefício por incapacidade com pedido direto, e quem conste na solicitação como pedido expresso, uma vez que, de forma, geral, ao passar pela perícia médica do auxílio-doença, o perito tem condições de avaliar a

gravidade e a persistência da incapacidade e sugerir na análise do auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez ou o auxílio-acidente, um processo interno que não depende de requerimento do periciado.

Dessa forma, ainda que o interesse do segurado seja pela aposentadoria ou pelo auxílio-acidente, deve sempre agendar a perícia médica ou solicitar o auxílio-doença. Para quem já recebe auxílio-doença, o auxílio-acidente depende de nova perícia médica, na qual o perito pode constatar que a incapacidade temporária foi consolidada, se tornou definitiva. Se o auxílio-doença é prorrogado ou se o auxílio-acidente é concedido, mas o segurado deseja se aposentar, ele poderá recorrer da perícia com a complementação de documentos ao INSS ou buscar a conversão judicial.

Judicialmente, a conversão do auxílio-doença em outro benefício por incapacidade é possível mediante a análise do magistrado sobre documentos de incapacidade e das condições pessoais e sociais do segurado, sendo essencial a constatação do impedimento laboral.

3.2 Início e Término do Benefício

O início do pagamento do auxílio-doença ocorre das seguintes formas: a) Ao trabalhador empregado (CLT), a contar 16º (décimo ceto) dia do afastamento da atividade, ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de 30 (trinta) dias; b) Ao empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de 30 (trinta) dias.

De acordo com o Art. 76 do Decreto nº 3.048/99, a Previdência Social deve processar de ofício o benefício, quando tiver ciência da incapacidade do segurado, sem que este tenha requerido o benefício do auxílio-doença.

Já o término do benefício se dará com a morte do segurado, gerando pensão por morte, caso exista(m) dependente(s), ou pela recuperação da capacidade, o que determinado mediante perícia médica. Daí, a importância de se compreender e realizar os procedimentos do INSS para usufruir dos benefícios da Previdência Social, incluindo estar ciente de detalhes, como os prazos de afastamento até a solicitação da aposentadoria. Como foi visto do decorrer deste artigo, o benefício do auxílio-doença é devido ao segurado do INSS que comprove estar temporariamente incapaz para o trabalho em decorrência de doença ou acidente, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Para o trabalhador segurado, a “Data de Início do Benefício” (DIB) inicia-se a partir do 16º (décimo sexto) dia, contado do afastamento da atividade. Os primeiros 15

(quinze) dias são pagos pelo empregador a título de salário, conforme Art. 60, § 3º, da Lei nº 8.213/91, assim como, a partir da data do requerimento administrativo, quando o segurado estiver afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, de acordo com o Art. 72, inciso III, do Decreto nº 3.048/99. Para os demais segurados, inclusive o empregado doméstico a Data de Início do Benefício (DIB) inicia-se a partir da data do início da incapacidade (art. 72, II, Decreto 3.048/99), e a partir da data do requerimento administrativo, se requerido quando o segurado já estiver afastado da atividade por mais de 30 dias (art. 72, III, Decreto 3.048/99).

Dessa forma, é preciso saber/dominar as regras do INSS, procedimentos e normas, para levantar informações e solicitar benefícios, como o auxílio-doença, direito do trabalhador segurado pela Previdência Social.

3.3 Doenças Fora da Carência

Conforme exposto anteriormente, para se ter direito ao auxílio-doença o segurado precisa cumprir carência de 12 (doze) contribuições mensais, exceto se a perícia médica do INSS, após avaliação, conceder a isenção de carência para doenças previstas na Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2998/2001, envolvendo doenças profissionais, acidentes de trabalho e acidentes de qualquer natureza ou causa.

Atualmente, as doenças consideradas para fins de concessão do benefício sem exigência de carência, são: Tuberculose, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna (câncer), cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatite grave, contaminação por radiação com base em conclusão da medicina especializada, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), estado avançado de doença de Paget (osteíte deformante).

Importante destacar que, caso tenha perdido a qualidade de segurado, o candidato a "beneficiário" deverá cumprir metade da carência de 12 (doze) meses, a partir da nova filiação à Previdência Social, em atendimento à Lei nº 13.457/2017, devendo, portanto, contribuir por mais 6 (seis) meses. Frisa-se que o INSS não cobre doenças e lesões que já tenham gerado a incapacidade anteriormente ao início da cobertura previdenciária.

4. CONCLUSÃO

Dessa forma, como parte integrante do estudo/trabalho realizado, pode-se concluir que, no tocante à alteração provocada pela Lei 14.131/21, concernente ao auxílio-doença, ora chamado de "auxílio por incapacidade temporária", embora por uma

parte tenha dado a abertura de não realizar a perícia médica, limitou a 90 (noventa) dias o tempo do benefício, sendo que, após o término deste prazo, o retorno ao trabalho por parte do segurado deve ser de forma imediata, o que pode comprometer a saúde do trabalhador, caso o mesmo ainda não esteja apto ao trabalho e mesmo assim volte ao labor.

Assim, as mudanças trazidas pela Lei nº 14.131/21 trouxeram impacto na vida do trabalhador e, as novas regras do auxílio-doença Previdenciário podem impactar negativamente em sua vida profissional, pela limitação do benefício em 90 dias, imposta pelo Art. 6º. da Lei nº 14.131/21, alheio à condição de saúde do beneficiário. Sendo necessária, conforme o caso, a continuação do benefício, fica latente a revogação deste artigo, por sua inviabilidade.

Dessa forma, é relevante investigar as mudanças trazidas pela Lei nº 14.131/21 e os impactos à vida do trabalhador em razão da limitação do benefício auxílio-doença Previdenciário, podendo tais mudanças impactarem negativamente na vida profissional do trabalhador assegurado pela Previdência Social do Brasil, apontando-se, assim, que há risco aos direitos assegurados pelo INSS em razão dessas mudanças.

Assim, quanto tais impactos terminam por ocasionar modificações no âmbito da realidade da vida profissional dos trabalhadores, por se tratar de mudança de legislação, em que o trabalhador deve se adequar quanto às novas regras, sendo necessário o devido esclarecimento das novas regras e a adequação do trabalhador quanto a tais modificações, uma vez que, para se ter pleno direito a este tipo de benefício, deve-se ter total conhecimento do mesmo, quanto aos critérios e mudanças.

5. REFERÊNCIAS

BALERA, Wager. **Introdução ao direito previdenciário**. MONTEIRO, Meire Lucia Gomes (Coord.). São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. **O valor social do trabalho**. Revista LTR, São Paulo, n. 10, v. 58, 1994.

_____. **O direito dos pobres**. São Paulo: Paulinias, 1982.

_____. **Sistema de seguridade social**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1989.

BOMBACH, Samuel M. **Auxílio Doença**. Disponível em: <https://cmpprev.com.br/blog/auxilio-doenca/>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 8.213 de 24 jul. 1991**. Brasília, 1991.

_____. **Decreto nº 3.048 de 06 de mai. 1999**. Brasília, 1999.

_____. **Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2998/2001**. Brasília, 2001.

_____. **Lei nº 14.131 de 30 mar. 2021**. Brasília, 2021.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Seguridade social. Problemas financeiros e soluções na Constituição de 1988**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 2, 1993.

FEIJÓ COIMBRA, J. R. **Direito previdenciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Edição Trabalhistas, 1999.

FURASTÉ, P. A. **Normas técnicas para o trabalho científico**: explicitação das normas da ABNT. 17. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2015.

JÚNIOR, Ricardo. **Auxílio-doença Previdenciário: Tudo o que você precisa saber**. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/auxilio-doenca-previdenciario-tudo-o-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em: 25 out. 2021.

NETO, Michel Cutait. **O auxílio-doença no direito brasileiro**. São Paulo: PUC/SP, 2005.

PREVIDENCIARISTA. **O que é e como funciona o auxílio-doença**. Disponível em: <https://previdenciarista.com/blog/auxilio-doenca/>. Acesso em: 25 out. 2021.

RAMOS, Waldemar. **Requisitos para a concessão do auxílio-doença**. Disponível em: <https://saberalei.com.br/concessao-do-auxilio-doenca/>. Acesso em: 25 out. 2021.

SOUZA, Allan Kardec Pinheiro de. **O que é Auxílio-doença Previdenciário e quem tem direito**. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/akpsadvogadoscombr/artigos/o-que-e-auxilio-doenca-previdenciario-e-quem-tem-direito-5410>. Acesso em: 25 out. 2021.

THOMPSON, Lawrence. **Mais velha e mais sábia: a economia do sistema das aposentadorias públicas**. Editora Instituto Urbano, 1998.

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

JOÃO PAULO DA COSTA COELHO:

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM).¹⁷

WINSTON DE ARAÚJO TEIXEIRA¹⁸

(orientador)

RESUMO: O presente artigo propõe elaborar uma breve reflexão sobre a correlação entre a interferência da Judicialização no Direito de Saúde, bem como a importância do Direito Constitucional na preservação dos direitos sociais. Por conseguinte, devido aos fundamentos e princípios presentes no tema será realizado uma análise dentro dos direitos constitucionais introduzidos na Carta Magna de 1988. Nesta pesquisa busca-se delinear o conceito de saúde, bem como sua importância como direito fundamental. Além disso, tem-se como objetivo elencar que é absolutamente necessária a judicialização quando este direito não está sendo devidamente garantido, tendo em vista que é comum a falta de tratamento adequado nos hospitais e a escassez de remédios. Deste modo, busca-se de modo geral elencar de maneira breve, sucinta e objetiva a importância desse tema, de maneira a gerar reflexões a respeito da Judicialização do Direito à Saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Poder Judiciário. SUS. Direito Constitucional. Direitos Sociais. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: This article proposes to elaborate a brief reflection on the correlation between the interference of Judicialization in Health Law, as well as the importance of Constitutional Law in the preservation of social rights. Therefore, due to the foundations and principles present in the topic, an analysis will be carried out within the constitutional rights introduced in the Magna Carta of 1988. This research seeks to outline the concept of health, as well as its importance as a fundamental right. Furthermore, the aim is to highlight that judicialization is absolutely necessary when this right is not being properly guaranteed, considering that the lack of adequate treatment in hospitals and the scarcity of medicines are common. In this way, we generally seek to briefly, succinctly and objectively list the importance of this topic, in order to generate reflections regarding the Judicialization of the Right to Health

¹⁷ E-mail: joaopaulodacostacoelho@gmail.com

¹⁸ Doutor em Direitos Humanos pela UFPB. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor efetivo da UFAM e do CEUNI-FAMETRO.

KEYWORDS: Right to health. Judicial power. SUS. Constitutional right. Social rights. Federal Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

Primordialmente, o presente estudo tem como finalidade precípua analisar a judicialização do direito à saúde e seus limites, em estrita observância ao disposto na Constituição Federal da República de 1988 e às normas e princípios que regem o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 é marcada pela extrema importância que dá aos direitos fundamentais e sociais, especialmente em seus arts. 6º e 196, abaixo transcritos:

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

Isto posto, é importante salientar que o direito à saúde é conhecido como um direito prestacional por parte do Estado, ou seja, necessita de medidas positivas dos entes públicos para ser efetivado.

Caracterizam, sobremaneira, o Estado Social, que ao contrário do Estado de defesa, que se contenta com uma abstenção por parte do Poder Público, marca característica do Estado Liberal, invoca uma conduta positiva do Estado, a qual se reveste na prestação de um bem ou de um serviço. (ALEXY, 2011, p.105).

Por conseguinte, com a crescente demanda judicial relativa ao direito à saúde, a exemplificar: medicamentos, cirurgias e leitos de UTI. Por muitas vezes acabou entrando em conflito com os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial.

Cumprir expor de maneira específica que o princípio da reserva do possível está intrinsecamente ligado aos direitos sociais, pois acaba sendo um limite aos indivíduos em face dos direitos previstos no art. 6º, da CRFB/88. Em suma, a prestação destes direitos está condicionada à existência de recursos financeiros por parte do Estado.

Todavia, é importante salientar que o princípio em tela não está pacificado na doutrina e na jurisprudência, motivo pelo qual deve-se pautar pela proporcionalidade, razoabilidade e disponibilidade de recursos financeiros.

Quanto ao princípio do mínimo existencial, esse pode ser classificado como um conjunto de direitos fundamentais os quais possuem relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da CRFB/88, uma vez que a falta de condições materiais essenciais ao cidadão configuraria desrespeito ao Art. 1º, III da CF/88.

Além disso, outro ponto a ser demonstrado é a necessidade da judicialização quando o direito à saúde não está sendo garantido de modo célere à população, razão pela qual, conforme será demonstrado, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, as demandas judiciais relativas ao direito à saúde cresceram nos últimos anos, uma vez que o cidadão se tornou mais ativo para ter seu direito garantido.

Assim, será abordado à luz da Constituição de 1988, em confluência com a jurisprudência pátria, a importância que se deve dar ao Direito à Saúde na atualidade e o seu impacto no Poder Judiciário em busca de um direito social respaldado em lei.

2 DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL RESPALDADO NA CF/88

Inicialmente, é fulcral expor que os direitos sociais visam garantir qualidade de vida aos cidadãos e são considerados como direitos fundamentais, tendo em vista que existem justamente para possibilitar aos indivíduos a educação, a saúde, a segurança social, o desenvolvimento intelectual e a garantia ao desenvolvimento da família.

Nesta senda, a Constituição de 1988 e os direitos conhecidos como direitos de segunda geração garantem ao cidadão brasileiro prestações positivas as quais devem ser proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, ou seja, possuem como objetivo possibilitar melhores condições de vida aos hipossuficientes e igualizar situações sociais desiguais.

A respeito do assunto, Sueli Gandolfi Dallari¹⁹ em “A construção do direito à saúde no Brasil” elencou que:

A simples afirmação da saúde como um dos direitos sociais constantes do art. 6.º da Carta de 1988 poderia, entretanto, guardar o caráter de norma de eficácia contida, experiência tradicional do direito constitucional brasileiro, como parece continua tendo a afirmação do direito ao lazer, contida no mesmo art. 6.º. O forte envolvimento popular e, particularmente, a proposta técnica de um sistema de saúde elaborada pelos sanitaristas, pode explicar por que, contrariando a tradição, desde a promulgação da Constituição, o direito à saúde vem sendo eficaz. Com efeito, diferentemente dos

¹⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil.

demais direitos sociais ali afirmados, apenas o direito à saúde tem sua garantia claramente vinculada às políticas sociais e econômicas, as diretrizes do sistema expressamente formuladas, envolvendo a participação da comunidade, e suas atribuições enumeradas no próprio texto constitucional. (CF, arts. 196, 198 e 200).

Isto posto, a segunda geração de direitos fundamentais tem como escopo o propósito de garantir a dignidade ao indivíduo, logo, possibilitar tal dignidade seria garantir a saúde, o trabalho, o lazer, a educação e a cultura.

Nesse ínterim, tendo em vista que a saúde é um direito fundamental para a existência humana, ou seja, a saúde está interligada à dignidade da pessoa humana, sendo considerada, por consequência, um pressuposto essencial para a vida.

No que se refere à dignidade da pessoa humana, princípio correlacionado à garantia do direito à saúde, o Ministro Alexandre de Moraes²⁰ conceitua a dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Por conseguinte, não há como abordar o direito à saúde sem elencar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana disposto na Constituição Federal de 1988, haja vista que o cidadão deve viver com dignidade e respeito, tendo seus direitos respeitados pelo Estado.

²⁰ MORAES, Alexandre, "Direito Constitucional", Editora Atlas, 5ª edição, São Paulo/SP.

Ademais, é sabido que a saúde pública é um dever do Estado e direito de todos como preceitua a nossa Constituição, independentemente de classe social, razão pela qual é expresso na Carta Magna nos arts. 196 e 197, o que se segue:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

É indiscutível que a saúde vai além da assistência quanto à remédios gratuitos pelo governo ou de atendimento em hospitais públicos, uma vez que a saúde dos cidadãos está relacionada ao bem-estar físico, mental e social, sendo uma questão coletiva e não individual.

A afirmação se dá, tendo em vista que nenhum indivíduo se desenvolverá plenamente se não tiver saúde, visto que é primordial para o seu desenvolvimento e para o crescimento de uma sociedade justa e social.

O Ministro Humberto Martins, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.185.474/SC, no que tange ao direito à saúde, elucidou que a vida, a saúde e a integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.

Bem como, dispôs que o direito à saúde, expressamente previsto na CF/88, é garantia subjetiva do cidadão, devendo ser exigida de imediato. Por fim, abordou que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, isto é, não é resultado de um juízo discricionário e nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política, haja vista que tais direitos estão intimamente ligados à dignidade humana, razão pela qual não podem ser limitados à escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Convém dispor, ainda, que como os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizam-se como verdadeiras liberdades potestativas, isto é, direitos que não admitem contestações e que possui observância obrigatória em um Estado

Democrático de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social.

O Ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal²¹ assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Ademais, entendem que na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.

É indiscutível, portanto, que o direito à saúde é um direito fundamental social devido e que deve atender toda a população, uma vez que está indissociável ao direito à vida, motivo pelo qual o Poder Público não deve omitir-se quanto ao seu dever de prestar a mínima assistência aos brasileiros, ao invés de ser apenas uma promessa constitucional.

3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Sobretudo, a Carta Constitucional de 1988 deu grande relevância aos direitos sociais, mais especificamente à saúde, razão pela qual possuem previsão nos artigos já elencados, o art. 6 e 196. E, para que houvesse um respaldo quanto ao acesso à saúde pública, fora instituído o Sistema Único de Saúde.

Nesta senda, sabe-se que os direitos sociais necessitam de uma ação efetiva do Estado, isto é, ações que coloquem em prática as políticas públicas descritas na CF/88, nas leis e na jurisprudência, para chegarem a um único intuito: assegurar o acesso ao atendimento médico-hospitalar, às cirurgias, aos medicamentos e tratamentos.

O Conselho Nacional de Justiça em 18/03/2019 mencionou uma pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER²² com o tema: "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução", em que se abordou-se o aumento de processos judiciais contra a União, os Estados e, também, os Municípios, sob alegações de que a saúde não estava sendo garantida de maneira efetiva.

²¹ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 801676 PE. Superior Tribunal Federal. Primeira Turma. DJE 02/09/2014.

²² Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. Conselho Nacional de Justiça.

A pesquisa identificou que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais. Os números refletem no orçamento do Ministério da Saúde, que registrou um crescimento, em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016. "Utilizamos uma variedade de dados de gestão processual, no período de 2008 a 2017, registrando o aumento da judicialização do período em 130%. Verificamos também que apenas um pequeno número de decisões cita os órgãos que qualificariam as decisões, como os NATs e o Conitec. Esse resultado reforça a atuação do CNJ na consolidação e organização dos NATs em uma plataforma e fortalecê-los, como tem sido feito com o e-NAT Jus", afirmou o professor Paulo Furquim durante apresentação da pesquisa.

À vista disso, o princípio constitucional do acesso à justiça, conhecido como direito de ação ou princípio da inafastabilidade da jurisdição, oportuniza que todos reivindiquem seus direitos e busquem a garantia de uma atuação do Estado para que as medidas necessárias sejam tomadas caso ocorra violação de algum direito ou garantia. Considera-se:

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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ademais, convém abordar que é comum a existência de justificativas pautadas na Teoria da Reserva do Possível, a qual aborda que é possível a disponibilização pelo Estado de tratamentos, remédios, consultas médicas entre outros, por meio de políticas públicas que proporcionem a promoção e prevenção da saúde, considerando a capacidade financeira disponível.

Todavia, o direito à saúde trata-se de um direito fundamental, em consequência, não podem ser utilizadas as limitações orçamentárias como pretexto para o não acesso à saúde.

Nesse íterim, quando se analisa a Reserva do Possível, faz-se necessário abordar, também, o mínimo existencial, que é um princípio implícito que tem como escopo, principalmente, salvaguardar o direito à saúde, à educação e à moradia.

Sobre a temática, Ana Luiza Fazza²³ pontua:

O mínimo existencial é compreendido como direito fundamental associado a demandas de primeira necessidade, as quais representa um núcleo permanente e intangível que não pode ser afetado e esvaziado. Logo, pode ser descrito condições mínimas de existência humana digna e que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que exige prestações estatais positivas, devendo ser incluídas garantias tais como a educação, a moradia, o lazer, a prestação médica, entre outras.

Por conseguinte, o Estado tem como dever efetivar a implementação de políticas sociais e econômicas com o intuito de buscar o acesso igualitário e universal aos direitos sociais descritos.

Ventura²⁴, em “A Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde”, elenca que:

Assim sendo, a saúde, enquanto direito fundamental social, exige a atuação proativa do Estado, sendo o Sistema Único de Saúde um marco importante para a conquista normativa do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, inúmeros são os obstáculos enfrentados para a efetivação do direito à saúde, seja por descaso ou negligência do Poder Público, seja pela grande desigualdade social que assola o Brasil, o que corrobora para o fenômeno da judicialização da saúde.

Deste modo, a Judicialização do Direito à saúde é absolutamente pertinente para efetivar preceitos constitucionais e fundamentais, que não estão sendo garantidos pelo Estado, uma vez que se o Poder Público não está promovendo e proporcionando medicamentos, procedimentos, tratamentos de doenças, deve-se utilizar o acesso à justiça como meio para tais direitos serem efetivados.

²³ FAZZA, Ana Luiza Lima. O direito à saúde e a possibilidade do controle judicial. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 15, n. 173, p. 9-22, jul./2015.

²⁴ VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

4.SUS: O IMPACTO DO ACESSO À SAÚDE NA VIDA DOS BRASILEIROS

Primordialmente, o SUS, Sistema Único de Saúde, fora criado e instituído pela Constituição Federal 1988 como forma de promover o acesso à saúde de modo eficiente, tendo em vista que grande parte da população necessita do SUS, devido à impossibilidade de pagar planos de saúde privados.

Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde, possui como atribuições, nos termos da lei, o seguinte:

Art. 200, CF/88. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - Incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Ademais, o SUS, é visto pela sociedade como uma vitória dos movimentos sociais, uma vez é um instrumento vital para a eficácia da lei e proteção dos direitos à saúde, associado ao direito à vida, que é uma cláusula pétrea e o maior bem do ser humano.

Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde é mantido com os recursos oriundos da União e oferece à população centros e postos de saúde, hospitais, laboratórios, hemocentros, bancos de sangue, fundações e institutos de pesquisa. E, ainda, há um papel do setor privado, o qual participa do SUS de forma complementar, isto é, por meio de contratos e convênios de prestação de serviços.

Além do mais, é por meio do SUS que os cidadãos têm acesso a consultas, internações, exames, e tratamentos hospitalares, uma vez que as unidades de saúde possuem vínculos na esfera municipal, estadual e federal.

O Ministro Manoel Erhardt do Superior Tribunal de Justiça, ao debater sobre o acesso à saúde pública instituída pela CF/88, elencou no AgInt no AREsp 1702630 PR 2020/0114837-025, que é dever do Estado fornecer gratuitamente às pessoas carentes a medicação necessária para o efetivo tratamento médico, conforme art. 196 da Constituição Federal. Ademais, elucidou que considerando que o Sistema Único de Saúde é financiado pela União, pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 198, § 1º, da CF/88, é solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população, sendo um direito obter de qualquer dos Estados da federação (ou do Distrito Federal) os medicamentos de que necessite.

De acordo com a Carta Constitucional, subtede-se que o SUS possui as seguintes responsabilidades: controlar e fiscalizar produtos e substâncias, como procedimentos, medicamentos e equipamentos. Bem como, possui a incumbência de participar da execução de ações relacionadas ao saneamento básico; de inspecionar os alimentos e controlar o seu teor nutricional, assim como a água e outras bebidas para o consumo das pessoas e ordenar a formação dos recursos humanos no campo da saúde.

Além disso, no âmbito da administração pública, o princípio da eficiência também está intrinsecamente relacionado à gestão do SUS, uma vez que a eficiência, disposta no Art.37 da CF/88, estabelece que a administração pública deve agir de forma a alcançar os melhores resultados possíveis com os recursos disponíveis. Veja-se:

Art. 37 da CF/88. 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.

25 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1702630 PR 2020/0114837-0. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. DJE 07/10/2021.

Nesse contexto, isso tem um impacto direto na qualidade do serviço prestado aos cidadãos, baseando-se pelos princípios constitucionais de eficiência e de acesso universal e igualitário à saúde.

Além disso, as normas regulamentadoras relacionadas à saúde, como a Lei nº 8.080/1990 e a Lei nº 8.142/1990, estabelecem diretrizes para a organização e funcionamento do SUS, normas essas, que corroboram para o acesso avançado e a organização de sistemas de atendimento que priorizam o usuário, garantindo-lhes a assistência adequada.

Dessa forma, demonstrou-se ao longo deste artigo, a importância do SUS na vida do brasileiro e o acesso à saúde que apesar dos problemas existentes trouxe, também, efetividade, uma vez que antes da Constituição de 1988, o direito à saúde não tinha o acesso devido. Todavia, com mudanças, os direitos e princípios constitucionais passaram a fortalecer e garantir a possibilidade de uma prestação de serviço adequada aos cidadãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, fora visto que todos possuem o direito à saúde, visto que é um direito social respaldado pela Constituição Federal de 1988, um direito que possibilita o acesso ao mínimo existencial a todos os brasileiros.

Isto posto, qualquer cidadão que se sinta lesado, possui o direito de usufruir da prestação do serviço à saúde, incluindo o uso dos medicamentos necessários à sua saúde mental, física ou psicológica, devendo ingressar com uma ação judicial, caso não esteja sendo dada a assistência necessária.

Sabe-se que é direito do cidadão utilizar-se de todos os meios legais para conseguir acesso aos serviços de saúde. Ademais, o princípio da reserva do possível deve ser considerado relativo, vez que quando se trata do aproveitamento do acesso à saúde com base no mínimo existencial, a vida e integridade física devem ser mais importantes do que os princípios institucionais.

Torna-se evidente, portanto, que o direito à saúde é constitucional e devido, e mesmo que haja consequências ligadas a este direito, é de suma importância o ajuizamento de ações quando este direito social não está sendo efetivamente garantido, tendo em vista que a limitação de recursos não pode interferir na qualidade do direito fundamental do cidadão, a vida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Coleção Teoria e Direitos Públicos. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros, 2ª ed. São Paulo, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>

FAZZA, Ana Luiza Lima. **O direito à saúde e a possibilidade do controle judicial**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 15, n. 173, p. 9-22, jul./2015.

MORAES, Alexandre. **“Direito Constitucional”**, Editora Atlas, 5ª Edição, São Paulo/SP.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no AREsp: 1702630 PR 2020/0114837-0, Relator: Ministro MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5), Data de Julgamento: 04/10/2021, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/10/2021)

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1068731 RS 2008/0137930-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2012).

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.