



Revista Eletrônica do

Ministério Público do Estado do Piauí



v. 1, n. 2 (2021)

Imagem da capa: "Os Cantantes", de Eulália Pessoa

MPPI



Revista Eletrônica do

Ministério Público do Estado do Piauí

CAPA DA SEGUNDA EDIÇÃO

A Revista Eletrônica do MPPI tem propósitos científicos e culturais. Por isso, optamos por prestigiar e divulgar a arte produzida em nosso estado. A obra que ilustra a capa desta segunda edição é de autoria da artista plástica **Eulália Pessoa**, nascida na cidade de Sobral, no Ceará, mas moradora de Teresina desde os três anos de idade. Formada em Nutrição pela Universidade Federal do Piauí e em Artes Visuais pelo Instituto Camilo Filho, a pintora já teve suas obras expostas em países como a Áustria, Tailândia, China, Itália e República Dominicana. A imaginação de uma música colorida, com vários tons, provocantes de muitas emoções: é assim que Eulália pinta as coisas com as quais se identifica. O trabalho escolhido para nossa capa é uma homenagem aos músicos teresinenes que animam as festas juninas e levam alegria para o povo.



Os Cantantes

Eulália Pessoa, 2019.

Técnica: acrílica sobre tela.

Dimensões: 120 x 100 cm.

Acompanhe o trabalho
da artista no Instagram:
[@eulaliapessoa_art](https://www.instagram.com/eulaliapessoa_art)

Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Av. Lindolfo Monteiro, 911 – Fátima

Teresina – PI – Brasil. CEP: 64049 440.

E-mail: revistaeletronica@mppi.mp.br

Site: <https://www.mppi.mp.br/internet/revista/>

Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí [recurso eletrônico] / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ano 1, nº 2 (Jun./Dez. 2021) – Teresina: PGJ/CEAF, 2022.

Semestral

Disponível em versão eletrônica:
<https://www.mppi.mp.br/internet/revista>
ISSN 2764-4057

1. Direito – Periódico. I Ministério Público do Estado do Piauí (PI).

CDD 340

Procurador-Geral de Justiça do Estado do Piauí

Cleandro Alves de Moura

Conselho Editorial

Fernando Melo Ferro Gomes

Presidente do Conselho Editorial

Procurador de Justiça do MPPI

Diretor-Geral do CEAF/MPPI

Ma. Lia Raquel Prado Burgos Ribeiro Martins

Editora-chefe da Revista Eletrônica do MPPI

Promotora de Justiça do MPPI

Dr. Edilsom Pereira de Farias

Promotor de Justiça do MPPI

Me. Márcio Giorgi Carcará Rocha

Promotor de Justiça do MPPI

Profa. Dra. Auricélia do Nascimento Melo

Docente da Universidade Estadual do Piauí

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

Docente da Universidade Federal do Piauí

Conselho Gestor

Fernando Melo Ferro Gomes

Procurador de Justiça do MPPI

Débora Geane Aguiar Aragão

Promotora de Justiça do MPPI

Anne Carolinne Carvalho Galdino

Técnica Ministerial – Informática

Daniel Ribeiro Marques

Analista Ministerial – Biblioteconomia

Shaianna da Costa Araújo

Técnica Ministerial – Área Administrativa

Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães

Assessora do CEAF/MPPI

Pareceristas

Ma. Adriana Sávia de Souza Araujo

Me. Berto Igor Caballero Cuellar

Ma. Carol Chaves Mesquita

Ma. Cléia Cristina Pereira Januário Fernandes

Ma. Elane Lopes Coutinho

Dra. Geny Marques Pinheiro

Ma. Lia Raquel Prado Burgos Ribeiro Martins

Ma. Lorena Araújo Bezerra Ferraz

Ma. Márcia Camila Araújo Batista

Dr. Nestor Alcebiades Mendes Ximenes

Esp. Nina Araujo Melo Leal

Ma. Romana Leite Vieira

Ma. Vanessa de Pádua Rios Magalhães

Ma. Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães

Sumário

MENSAGEM DO PGJ	9	Cleandro Alves de Moura
APRESENTAÇÃO	10	Fernando Melo Ferro Gomes
EDITORIAL	11	Lia R. P. Burgos Ribeiro Martins
A aplicação da teoria do risco nos casos de responsabilização do Estado por danos difusos e coletivos	13	Matheus Oliveira Sousa
A atuação do Ministério Público na entrega voluntária de crianças à adoção	34	Karla Maria da Silva Viana
A garantia de acesso à justiça na legislação brasileira e a efetividade da tutela jurisdicional aos surdos	51	Ingrid Emmily Pontes Carvalho
A precarização das relações trabalhistas pela <i>uberização</i>: análise do caso Artur Neto vs. Uber	71	Adamilton Lima Borgneth Lara Giovanna Sousa Silva Maria Sueli Rodrigues de Sousa

A relação da Lei Geral de Proteção de Dados e <i>Smarts Contracts</i> gerados por <i>blockchain</i> nas empresas	88	Denilson Dayson Moraes Alves Albert Vinicius Furtado Cavalcante Cléa Mara Coutinho Bento
A responsabilidade civil dos influenciadores digitais pelos produtos e serviços divulgados nas redes sociais	104	Marina Barbosa Azevedo Vanessa de Pádua Rios Magalhães
A retroatividade do acordo de não persecução penal e sua aplicação nos processos em curso	124	Ana Carolina de Araújo Silva
A tutela coletiva para o controle de políticas públicas	142	João Paulo Santiago Sales Ricardo Magalhães de Mendonça
As práticas agropecuárias sustentáveis: ferramentas para possibilitar o equilíbrio entre o desenvolvimento do agronegócio e a preservação do meio ambiente	168	Gabriela Costa Pereira Siqueira

Crimes cibernéticos e investigação policial	180	Emanuely Silva Costa Raíla da Cunha Silva
Direito ao esquecimento e o alcance dos true crimes brasileiros	197	Kevin Keslley Rodrigues da Costa
Judicialização do direito à saúde, mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social	218	Mariana Kaires Alves Brandão
Meio ambiente: dicotomia entre costume e direito no âmbito do problema das queimadas	239	Ana Paula de Sousa Costa Cássio Luz Pereira
Mutação constitucional: a tese da abstrativização (ou objetivação) do controle difuso e seus reflexos no controle de constitucionalidade brasileiro	258	Luiz André Lima de Araújo Thaís Silva Alves Tamires Eidelwein

Patrimônio urbano, memória e identidade: uma análise sobre a Avenida Frei Serafim, Teresina – PI	280	Juliana Samara Rodrigues Leite Marcela Machado Silva Castro
Violência doméstica física/ostensiva e violência doméstica psicológica/velada contra a mulher: um estudo na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro	295	Reia Sílvia Rios Magalhães

Mensagem do PGJ



Por **CLEANDRO ALVES DE MOURA**
*Procurador-Geral de Justiça
do Estado do Piauí*

A segunda edição da Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí consolida o papel da instituição como instância produtora de conhecimento. Se o MPPI se propõe a ser um agente de transformação social, é imprescindível considerarmos que a construção contínua do saber é a base do desenvolvimento da humanidade.

Trabalhando pela difusão da produção científica, contribuímos para o aprimoramento da nossa própria atuação, ao tempo em que estimulamos a discussão fundamentada sobre temas de destacada relevância para a população.

Na esteira do êxito da edição inaugural, permanecemos seguindo uma linha multidisciplinar, com espaço aberto para a pluralidade de vozes. Esta edição, que possui mais de 300 páginas escritas por muitas e capacitadas mãos e mentes, reúne 16 artigos sobre variados assuntos, contemplando inúmeras abordagens, teorias e conceitos.

Tal diversidade enriquece sobremaneira nossa publicação e fortalece seu propósito, que é servir à comunidade. Por isso, presto especiais agradecimentos aos 27 autores e autoras que contribuíram, bem como às equipes do Conselho Editorial e do Conselho Gestor da Revista Eletrônica. Agradeço igualmente aos pareceristas, acadêmicos renomados que asseguraram a qualidade dos trabalhos aqui publicados.

Optamos por lançar esta edição, referente ao segundo semestre de 2021, durante as comemorações alusivas ao Dia Estadual do Ministério Público do Piauí, 27 de maio, por entendermos que o compromisso com a propagação do saber, em prol do aperfeiçoamento contínuo, constitui a nossa essência, é um ponto basilar da nossa história e da nossa identidade.

Aproveito o ensejo para agradecer também aos leitores e leitoras, nossos destinatários, que são a razão de ser desta publicação. Que o conhecimento construído para a Revista Eletrônica do MPPI e difundido por ela se coloque a serviço da edificação de uma sociedade mais justa e solidária. Obrigado!

Apresentação



Por **FERNANDO MELO FERRO GOMES**

*Procurador de Justiça
Presidente do Conselho Editorial
Diretor do CEAf/MPPI*

Nesta data em que comemoramos o Dia do Ministério Público do Estado do Piauí, a Diretoria do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) tem a grata satisfação de apresentar à família ministerial, operadores do direito e à comunidade em geral o segundo número da Revista do Ministério Público do Estado do Piauí.

Os artigos apresentados nesta edição da Revista abordam variados temas, os quais trazem importantes e atuais conteúdos, despertando no leitor, desde o início, palpitante interesse.

Agradecemos aos aguerridos integrantes do Conselho Editorial, aos pareceristas, bem como aos autores e autoras, sem os quais este número da Revista do Ministério Público não existiria.

Faço um agradecimento especial à equipe do CEAf e aos servidores da Coordenadoria de Comunicação Social e Coordenadoria de Tecnologia da Informação, que têm demons-

trado esmero na produção da Revista.

Esperamos que esta edição da Revista seja útil para os leitores e se constitua uma importante contribuição para a sociedade brasileira.

Boa leitura!

Editorial



Por **LIA RAQUEL PRADO BURGOS**
RIBEIRO MARTINS
Promotora de Justiça
Editora-chefe

A Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí chega a sua segunda edição - uma consequência natural do sucesso que foi a Revista de lançamento desse projeto - mas também fruto da dedicação e perseverança de uma equipe dedicada e motivada a melhorar cada vez mais o seu trabalho, promovendo a democratização do conhecimento propiciada pela rede mundial de computadores

Com grande satisfação é possível dizer que esta, assim como a primeira edição da Revista, cumpre o seu propósito de contribuir para o desenvolvimento da pesquisa científica, difundindo os trabalhos desenvolvidos por membros e servidores no âmbito do Ministério Público, assim como de incentivar o estudo e a discussão sobre assuntos relevantes e atuais que enriquecem a produção acadêmica no âmbito da Instituição, divulgando ideias e conhecimentos de interesse da atuação ministerial.

A Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí foi idealizada sob uma perspectiva plural de abordagens acerca de te-

máticas inerentes aos interesses tutelados pelo Ministério Público e/ou às funções institucionais a ele atribuídas pela Constituição da República e por leis infraconstitucionais, sempre no intuito de servir à comunidade como um instrumento de informação e divulgação de assuntos relacionados ao Ministério Público e suas atribuições, favorecendo, em última análise, a aproximação entre este e a sociedade.

Observa-se a magnitude de uma Instituição quando seus projetos são perenes e, apesar da importância devida às pessoas, que são as células vitais da Instituição, percebe-se a relevância da continuidade dos projetos, independentemente daquelas.

Dito isto, a Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí agradece a todos os envolvidos em sua produção, a começar pelo Procurador-Geral de Justiça Dr. Cleandro Alves de Moura, que, tão sabiamente, manteve e incentivou essa relevante conquista do Ministério Público piauiense, à toda equipe do Centro de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Piauí, capitaneado pelo Procurador de Justiça Dr. Fernando Melo Ferro Gomes, Diretor-Geral do CEAf e também Presidente do Conselho Editorial da Revista, que, brilhantemente, assumiu o leme do CEAf e tem sido farol de sua equipe, assim como aos corpos do Conselho Editorial e do Conselho Gestor. Agradece, ainda, de forma especial, aos pareceristas convidados, pertencentes às mais diversas áreas e

instituições, que tão generosamente disponibilizaram seu tempo e seu conhecimento. Por fim, agradece aos autores que encaminharam os artigos para a segunda edição desta Revista. Sem eles, obviamente, a Revista Eletrônica do MPPI não existiria.

Feitas as menções e agradecimentos acima, passa-se a algumas informações importantes sobre a Revista. Trata-se de um periódico científico, em formato online, com periodicidade semestral. Encontra-se hospedada no sítio eletrônico do Ministério Público do Estado do Piauí, oferecendo acesso livre e imediato ao conteúdo integral de todas as suas publicações. Ela não é objeto de comercialização ou enriquecimento a partir de trabalho nela publicado e o autor que publica é absolutamente responsável pela produção pessoal de seu trabalho na hipótese de caracterização de qualquer figura antijurídica, sendo, inclusive, o conteúdo intelectual do artigo de inteira responsabilidade do autor.

Como já mencionado, intencionado uma abordagem plural, é um periódico com caráter multidisciplinar, fomentando intercâmbio de experiências com outras Instituições, nacionais ou estrangeiras, que mantenham publicações congêneres, bem como a promoção da reflexão crítica e a proposição de ações e práticas dirigidas ao aprimoramento da atuação ministerial.

Neste intuito, a Revista é estruturada em quatro seções: artigos; resenhas de obras acadêmicas e literárias e entrevistas; resumos de Teses, Dissertação ou Monografia; trabalhos e projetos executivos desenvolvidos por membros e servidores do MPPI.

Assim como na edição inaugural, foram muitos os artigos de excelente qualidade enviados para a publicação, bem como foi árdua a tarefa de selecionar aqueles que seriam publicados neste número. Interessante observar que os artigos escolhidos constituem um passeio por várias temáticas inerentes às atribuições do Ministério Público, demonstrando, mais uma vez, o caráter plural e democrático desta Revista.

Nesta edição, discute-se temas como: teoria do risco na responsabilização do Estado por danos a direitos difusos e coletivos, entrega voluntária na adoção, acesso à justiça de surdos, “uberização” e relações trabalhistas, lei geral de proteção de dados, responsabilização civil de influenciadores digitais, ANPP, controle de políticas públicas, práticas agropecuárias e meio ambiente, crimes cibernéticos, judicialização do direito ao mínimo existencial e proibição do retrocesso, costume e queimadas, mutação constitucional, análise sobre patrimônio e memória da Avenida Frei Serafim, violência doméstica e direito ao esquecimento. Todos assuntos caros à sociedade piauiense.

Buscando contribuir para a pesquisa e produção científica acerca de questões de especial relevância para o Ministério Público e suas atribuições, assim como promover a aproximação entre ele e a sociedade, através da informação e conhecimento por parte desta sobre as atribuições e os trabalhos realizados por aquele, a Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí, em sua segunda edição, torna a propor-se um espaço democrático de discussão da ciência, firmando-se no cenário nacional e internacional de produção do conhecimento.

Finalmente, com a sensação gratificante do dever cumprido, a Revista Eletrônica do MPPI deseja a todos uma ótima leitura! Que ela possa, mais uma vez, corresponder às expectativas de seu público leitor!

A aplicação da teoria do risco nos casos de responsabilização do Estado por danos difusos e coletivos



MATHEUS OLIVEIRA SOUSA

Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí - TJPI, com atuação na área cível. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Pós-graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil na Escola do Legislativo Professor Wilson Brandão, da Assembleia Legislativa do Estado do Piauí - ALEPI.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO NOS CASOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR DANOS DIFUSOS E COLETIVOS

Matheus Oliveira Sousa*

RESUMO

O trabalho busca identificar a teoria do risco mais condizente aos casos de responsabilização do Estado por danos transindividuais. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, de cunho exploratório e qualitativo. A investigação aborda a divergência na interpretação dos artigos 37, §6º, 225, §3º e 21, inciso XXIII, alínea d, da Constituição Federal e das leis 6.938/1981, 6.453/1977 e 10.744/2003, no que concerne ao binômio risco administrativo/risco integral. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotam a teoria do risco administrativo em situações corriqueiras e aplicam a teoria do risco integral em hipóteses excepcionais e na forma mitigada, de modo a acatar as excludentes de responsabilidade relativas fatores externos à atividade do causador do dano. Concluiu-se que a teoria do risco integral mitigada é a mais adequada aos casos de responsabilização do Estado por danos transindividuais, pois evita responsabilizações abusivas.

PALAVRAS CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Teoria do risco integral. Teoria do risco administrativo. Danos difusos. Danos coletivos.

1 INTRODUÇÃO

O ambiente atual de é ampliação das categorias de danos e novas situações geradoras de prejuízos. Em resposta a isso, há uma nova tendência no direito brasileiro em proteger os direitos transindividuais e promover a sua reparação em havendo lesão, superando, assim, o caráter egoístico e individualista que outrora predominava no campo da responsabilidade civil.

O conceito de culpa, elemento subjetivo antes tido como indispensável, teve de ser substituído pela noção de risco, a qual passou a fundamentar as mais diversas teorias da responsabilidade objetiva. Na seara da responsabilidade civil do Estado, os debates se polarizaram em torno das teorias do risco administrativo e do risco integral e admissibilidade ou não das excludentes do nexa causal, principalmente nos casos de violação a direitos metaindividuais.

Nesse contexto, exsurge a problemática consistente na definição da teoria do risco mais adequada à dinâmica de responsabilização do ente estatal por danos difusos e coletivos. Assim,

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI). E-mail: matheusoliveira.sousa10@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0598350731167160>.

este estudo buscou levantar na literatura as evidências científicas acerca da teoria do risco mais apropriada aos casos envolvendo danos que transcendem a esfera individual.

Também objetivou-se conhecer as modalidades de teorias do risco para identificar a que mais se coaduna com a função social do instituto da responsabilidade civil do Estado; avaliar a legislação sobre a matéria a partir da apreciação crítica de seus avanços e deficiências, com vistas ao melhoramento de sua previsão legal, bem como analisar decisões judiciais sobre o tema, para compreender o entendimento dos tribunais sobre o assunto e a coerência de seus argumentos, tendentes a evitar responsabilizações exageradas;

A pesquisa se justificou em razão da relevância jurídica da temática, que possui viés constitucional, bem como em face do caráter vacilante e confuso do regramento infraconstitucional referente à matéria, a qual não explicita a teoria que adota. Este estudo também contribuiu para o incremento e aperfeiçoamento da literatura específica sobre o tema, pois forneceu subsídios para eliminar as divergências acerca das teorias do risco que devem ser aplicadas ao novo panorama de responsabilidade civil ora estudado, permitindo, assim, a diminuição da insegurança jurídica e da pulverização doutrinária em relação à matéria.

A metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica e documental, de cunho exploratório e qualitativo, com o uso do método lógico-dedutivo. O artigo encontra-se dividido em cinco seções, sendo que a seção 4 se desdobra em três subseções.

2 A MUDANÇA DE PARADIGMA NO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: NOVOS DANOS E NOVAS FORMAS DE REPARAÇÃO

O instituto da responsabilidade civil, desde de tempos imemoriais, vem passando por sucessivas modificações. Sua aplicação no âmbito do direito público, com a imputação de danos reparáveis aos entes estatais, a despeito de relativamente recente, também não está inune às constantes transformações. A tendência atual é de um rápido deslocamento da responsabilidade subjetiva, pautada na ideia de culpa, para um paradigma de responsabilização cada vez mais objetivo, fundamentado na mera noção de fato ou risco.

Isso tem ocorrido em razão dos novos desafios trazidos por uma sociedade de massa, responsáveis por gerar novos conflitos que extrapolam as relações meramente individuais e ganham proporções metaindividuais. A todo o momento ocorrem lesões a pessoas indeterminadas, grupos sociais e danos em decorrência de origem comum, as quais, em razão de suas especificidades, exigem uma reparação efetiva e pautada em critérios cada vez mais objetivos.

Há que se ressaltar que o Estado é um grande causador de danos, que abalam o sentimento de segurança jurídica da comunidade, gerando o dever repará-los. Se lei é igual para todos, cabe a este também ser responsabilizado civilmente por danos a direitos individuais, coletivos ou difusos. Isso ficou mais evidente com o surgimento da terceira geração de direitos fundamentais (direitos de solidariedade), na qual o individualismo deu lugar à possibilidade de tutela de interesses transindividuais, a fim de facilitar a prestação jurisdicional a um número indeterminado de cidadãos (MARQUES, 2009).

Nesse contexto, o instituto da responsabilidade civil do Estado, que respondia apenas aos casos de lesões a direitos individuais, teve de se adequar às novas exigências das relações sociais, passando a prever hipóteses de ressarcimento de danos difusos e coletivos. Seu alargamento decorreu do surgimento dos chamados “novos danos”: ao meio ambiente, decorrentes de acidentes nucleares, de atos terroristas e eventos de guerra, lesões ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e ofensas ao patrimônio imaterial de coletividades de toda espécie (BULOS; MORENO, 2016).

Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2013), a responsabilidade civil do Estado é corolário da noção de Estado de Direito e de República, na medida em que se reconhece que todas as pessoas, sejam de direito privado ou de direito público, estão igualmente sujeitas à ordenação jurídica, respondendo pelos comportamentos violadores de direito. Todas as autoridades podem ser responsabilizadas em um regime institucionalizado, inclusive o Estado como sujeito de direito.

Nos estágios iniciais de desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil não havia uma nítida diferenciação entre as instâncias de responsabilização, tendo em vista que a reparação dos prejuízos por danos causados a outrem era condicionada à condenação criminal. Essa situação perdurou até meados do século XVIII, quando, a partir de então, houve a afirmação do princípio da independência das instâncias civil e criminal, tendo como marco o Código Napoleônico de 1804 (LIMA; FONSECA, 2019).

Porém, a maior contribuição da modernidade foi a formulação de um novo paradigma que afastou a correlação, até então necessária, entre as ideias de culpa e reparação civil, dando azo ao surgimento de uma teoria da responsabilidade objetiva, desvinculada da concepção subjetiva que perdurava desde os tempos mais remotos. Os fatos danosos em uma sociedade cada vez mais industrializada, massificada e com crescente aumento do número de acidentes de trabalho exigiam a adoção de critérios objetivos que possibilitassem a efetiva reparação da vítima e não a mera punição do ofensor (LIMA; FONSECA, 2019).

Segundo Jose Adércio Leite Sampaio (2015), a objetivação da responsabilidade é um caminho sem volta. A responsabilidade pautada na culpa e no dolo teve que ceder aos influxos de uma sociedade de massa e do risco. O dever de indenizar passou a ser imputado ao indivíduo que empreendera um risco relacionado ao dano, não se cogitando do elemento psicológico, a menos que o nexo causal viesse a ser rompido por caso fortuito ou força maior.

Esse processo de objetivação acentuou-se ainda mais com o avanço de uma responsabilidade objetiva relativa, que admite causas excludentes do dever de reparação, para uma responsabilidade objetiva absoluta, em que o fortuito não é capaz de infirmar o dever indenizatório. Há uma tendência irreversível de complementaridade entre as responsabilidades com base na culpa e em razão do fato; esta para determinadas atividades, em face da transcendência dos danos, aquela para situações mais corriqueiras (SAMPAIO, 2015).

Nesse mesmo diapasão, Flávio Murilo Tartuce (2010) pondera que, desde a edição da *Lex Aquilia Damno*, no século II a. C, a qual instituiu no sistema romano a responsabilidade subjetiva e substituiu a responsabilização com base na vingança privada (Lei de Talião), o tema da responsabilidade civil vem passando por constantes evoluções, recebendo novos enfoques, no auge do que se pode chamar de pós-modernidade jurídica. Se a passagem do século XIX para o século XX trouxe à baila a responsabilidade sem culpa, a última virada trouxe uma verdadeira revolução, com a consolidação da responsabilidade objetiva; a ampliação dos riscos; o surgimento de novos danos, sobretudo os coletivos, e a preocupação ambiental.

O referido autor também assevera que a culpa, que outrora possuía papel central, passa a figurar como coadjuvante na estrutura da responsabilidade civil. Desta feita, o dano substitui a culpa no papel principal exercido no passado, mormente, diante do surgimento de novas categorias de danos reparáveis, que escampam aos tradicionais ou clássicos danos materiais ou morais, como é o caso dos danos estéticos, danos morais coletivos, danos sociais ou difusos, danos por perda de uma chance, etc (TARTUCE, 2010).

No ordenamento brasileiro, a responsabilidade objetiva foi albergada, pela primeira vez, na Constituição de 1946, tendo sido repetida nos documentos constitucionais ulteriores até chegar à Constituição Federal de 1988. Com essa novel ordem constitucional, o principal fundamento do dever de indenizar do Estado passou a ser a teoria do risco (SAMPAIO, 2015).

Destarte, a Constituição Federal, no §6º de seu artigo 37, autoriza a responsabilização civil, sem culpa, das pessoas jurídicas de direito público e suas delegatárias de serviços públicos. No §3º, do artigo 225, prevê que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam o infrator, pessoa física ou jurídica (inclusive o Estado) à obrigação de reparar o dano.

Seu artigo 21, inciso XXIII, alínea d, dispõe ainda que a responsabilização civil, no caso de danos nucleares, independe da existência ou não de culpa (BRASIL, 1988).

No âmbito infraconstitucional, a responsabilidade com base no risco tem como maiores exemplos a Lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), a Lei 10.744/2003 (Responsabilização da União por ataques terroristas, eventos de guerra e atos correlatos) e a Lei 6.453/1977 (Responsabilidade por danos nucleares), diplomas estes que preveem a responsabilização sem culpa, somente diferindo no que pertine à admissibilidade ou não das chamadas excludentes de responsabilidade ou exculpantes (BEDRAN; MAYER, 2013).

Desse modo, a legislação brasileira e o próprio texto constitucional seguiram essa mudança de uma modelo eminentemente subjetivo para um paradigma cada vez mais objetivo de responsabilização. Diante de todo esse substrato legal, praticamente não existem controvérsias quanto à possibilidade de aplicação da responsabilidade sem culpa. A polêmica gira em torno da constitucionalidade ou não da aplicação de uma responsabilidade objetiva meramente pelo fato danoso, ainda que presentes elementos que desconfigurem o nexo de causalidade.

3 AS TEORIAS DO RISCO

A noção de risco, como conceito jurídico indeterminado, serve de fundamento para as diversas modalidades de teoria do risco. Contudo, apenas duas dessas modalidades passaram a ser objeto de maiores debates na seara do direito público, por serem as mais aplicadas na responsabilização civil do Estado. Trata-se das teorias do risco administrativo e do risco integral, que se diferenciam no tocante à capacidade das excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima, eliminarem ou não o dever de reparação. Na primeira teoria, a presença da excludente ilide a responsabilidade, na segunda não.

A teoria do risco administrativo fundamenta a responsabilidade do ente público na mera relação de causalidade entre o dano e uma atividade que, embora benéfica socialmente, é considerada perigosa. A noção mais extremada de risco veio com a teoria do risco integral, bastante criticada por ser considerada abusiva. (FRANÇA, 2009).

A despeito de o debate tenha se concentrado em torno dessas duas teorias, existem outras que também possuem como fundamento a ideia de risco. A teoria do risco-proveito baseia-se no benefício econômico do ofensor (Estado empresário), obtido com a atividade desempenhada, para exigir-lhe reparação. A teoria do risco profissional justifica-se no dever de garantia da

relação empregatícia (Estado patrão) e nos riscos normais do empreendimento, tendo sido reformulada com a teoria do risco-autoridade, pautada no critério da subordinação jurídica (FRANÇA, 2009).

As teorias do risco profissional, risco-proveito, risco excepcional, risco autoridade e risco dependência aplicam-se mais eficazmente a outras searas de responsabilização da pessoa pública, sobretudo, no âmbito do direito civil, consumerista e do trabalho. Entretanto, estas não se revelam aptas a explicar a contento as complexidades e particularidades do fenômeno da responsabilização do Poder Público nos casos danos às coletividades e ao patrimônio comum da sociedade.

O risco, construção fundamental que serve de base para todas essas teorias, pode ser definido como a probabilidade concreta de perigo. As diversas modalidades de risco apresentadas pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência denotam que tal conceito é variável ou mutante, pois qualquer de suas categorias podem se enquadrar ao que dispõe o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Não é sem razão que esse dispositivo é comumente chamado de cláusula geral de responsabilidade objetiva, por agalhar em seu bojo as diversas variantes de teoria do risco (TARTUCE, 2010).

As teorias do risco, criadas pelos juristas franceses do século XIX, partem do pressuposto essencial de que aquele exercer uma atividade perigosa e em razão disso causar danos a terceiros, deve repará-los, independentemente de culpa. Como a ideia de responsabilização é aperfeiçoada de acordo com fatores temporais e espaciais, essas teorias surgiram como uma resposta à crescente industrialização e o avanço tecnológico, fontes inesgotáveis de riscos permanentes (LIMA; FONSECA, 2015).

De acordo com Flávio Murilo Tartuce (2010), os primeiros estudos relativos à teoria do risco ganharam destaque com a contribuição de autores como Saleilles e Josserand. O Brasil, a seu turno, viveu inicialmente um salto evolutivo para a culpa presumida, para apenas depois consolidar a responsabilidade objetiva por meio de leis de âmbito privado, primeiro com o Código de Defesa do Consumidor e, após, com o Código Civil de 2002.

Esse último diploma legal citado, no seu artigo 927, parágrafo único, consagra expressamente a teoria do risco, porém sem determinar a espécie que adota. Assim, haverá obrigação do ofensor de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Sobre o caráter aberto do dispositivo citado, pondera Alexandre dos Santos Aragão (2016, p. 61):

É com fundamento na segunda parte do art. 927, parágrafo único, que poderá o Poder Judiciário, a depender das circunstâncias do caso concreto, optar pela aplicação do sistema da responsabilidade objetiva, ainda que não haja dispositivo legal expreso e específico impondo sua aplicação.

Cumprе ressaltar que o caráter aberto e genérico das normas da legislação brasileira que tratam da responsabilização pela teoria do risco e a correspondente falta de especificação quanto à espécie adotada em determinado campo de incidência normativa, tem gerado acaloradas discussões.

A questão da adoção da teoria do risco integral, com a impossibilidade de alegação das excludentes de responsabilidade, em confronto com a teoria do risco administrativo, que as admite, tem dividido a doutrina e jurisprudência (BEDRAN; MAYER, 2013).

Para a corrente tradicional, a responsabilidade do tipo objetiva, pautada na noção de ato ilícito gerador de riscos, depende da comprovação do nexo causal e do dano, de forma que a responsabilização não é imediata, mas depende da comprovação da relação de causa e efeito entre conduta lesiva e resultado danoso (ARAGÃO, 2016). Desse modo, verificada alguma excludente apta a romper esse liame de causalidade, o dever de reparação é afastado.

A questão da verificação no nexo causal também dá azo a grandes controvérsias, sendo que existem várias teorias que tentam explicar conceito de causa. Mas, nesse caso, o legislador brasileiro tomou partido e adotou a teoria do dano direto e imediato, no artigo 403 do Código Civil, de maneira que só são indenizáveis os danos que sejam consequência direta do fato lesivo. Assim, a doutrina e jurisprudência tradicionais têm optado por estender essa teoria da causalidade imediata também para o campo da responsabilidade objetiva. Consequência disso é a adoção das chamadas excludentes de responsabilidade, fatores que possuem o condão de descaracterizar o nexo causal (ARAGÃO, 2016).

Desta feita, o posicionamento mais conservador tem defendido amplamente a aplicação da excludentes de responsabilidade até mesmo nos casos de danos transindividuais, levando-se em consideração a teoria da causalidade direta e imediata acima referida. Opta, dessa maneira, pela teoria do risco do administrativo. Contudo, como será explanado mais adiante, também há inúmeros argumentos de peso em defesa da teoria do risco integral e sua indiferença quanto à presença ou não de excludentes nos casos de danos que tem o condão de afetar coletividades indeterminadas ou que, por sua natureza, devem ser reparados tão somente em razão da ocorrência do fato danoso.

4 AS DIVERGÊNCIAS EM TORNO DAS TEORIAS DO RISCO ADMINISTRATIVO E DO RISCO INTEGRAL

4.1 Os debates teóricos: aspecto doutrinário

Como já referido anteriormente, duas principais modalidades de risco se destacaram na aplicação do instituto da responsabilidade civil Estado, quais sejam, o risco administrativo e o risco integral. Assim, o debate teórico também se concentrou em torno dessa dicotomia e os autores passaram a se dividir entre aqueles que acatam uma ou outra vertente, principalmente nas situações em que estão presentes algumas das excludentes de responsabilidade.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016) em consonância com Hely Lopes Meireles (2016) concordam que a teoria do risco integral é uma exacerbação da teoria do risco administrativo e ressaltam que há controvérsia doutrinária quanto à consagração dessa fórmula radical no texto da Constituição da República. O último autor tece dura crítica à teoria do risco integral, ao ponderar que esta pode levar ao abuso e à iniquidade social, já que a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima; também nega a adoção dessa teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017) discordando dos autores acima citados, admite a adoção da teoria do risco integral, no direito brasileiro, nos casos de danos causados por acidentes nucleares; nos decorrentes de atos terroristas, de atos de guerra e eventos correlatos contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, bem como nas situações descritas nos arts. 246 e 399 do Código Civil. Em todas essas hipóteses não há a possibilidade de alegação das excludentes de responsabilidade.

De acordo com Jose Adércio Sampaio (2015), apesar do largo uso da teoria do risco administrativo nas searas ordinárias de responsabilização civil do Estado, no campo dos direitos difusos e intergeracionais a teoria mais congruente é a do risco integral. Somente esta, na ocorrência de danos ambientais ou nucleares, protege efetivamente direitos na qual a violação implica em ofensa à coletividade e às gerações vindouras. Ademais, em tais danos, o nexo causal é de difícil comprovação em face da complexidade das relações que os permeiam.

Sobre o caráter peculiar dos danos causados a direitos transindividuais, o aludido autor ressalta que se trata de:

Um dano assim que lida com a matéria-prima da vida, objeto de um direito que se confunde com a condição de possibilidade do próprio direito: a

existência tão digna que é sadia e garantida, com a apólice do direito, para o futuro, as futuras gerações. (SAMPAIO, 2015, p. 299).

Mas a despeito da larga defesa da teoria do risco integral no campo dos direitos transindividuais, não há que se negar que, por outro lado, há vozes que se levantam contra adoção de uma visão absolutista de responsabilidade objetiva, entendendo que não se pode falar em responsabilidade ambiental ou por vazamentos radioativos nas situações de caso fortuito ou força maior (SAMPAIO, 2015).

De acordo com essa visão mais tradicionalista, na qual se filiam os autores citados no início desse tópico, a acolhida irrestrita do risco integral pautava-se numa visão radical e extremada e pode levar à injustiças e responsabilizações exageradas. Para essa corrente doutrinária, nosso sistema não adota o risco integral, pois exige a configuração do nexo causal, a qual pode ser interrompido por eventos imprevisíveis e extraordinários, de origem humana ou natural, como o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

4.2 A legislação de risco: aspecto legal

A defesa da adoção da teoria do risco integral no ordenamento jurídico brasileiro decorre da interpretação do artigo 225, §3º e do artigo 21, inciso XXIII, alínea d, da Constituição Federal de 1988, bem como de dispositivos extraídos da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), da Lei nº 6.453/1977 (Responsabilidade por Danos Nucleares) e da Lei nº 10.744/2003 (Responsabilidade da União por Atos de Guerra, Atos Terroristas e Eventos Correlatos em Aeronaves Brasileiras).

A Lei 6.938/1981 dispõe, no §1º de seu artigo 14, que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. Também outorga ao Ministério Público da União e dos Estados a legitimidade para propor a correspondente ação de responsabilização (BRASIL, 1981).

Em reforço, o §2º do supramencionado artigo ainda estabelece que a execução das garantias exigidas do poluidor não exclui a obrigação de indenização e reparação dos danos causados ao meio ambiente. Destarte, ainda que tomadas todas as providências quanto ao licenciamento, inscrição em cadastros governamentais de atividades poluidoras e demais medidas necessárias à preservação e prevenção de danos ao meio ambiente, persiste a possibilidade de responsabilização do causador do dano (BRASIL, 1981).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente traz um conceito amplo de poluidor, incluindo nesse categoria jurídica qualquer indivíduo ou ente apto a ser responsabilizado pela causação de danos ao meio ambiente. O artigo 3º, inciso IV, abarca os entes públicos nesse conceito, já que se refere à pessoa jurídica, de direito público, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (BRASIL, 1981).

Cumprido ressaltar que a análise dos dispositivos acima citados permite constatar que a Lei 6.938/1981 inclina-se para a teoria do risco integral, pois estabelece a responsabilidade objetiva do poluidor e não trouxe qualquer circunstância excepcional de irresponsabilidade decorrente da configuração de alguma das excludentes de nexo causal. Desta feita, a pessoa pública que causar danos ambientais responde tão somente pelo fato lesivo antiecológico, a qual em hipótese alguma pode ficar sem reparação.

Mas não se olvide que na doutrina ambientalista e na respectiva jurisprudência ainda é tormentoso o tema acerca da teoria do risco adotada aos casos de responsabilização em acidentes ambientais. Para a maioria dos autores que militam nessa seara jurídica, a legislação teria ido além da mera responsabilidade objetiva e adotado a teoria do risco integral (ARAGÃO, 2016).

Por sua vez, a Lei nº 10.744/2003, confere ao Estado, na pessoa da União, a responsabilidade exclusiva perante terceiros pela ocorrência de danos provocados por atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos (atos de sabotagem, sequestros, comoções civis, tumultos etc.). Tal responsabilidade somente se configura quando esses atos forem praticados contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo, e abrange os danos causados a bens e pessoas, passageiros ou não (BRASIL, 2003)

A Lei nº 10.744/2003 também traz duas ordens de limitação da responsabilidade da União. No plano quantitativo, o total das indenizações não pode ultrapassar o montante de US\$ 1,000,000, 000.00 (um bilhão de dólares). No plano dos danos a serem cobertos, se restringe aos corporais, decorrentes de doenças, morte ou invalidez, excluindo-se os danos morais, ofensa à honra, ao afeto, à liberdade, à profissão, ao respeito aos mortos, à psique, à saúde, ao nome, ao crédito e ao bem-estar (BRASIL, 2003).

Como prevê a responsabilidade da União tão somente pelo fato danoso, percebe-se que essa lei também se volta para a responsabilidade pelo risco integral e, assim, como a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, não admite quaisquer excludentes de responsabilidade. Contudo, embora não preveja as eximentes, em uma tentativa de evitar responsabilizações exageradas, tão criticadas pelos opositores da teoria do risco integral, traz um teto do valor das

indenizações, bem como restringe a reparação a danos corporais graves, excluindo da cobertura dos danos de ordem extrapatrimonial.

De outra banda, a Lei nº 6.453/1977 trata da responsabilidade civil por danos nucleares e da responsabilidade criminal por atos relacionados a atividades nucleares. Esta conceitua dano nuclear, em seu artigo 1º, inciso VII, como todo dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das atividades nucleares (BRASIL, 1977).

Esse diploma legal alberga a responsabilização civil do Estado por acidentes atômicos, já que as atividades nucleares são realizadas mediante autorização da União, a qual figura como garantidora do pagamento das indenizações de responsabilidade do operador da planta nuclear. Entretanto, essa responsabilidade do ente público é subsidiária, pois este somente responde quando insuficientes os recursos do operador nuclear ou caso as atividades nucleares sejam exercidas ilicitamente. Nesse último caso, a lei ressalva o direito de regresso contra o possuidor ou o utilizador de material nuclear sem a devida autorização, consoante se depreende de seus artigos 1º, inciso I e 14 e 15 (BRASIL, 1977).

A Lei nº 6.453/1977, além de prever a responsabilidade objetiva do operador da planta nuclear ou do Estado garantidor, admite expressamente as excludentes de responsabilidade. O artigo 6º traz a excludente da culpa exclusiva da vítima, ainda que de forma limitada, já que que o operador da instalação nuclear fica exonerado de responsabilidade apenas em relação à vítima causadora do dano e não em relação as demais consequências danosas do acidente nuclear. Já o artigo 8º prevê excludentes nos casos de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza, hipóteses essas que se não configurarem caso fortuito ou força maior, podem ser enquadradas ao menos como fato de terceiro (BRASIL, 1977).

No que pertine à supracitada lei, Alexandre dos Santos de Aragão (2016) pondera que as excludentes de responsabilidade, previstas na Lei nº 6.453/1977, são objeto de questionamento, ao argumento de que a Constituição Federal não as recepcionou, uma vez que adotou em seu artigo 21, inciso XXIII, alínea d, a responsabilidade com base no risco integral, bastando a existência da instalação nuclear e ocorrência do dano nuclear para surgir o dever de indenizar. Mas é possível também defender que o texto constitucional adotou o sistema geral de responsabilidade objetiva, que admite excludentes, visto que apenas excluiu a culpa, não sendo possível simplesmente inferir a adoção da teoria do risco integral.

Pode-se constar, desse modo, que o ordenamento jurídico brasileiro, numa tentativa de concretizar o texto constitucional, consagrou uma verdadeira legislação de risco na seara de responsabilização por danos difusos e intergeracionais. Este confere todo um tratamento

diferenciado aos danos ambientais, danos decorrentes de acidentes nucleares, de atos terroristas, de eventos de guerra e outras hipóteses assemelhadas, tendo em conta as suas peculiaridades.

4.3 As decisões controvertidas: aspecto jurisprudencial

Em meio a polarização teórica, existe uma corrente capitaneada principalmente pela jurisprudência, que vem buscando um meio termo e optando pela adoção de uma teoria do risco integral mitigada ou relativa, em contraposição a uma teoria do risco absoluta ou radical. Essa posição menos extremada tem admitido excludentes relativas a fenômenos e eventos totalmente exteriores à atividade do causador do dano, como o fortuito e a força maior externos. Nesse diapasão, o nexo de causalidade presumido somente é desfeito quando ocorre uma situação que foge totalmente à linha de normal de desenvolvimento da atividade potencialmente danosa.

Isso não quer dizer que haja uma prevalência da teoria do risco integral sobre a do risco administrativo, mas para uma conciliação entre ambas. Para os danos de menor extensão ou ordinários têm-se optado pela aplicação da teoria do risco administrativo. Já para aqueles que exigem um tratamento diferenciado por serem dispersos, incertos e silenciosos, a adoção de uma teoria do risco integral na forma mitigada ou temperada tem se mostrado mais eficaz

4.3.1 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), apesar de sua função de uniformizador da jurisprudência no âmbito do direito federal, ainda não conseguiu adotar um posicionamento firme acerca dos casos em que aplica a teoria do risco administrativo e a do risco integral na responsabilização do ente estatal. Alguns dos julgados analisados, que serão citados a seguir, demonstram bem a celeuma ainda existente.

No que concerne aos danos ambientais, o STJ, no recurso repetitivo representativo de controvérsia nº 1354536/SE, firmou a tese de que, nesses casos, a responsabilidade é objetiva, informada pela teoria do risco integral. Logo, é descabida a invocação, pela empresa responsável, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar, sobretudo razão da homogeneidade dos efeitos dessa espécie de dano (BRASIL, 2019).

Essa tese decorreu de uma ação de responsabilização da fábrica de fertilizantes Fafen/SE, subsidiária da Petrobrás, pelos danos decorrentes de vazamento de amônia no entorno do rio Sergipe. A substância atingiu uma área de vegetação permanente, bem como as margens,

mangues e águas do rio, o que resultou na redução da pesca na área atingida, prejudicando diretamente os pescadores da região afetada (BRASIL, 2019).

Ainda sobre a temática ambiental, o referido tribunal superior deixou consignado, no recurso especial nº 1654950/SC, que o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral ou *in integram* (BRASIL, 2015). Cumpre ressaltar que esses postulados são largamente utilizados como fundamentos determinantes para a aplicação da teoria do risco integral, em razão da peculiaridade dos bens jurídicos que tutela.

Para o STJ, o dano ambiental é multifacetário numa percepção ética, temporal, ecológica e patrimonial, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados. Também entende que deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o proveito econômico auferido pelo agente com a atividade ou empreendimento degradador, aquilo que chama de mais-valia ecológica ilícita. (BRASIL, 2015).

Por sua vez, no recurso especial nº 1602106/PR, o STJ confirmou a tese de que a responsabilidade por danos ambientais é objetiva e pautada no risco integral, contudo, deixou assente que esta exige a demonstração do nexo causal para a configuração do dever de indenizar. O nexo etiológico atua, assim, como um fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato. Para tanto, basta a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável (BRASIL, 2017).

Tal posicionamento também foi adotado no agravo em recurso especial nº 437722/MG, na qual se discutiu a configuração de danos ambientais em razão de transporte ilegal de carvão mineral. Nesse julgado, o STJ asseverou que admitir a responsabilização por dano ambiental sem que seja configurado o nexo causal seria sustentar uma responsabilidade por risco integral, que o direito brasileiro adotou somente em casos excepcionais, como nos danos decorrentes das atividades de exploração nuclear. Assim, apesar de a responsabilidade por danos ambientais não admitir as excludentes de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro), nos termos do artigo 14, § 1º. da Lei nº 6.938/81, imprescindível a demonstração do nexo causal (BRASIL, 2019).

Também é importante citar a decisão monocrática exarada no agravo em recurso especial nº 992701/CE, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, na qual este acentuou que a teoria do risco integral, que atribui ao Estado o dever de reparar os prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social, ainda é defendida por parte da doutrina em casos pontuais como os danos ambientais e nucleares. Esta vem ganhando espaço nos tribunais superiores, a exemplo

da decisão proferida no recurso especial nº 1.175907/MG, em 19/08/2014, da relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, que reconheceu o dano ambiental sofrido por proprietários rurais com o vazamento de flúor de uma empresa de fertilizantes na região de Araxá-MG (BRASIL, 2019).

Em outro caso interessante, na qual hemofílicos contraíram o vírus da imunodeficiência adquirida (HIV) e da Hepatite C quando realizavam tratamento no Centro de Hematologia de Santa Catarina, o STJ condenou a União, bem como o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização com base na teoria do risco administrativo. A tese utilizada foi a de que o ordenamento jurídico não excepciona os danos advindos de atendimento em hospital público como modalidade de risco integral, já que nesses casos admite-se as excludentes de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito (BRASIL, 2015).

No âmbito consumerista, conforme entendimento adotado no recurso especial nº 1.599405/SP, o STJ tem optado por adotar a teoria do risco do empreendimento ou da atividade, a qual admite eximentes. Exige-se que o defeito no produto seja o causador dos danos experimentados pelos consumidores. Desta feita, o fornecedor não responde objetivamente pelo fato do produto simplesmente porque desenvolve uma atividade perigosa ou produz um bem de periculosidade inerente, mas sim, concretamente, caso venha a infringir o dever jurídico de segurança, o que se dá com a fabricação e a inserção no mercado de um produto defeituoso (BRASIL, 2017).

Diante do exposto, a análise dos julgamentos mencionados permite constatar que o STJ tem aceito a teoria do risco integral apenas em casos muito excepcionais, envolvendo danos nucleares ou ambientais. No último caso, apesar de afirmar que as excludentes não afastam a responsabilidade ambiental, exige a configuração do nexo causal, o que é um contrassenso, uma vez que a responsabilidade pelo risco integral é tão somente pelo fato.

4.3.2 O entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, tende a rechaçar a teoria do risco integral, sustentando que a responsabilidade estatal, prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, subsume-se à teoria do risco administrativo. Assim, a Corte Suprema defende a necessidade da demonstração cabal do nexo de causalidade e admite as excludentes de responsabilidade. Contudo, há decisões que, na contramão da jurisprudência dominante desse tribunal, têm aplicado a teoria do risco integral em casos isolados.

Embora não tenham sido encontradas ementas de acórdãos tratando especificamente do tema ora enfocado, no recurso extraordinário nº 841526/RS, que versa acerca da responsabilidade civil do Estado por morte de detento em estabelecimento penal, o STF defendeu a aplicação da teoria do risco administrativo, tanto para condutas estatais comissivas como omissivas. Destarte, deixou assente que Constituição Federal repudiou a teoria do risco integral, tendo em vista que ao mencionar que a Administração deve responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, albergou a necessidade da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano causado (BRASIL, 2016).

No aludido julgado, a Corte Suprema também assentou que o Estado, apesar de detentor de poderes dotados de imperatividade sobre a esfera de direitos do indivíduo, submete-se ao império da lei, concepção que configura o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito. O Poder Público, no desempenho de suas mais variadas atividades, pode causar danos a terceiros, gerando a sua obrigação de recompor os prejuízos daí decorrentes. Porém, sua posição diferenciada em relação aos particulares faz com que sua responsabilização assuma certas características peculiares em relação aos seus poderes, deveres e atribuições (BRASIL, 2016).

Também cabe citar o informativo nº 918 do STF, que veiculou o julgamento do tema 366 da repercussão geral, na qual se discutia a responsabilidade do Estado no tocante à fiscalização do comércio de fogos de artifícios. Na ocasião, o ministro Alexandre de Moraes abriu divergência e expôs que a Constituição, no artigo 37, § 6º, adotou a responsabilidade objetiva do Estado pela teoria do risco administrativo, não pela teoria do risco integral. Este ressaltou que são várias as decisões do STF nesse sentido, a apontar a impossibilidade de qualquer legislação ampliar a responsabilidade objetiva estatal e aceitar a teoria do risco integral (BRASIL, 2019).

Em que pese esse entendimento, em hipóteses excepcionalíssimas, o STF tem aplicado da teoria do risco integral ou do risco social nos casos de danos atômicos, ecológicos e os decorrentes de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos. A tese adotada é a de que, nesses casos, a responsabilidade é ampla e não decorre da regra geral do §6º, do artigo 37 da Carta Maior. Em situações de grave risco e relevante interesse público, o Estado pode ampliar sua responsabilidade para além das balizas do referido dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária (BRASIL, 2016).

O posicionamento acima foi emitido no acórdão da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4976/DF, na qual se impugnava alguns artigos da Lei nº12.663/2012 (Lei Geral da Copa), ao argumento de que esta teria adotado a teoria do risco integral por prever a assunção pela União de responsabilidade civil em face de incidentes e acidentes ocorridos nos eventos da

copa do mundo de 2014. Nessa ADI, o STF afirmou que a responsabilidade extracontratual do Estado adota, como regra, a teoria do risco administrativo, exigindo a configuração do nexo de causalidade entre o dano e a ação estatal, mas ressalta que em casos especiais o constituinte optou pela teoria do risco integral. A exceção se aplica quando riscos extraordinários são assumidos pelo Estado, mediante lei, em face de eventos imprevisíveis e não imputáveis ao seu comportamento, em favor da sociedade como um todo que ele representa (BRASIL, 2016).

Logo, os precedentes citados fornecem alguns subsídios para se conhecer o atual entendimento do STF sobre a temática ora estudada e permitem perceber que seu posicionamento, a despeito de se ser largamente em prol da teoria do risco administrativo, de certa maneira, vai ao encontro do entendimento do STJ. Isso porque algumas de suas decisões já vêm acatando a aplicação da teoria do risco integral em situações extraordinárias e desde que lei preveja a responsabilização do ente público, ainda que afastado o nexo de causalidade pela presença de eximentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o que foi explanado, percebe-se que há, no ordenamento brasileiro, uma tendência de adoção da teoria do risco administrativo nas hipóteses ordinárias de responsabilização do Estado, como lides consumeristas e casos de má prestação de serviços de saúde. Em casos excepcionais, como na ocorrência de graves danos ambientais ou danos atômicos, opta-se pela do risco integral, a qual tem sido aplicada, contudo, de forma mitigada ou temperada.

No âmbito legislativo, essa versão temperada da teoria do risco integral pode ser observada nas disposições relativizadoras da Lei nº 10.744/03, a qual estabelece limitações à responsabilidade estatal nos planos quantitativo e dos danos a serem cobertos, bem como da Lei nº 6453/1977, que admite algumas excludentes de responsabilidade enquadráveis como fortuito externo.

A jurisprudência do STJ e do STF também aponta nesse sentido. O primeiro acolhe a teoria do risco integral nos casos de danos ambientais e atômicos, mas, em certos casos, a mitiga, aceitando a configuração de excludentes que fogem da linha normal de ocorrência do fato. O segundo, apesar de, em regra, afastar teoria do risco integral, a admite em casos excepcionais, que envolvem grave risco e relevante interesse público, desde que haja previsão legal.

Com efeito, os danos atômicos, ecológicos e os decorrentes de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos são multifacetários e incertos no tempo e no espaço, sendo que

suas consequências se espraiam do indivíduo isolado à coletividade e às gerações futuras. Por isso, exigem a adoção da teoria do risco integral, mais condizente com as suas peculiaridades. Contudo, a jurisprudência a tem aplicado de maneira temperada ou mitigada, com vistas a impedir a responsabilização desenfreada e abusiva do Estado.

Portanto, uma teoria do risco integral mitigada ou temperada mostrou-se ser a mais adequada para os casos de responsabilização do Estado nos casos específicos de danos ecológicos, nucleares e decorrentes de atos de guerra, terrorismo ou comoções internas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. A responsabilidade civil e ambiental em atividades nucleares. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.271, p.65-107, jan. /abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v271.2016.60762>. Acesso em 28 abr. 2019.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21.fev.2018.

BRASIL. *Lei 6453, de 17 de outubro de 1977*. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6453.htm. Acesso em: 29 abr. 2019.

BRASIL. *Lei 6938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 25 mai. 2019.

BRASIL. *Lei 10.744 de 9 de outubro de 2003*. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.744.htm. Acesso em: 25 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Recurso Especial 1299900 / RJ*. Administrativo e processual civil. Responsabilidade civil do Estado. Contaminação de hemofílicos com os vírus HIV (AIDS) e HCV (hepatite C). Omissão estatal no controle do sangue. Dano moral. Legitimidade passiva da União e do Estado. Decisão extra petita. Lei 4.701/65. Ministro: Humberto Martins. Data do julgamento: 03/03/2015, DJe 13/03/2015. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103028118&dt_publicacao=13/03/2015. Acesso em: 25. Mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso especial nº 437.722 – MG*. Administrativo. Ação civil pública. Danos ambientais. Suposta utilização ilícita de veículo arrendado. Transporte ilegal de carvão. Responsabilidade objetiva independente de culpa. Imprescindível, entretanto, a demonstração do nexo de causalidade. Ausência de demonstração do nexo causal em relação à proprietária/arrendadora do veículo. Teoria da causalidade adequada. Agravo conhecido para negar seguimento ao recurso especial. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, data de publicação: 08/05/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=RESPONSABILIDADE+DO+ESTADO+RISCO+INTEGRAL+RISCO+ADMINISTRATIVO+DANO+AMBIENTAL+DANO+NUCLEAR&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 21 ago.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso especial nº 992.701 – CE*. Civil. Processual Civil. Agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCP. Ação indenizatória. Dano e material. Parcial procedência. Fundamento constitucional não impugnado. Inexistência de interposição de recurso extraordinário. Incidência da súmula 126 desta Corte. Violação dos arts. 393 e 405 do CC/02. Falta de prequestionamento. Súmula nº 211 do STJ. Valor. Indenizatório. Redução. Desnecessidade. Verba fixada em consonância com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e segundo os parâmetros adotados neste sodalício. Dissídio jurisprudência não comprovado. Agravo conhecido. Recurso especial não conhecido. Relator: ministro Moura Ribeiro, data de publicação: 24/10/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=RESPONSABILIDADE+DO+ESTADO+RISCO+INTEGRAL+RISCO+ADMINISTRATIVO+DANO+AMBIENTAL+DANO+NUCLEAR&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1654950/SC*. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis –IBAMA. Recorrido: Antonio Fernandes da Silva. Relator: Ministro Herman Benjamin, data da publicação: 06/09/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=TEORIA+DO+RISCO+PATRIM%24NIO+ART%24CDSTICO%2C+HIST%24RICO%2C+TUR%24CDSTICO+E+PAISAG%24CDSTICO&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 19 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). *Recurso Especial 1354536 / SE*. Responsabilidade civil por dano ambiental. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Danos decorrentes do vazamento de amônia no rio Sergipe. Acidente ambiental ocorrido em outubro de 2008. Ministro: Luís Felipe Salomão, 26/03/2014, DJe 05/05/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=TEORIA+DO+RISCO+ADMINISTRATIVO+TEORIA+DO+RISCO+INTEGRAL&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 19 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.602.106-PR*. Responsabilidade civil ambiental. Ação indenizatória. Danos extrapatrimoniais. Acidente ambiental. Explosão do navio Vicuña. Porto de Paranaguá. Pescadores profissionais. Proibição temporária de pesca.

Empresas adquirentes da carga transportada. Ausência de responsabilidade. Nexo de causalidade não configurado. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, por unanimidade, julgado em 25/10/2017, DJe 22/11/2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=TEORIA+DO+RISCO&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 1

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1.599.405-SP*. Ação de indenização por danos morais e materiais. Medicamento anti-inflamatório. Ingestão. Falecimento do paciente. Fundamento da reponsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto. Inobservância do dever de segurança, a partir da fabricação e inserção no mercado de produto defeituoso. Não verificação. Produto de periculosidade inerente. Riscos previsíveis e informados aos consumidores. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, julgado em 4/4/2017, DJe 17/4/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=TEORIA+DO+RISCO&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 17 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 841526/RS*. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Responsabilidade civil do Estado por morte de detento. Artigos 5º, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal. Ministro: Luiz Fux, Julgamento: 30/03/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TEORIA+DO+RISCO+ADMINISTRATIVO+TEORIA+DO+RISCO+INTEGRAL%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/yxstm83v>. Acesso em 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 136861/SP*. Informativo nº 918, Brasília, 1 a 5 de outubro de 2018. Direito administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Repercussão Geral. Responsabilidade civil do Estado e dever de fiscalizar. Relator: Ministro Edson Fachin, julgamento: 3/10/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo918.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BULOS, Jaime Leandro; MORENO, Jamile Coelho. Dos novos danos: dano moral coletivo ou dano social? *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 4, p. 104-127, out/2016. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/view/728/771>. Acesso em 21.fev.2018.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A Responsabilidade Civil por Danos Ambientais no Direito Brasileiro e Comparado: Teoria do Risco Criado Versus Teoria do Risco Integral. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n. 19, p.45-88, janeiro/junho de 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/271/339>>. Acesso em 22.fev.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1088 p. E-book.

FRANÇA, Rodrigo Dumas. *A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva*. 2009. v. 1. 125 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11112011-104017/pt-br.php>>. Acesso em 24. Fev. 2018.

LIMA, Priscila Luciene Santos de; FONSECA, Karina Marina Mehl Damico. *Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil e da Teoria do Risco no Direito Brasileiro*. In: LOPES, Christian Sahb Batista (Cord.); OLIVEIRA, José Sebastião de (Cord.); BOSCO, Maria Goretti Dal (Cord). *Direito Civil Contemporâneo I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 353373. Disponível em: <https://library.org/document/yj7g5p2y-aspectos-teoria-direitobrasileiro-priscila-luciene-limaarina-fonseca.html>. Acesso em 19. Fev. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. *E-book*.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p. *E-book*.

MARQUES, Marcelino Pereira. *Dano moral coletivo: aspectos relevantes para sua aplicação no direito brasileiro*; 2009; Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdades Milton Campos, 2009. Disponível em: www.mcampos.br/.../artigos/marcelinopereiramarquesdanomoralcoletivo.pdf>. Acesso em 20.fev.2018.

TARTUCE, Flávio Murilo. *Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva*. São Paulo, 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013151055/pt-br.php>. Acesso em 20 abr. 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria do Risco Ambiental Integral e Ideologia. *Revista Internacional CONSINTER de Direito*. Ano I, Número I. Lisboa: Editorial Jaruá, 2015. pgs. 283-302. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-i-volume-i/parte-1-direitosdifusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/teoria-do-risco-ambiental-integral-e-ideologia/>. Acesso em 22. Abr. 2019.

A atuação do Ministério Público na entrega voluntária de crianças à adoção



KARLA MARIA DA SILVA VIANA

Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Piauí – OAB/PI. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Pós-graduanda em Direito Privado pela Faculdade Ademar Rosado - FAR.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ENTREGA VOLUNTÁRIA DE CRIANÇAS À ADOÇÃO

Karla Maria da Silva Viana*

RESUMO

Esta pesquisa abordou a atuação do Ministério Público nos casos de entrega voluntária de crianças a adoção, analisando-se o contexto histórico desta prática, enfatizando como o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a regulamentá-la após o advento da Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017. O objetivo do trabalho foi analisar a importância da atuação do Ministério Público nos casos de entrega voluntária de crianças à adoção. As metodologias empregadas foram do tipo bibliográfica e documental, através da análise de livros, revistas, teses, anais eletrônicos, doutrinas, documentos jurídicos, entre outros. Como resultado, foi verificado que o Ministério Público atua como legitimado a propor ações essenciais à causa, como fiscal da lei e das instituições de acolhimento. Conclui-se, a partir disso, que o Ministério Público desempenha funções essenciais para que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam assegurados no caso de entrega voluntária à adoção.

Palavras-chave: Entrega Voluntária. Adoção. Ministério Público. Lei n. 13.509/2015.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, em razão dos mais diversos contextos históricos, sociais, culturais, econômicos e afetivos, um incontável número de mulheres teve que se abster do seu papel de mãe e entregar o filho à adoção. Contudo, a falta de regulamentação desta prática no ordenamento jurídico brasileiro, fazia com que crianças e adolescentes fossem inseridos em situações de extremo risco, nas quais tinham seus direitos e garantias constitucionais violados.

Diante disso, foi promulgada a Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017 (BRASIL, 2017) que incluiu no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o art. 19-A, regulamentando os procedimentos necessários a serem seguidos pelo Estado, pelos genitores e pela sociedade, nas hipóteses em que o fim almejado é a entrega voluntária de crianças à adoção.

Ademais, as normas constitucionais e infraconstitucionais atribuíram ao Ministério Público a competência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, desempenhar o papel de fiscal da lei e agir para a proteção integral das crianças e dos adolescentes. Diante disso, o objetivo do presente artigo foi analisar a importância da atuação do Ministério Público nos casos de entrega voluntária de crianças à adoção.

Para alcançar este objetivo, foi relatado o contexto histórico da entrega de crianças à adoção, desde o surgimento da “roda dos expostos” até a realidade atual brasileira, bem como

*Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Atuou como estagiária na 45ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude no período compreendido entre fevereiro até dezembro de 2021. E-mail: karlamsviana@gmail.com.

foi discutido como o ECA passou a normatizar esta matéria com o advento da Lei n. 13.509/2017. Por fim, foi analisado a atuação do Ministério Público na entrega voluntária de crianças à adoção, abordando não apenas a sua atuação judicial, como também extrajudicial.

A metodologia empregada foi a bibliográfica, por meio da análise de livros, artigos, teses, anais eletrônicos e doutrinas, como também a documental, tendo em vista a utilização de documentos jurídicos, como por exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1998) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990).

Ressalta-se que a importância do presente estudo está fundamentada na necessidade de se estudar como um órgão essencial à justiça como o Ministério Público é capaz de atuar na defesa dos direitos da criança e do adolescente, em casos que, mesmo corriqueiros, pouco se foi discutido e legislado, a exemplo da entrega voluntária de crianças à adoção.

2 A RODA DOS EXPOSTOS: O CONTEXTO HISTÓRICO DA ENTREGA VOLUNTÁRIA DE CRIANÇAS À ADOÇÃO NO BRASIL

Segundo Schach (2015), a “roda dos expostos”, desenvolvida em Roma durante a Idade Média era uma roda de madeira, fixada no muro de um hospital, onde eram depositadas as crianças e, girando a roda, estas eram conduzidas para o interior do aposento, sem que fosse necessário revelar a identidade da pessoa que as abandonaram.

O autor explica que este instrumento foi uma alternativa encontrada por uma irmandade de caridade, em razão de elevado número de bebês que apareciam mortos e abandonados. Assim, órfãos, filhos ilegítimos ou cujos pais não possuíam meios de subsistência suficientes eram prontamente batizados e enviados à uma ama de leite, que os amamentariam e os criariam.

Dessa forma, através do contexto na qual a “roda dos expostos” foi criada, é possível perceber o importante papel que políticas assistencialistas estatais atualmente exercem no bem-estar das famílias e dos infantes. Diante da ausência desse suporte na Idade Média, crianças e adolescentes eram tratadas como objetos, deixadas à própria sorte por familiares que não queriam ou não possuíam condições financeiras de criá-los e educá-los.

Em Londres, durante o ano de 1739, em razão do crescimento exponencial da entrega de bebês, o filantropo Thomas Coran fundou um abrigo para quatrocentas crianças, na qual passaria a abrigar mais de seis mil bebês, trinta anos após a sua criação. Nesse contexto, o crescente número de crianças abandonadas nos hospitais dos expostos europeus causou uma

movimentação por parte do Estado, que buscava soluções para essa nova realidade, ao mesmo tempo que enfrentava dificuldades para alimentar os bebês (SCHACH, 2015).

Assim, começou-se uma movimentação estatal para tentar solucionar o problema da grande quantidade de crianças abandonadas. Contudo, infere-se que, diferente da atual situação, esta preocupação do Estado pouco estava relacionada em assegurar a dignidade dessas crianças e adolescentes, visto que este princípio apenas ganharia uma maior notoriedade com a eclosão das duas grandes guerras mundiais.

No Brasil, esta prática surgiu com a chegada dos europeus, que trouxeram consigo, baseando-se nos moldes medievais, leis de instituições destinadas à proteção das crianças abandonadas. Os meninos órfãos, após serem recebidos na “roda dos expostos”, eram levados à uma ama para que fossem alimentados. Posteriormente, esta os devolvia à Casa dos Expostos, onde ficavam esperando por uma família, que lhes daria alimentação e segurança, assim como lhes ensinariam uma profissão (SCHACH, 2015).

Ramos e Gonçalves (2020) explicam que a rodas brasileiras eram destinadas, principalmente, a entrega de filhos de mulheres escravizadas. Assim, as mães entregavam os filhos por já atuarem como amas-de-leite de outra criança ou para salvar o filho da escravidão, bem como eram entregues pelos “senhores” das mães escravizadas, que não tinham a intenção de se responsabilizar pelos filhos dos seus escravos.

Diante dessa realidade, a partir do final do século XVIII, foram criadas na cidade de Salvador as primeiras instituições destinadas a amparar os meninos expostos, por meio de projetos pedagógicos profissionalizantes: a Casa Pia e o Seminário de São Joaquim. O Irmão Joaquim, fundador do seminário, recolhia os órfãos que vagavam pelas ruas, ensinava-os os fundamentos cristãos, educava-os e os encaminhavam às oficinas para que pudessem aprender uma profissão (SCHACH, 2015).

Outros seminários surgiram nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, com a formação de uma nova mentalidade da assistência social, a filantropia. Destaca-se que muitas dessas instituições foram criadas para também atenderem as meninas órfãs e abandonadas (SCHACH, 2015).

Contudo, Ramos e Gonçalves (2020) enfatizam que, tendo em vista a falta de regulamentação ou sistematização da entrega das crianças e da prestação de serviços de saúde, os expostos estavam sujeitos a constantes acordos entre as esferas públicas e privadas, fazendo com que estas crianças fossem desprovidas de humanidade e de direitos. Logo, mais uma vez as crianças eram tratadas apenas como objetos nas relações jurídicas e não seres humanos pensantes, dotados de sentimentos.

Com o crescimento do número de crianças abandonadas, o governo passou a se dedicar à introdução da prática profissional, com a criação da Casa de Educandos Artífices, em 1855. Esta nova instituição era dedicada não só aos expostos, mas também a classe excluída da sociedade, criando-se setores de aprendizado nos trens de guerra e nas instalações da Marinha, dando ensejo para a criação da Companhia de Aprendizes Marinheiros e das Companhias de Aprendizes do Arsenal de Guerra (SCHACH, 2015).

Na década de 1920, as “rodas dos expostos” foram extintas em todo o Brasil com o Código de Menores de 1927 (BRASIL, 1927), na qual determinava que a entrega deveria ser feita de forma direta. Entre as diversas críticas à “roda dos expostos” estavam a descoberta do alto índice de mortes de crianças atribuídas a amas mercenárias e despreparadas, assim como a necessidade do fortalecimento familiar e da instrução das genitoras (SCHACH, 2015).

Diante disso, o autor explica que a extinção das rodas possibilitou a difusão da ideia de que a família ou a genitora eram essenciais para o desenvolvimento da criança fisicamente, psicologicamente, socialmente e afetivamente. Logo, mostrou-se essencial que a mãe tivesse uma preparação no final da gestação, para se evitar a entrega das crianças.

Dessa forma, percebe-se que não basta a criação de instituições e políticas voltas a acolher crianças abandonadas, se o Estado não tiver um controle minucioso do que levou as genitoras à abandonar os filhos e do tratamento que estas crianças estão tendo após a entrega. Antes e depois da entrega da criança à adoção, mães e filhos precisam de todo o acompanhamento profissional possível, para que seja garantido que o bem-estar e o direito de todos os envolvidos.

Posteriormente, durante o Estado Novo foi promulgado o Decreto-lei n. 2.024, de 17 de fevereiro de 1940 cujo objetivo era fixar “as bases de organização da proteção à maternidade, à infância e à adolescência em todo o País” (BRASIL, 1940, s.p.). Nesse contexto, as genitoras poderiam entregar os filhos, que eram encaminhados às instituições assistenciais, sem se identificar ou assinar qualquer documento, havendo, apenas, a obrigatoriedade do registro de nascimento do infante (RAMOS; GONÇALVES, 2020).

Com a eclosão do regime militar, os direitos das crianças e dos adolescentes passaram por significativo retrocesso, tendo em vista que os menores eram tratados como problema de segurança nacional, cujas ameaças deveriam ser reduzidas ou anuladas. Este período de segregação somente foi superado com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB/1988), momento no qual a expressão estigmatizada “menor” foi substituída por “criança e adolescente” (AMIN, 2019).

Segundo a autora, influenciado por documentos internacionais como Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948; a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959; a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, de 1969, entre outros, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar a proteção integral, com as crianças e adolescentes passando a ser considerados sujeitos de direitos, ou seja, titulares de direitos e garantias fundamentais.

Diante disso, foi promulgada a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), resultado da mobilização de movimentos sociais, de agentes do campo jurídico e de políticas públicas. Logo, o referido estatuto é em um microsistema que regulamenta todas as estruturas essenciais para que seja efetivada a garantia constitucional da ampla tutela da criança e do adolescente (AMIN, 2019).

Contudo, mesmo sendo uma norma inovadora, em um primeiro momento, o ECA se ausentou em regulamentar a entrega voluntária de crianças à adoção e, em contrapartida, qualificou como crime a entrega ou promessa de entrega de filho ou pupilo à terceiro, mediante o recebimento de pagamento ou recompensa (BRASI, 1990). Assim, ao mesmo tempo que o ordenamento jurídico tipificou a entrega de crianças mediante o recebimento de benefício financeiro, este não regulamentou a hipóteses da genitora entregar voluntariamente o filho a adoção, havendo, assim, uma evidente lacuna no ordenamento.

Esta situação jurídica apenas foi normatizada integralmente com a promulgação da Lei n. 13.509/2017, que incluiu no ECA o art. 19-A, regulamentando a entrega voluntária de crianças à adoção.

3 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A ENTREGA VOLUNTÁRIA DE CRIANÇAS À ADOÇÃO

A adoção configura-se a hipótese mais completa de colocação de criança e adolescente em família substituta, tendo em vista ser um ato jurídico complexo, cuja finalidade é tornar alguém como filho, através da criação de um vínculo jurídico excepcional e irrevogável (BORDALLO, 2019a).

O caráter excepcional da adoção está pautado no art. 19, *caput* do ECA, que estabelece o direito de toda criança e adolescente “[...] ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta [...]” (BRASIL, 1990, s.p.). Logo, a adoção somente poderá ser viabilizada após se exaurir as tentativas de reintegração familiar e de manutenção do vínculo afetivo entre o infante a sua família natural ou extensa.

Já o caráter irrevogável, regulamentado pelo art. 39, §1º do ECA, refere-se ao fato de que, da mesma forma que o filho biológico, o filho adotado não poderá ser “devolvido”, devendo-se manter o vínculo de parentesco durante e após a vida (BORDALLO, 2019a). Este artigo encontra seu fundamento no art. 227, §6º da Carta Magna e no art. 20 do ECA, na qual determinam que os filhos adotados e aqueles provenientes da relação de casamento possuem os mesmos direitos e qualificações (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990).

Com isso, percebe-se a aplicação infraconstitucional dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como a visão de que, assim como o Estado, a família é uma instituição democrática, na qual não apenas os pais, mas todos os filhos serão sujeitos de direitos. Logo, as crianças e adolescentes deixaram de ser apenas objetos das relações jurídicas, tendo seus direitos e garantias tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Bordallo (2019a) explica que a família construída através da adoção deverá ser formada por uma verdadeira filiação socioafetiva, baseada no amor e no afeto, o que nem sempre é encontrada na família biológica, visando-se, sempre, o melhor interesse da criança. Assim, para a constituição deste vínculo jurídico, o ECA estabelece uma série de procedimentos e requisitos que devem ser respeitados pelos postulantes à adoção e pelo adotando, como por exemplo a habilitação dos pretendentes à adoção, a inclusão dos pretendentes e do adotando no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e a revogação do vínculo jurídico entre os infantes e seus genitores.

Diante desse cenário, a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 incluiu no ECA o parágrafo único do art. 13, na qual determina a necessidade da genitora que deseja entregar o filho à adoção ser encaminhada à Vara da Infância e Juventude (BRASIL, 1990). Digiácomo e Digiácomo (2020) explicam que o objetivo da inclusão desta norma foi evitar a prática da “adoção à brasileira”, adoção *intuitu personae* e da entrega do filho mediante paga ou promessa de recompensa, o que se configura crime segundo o art. 238 do ECA.

Os autores elucidam que, ao serem encaminhadas para a Justiça da Infância e Juventude, as genitoras deverão receber orientação psicológica e jurídica, com o objetivo de indicar o possível genitor, averiguar as condições da permanência do infante na família de origem e, caso não seja possível esta reintegração, para que possam ser encaminhadas para adoção legal, quando poderão ser adotados por casais ou pessoas que estejam regularmente inscritos no CNA.

Kusano (2006) explica que na “adoção à brasileira” os pais biológicos ou os pais adotivos registram a criança como se fosse filha destes últimos, o que não se configura uma espécie de adoção, sendo tipificado como crime, conforme o art. 242 do Código Penal (BRASIL, 1940). Em contrapartida, segundo a autora, na adoção *intuitu personae* a mãe ou

ambos os genitores selecionam, previamente, a pessoa para quem desejam que seja concedida a adoção do filho.

Ressalta-se que, por mais que seja uma prática cada vez mais aceita por parte da doutrina e da jurisprudência, a adoção *intuitu personae* deverá ser utilizada de forma excepcional, respeitando os requisitos presentes no art. 50, §13, inciso, III do ECA, assim como o devido processo legal. A excepcionalidade desta modalidade de adoção está fundamentada na necessidade de se respeitar à ordem dos cadastros municipais, regionais e nacionais de adoção.

O supracitado texto de lei foi alterado pela Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016, incluindo a expressão “sem constrangimento” (BRASIL, 2019, s.p.), tendo em vista a necessidade de se esclarecer que a mãe não deverá sofrer qualquer tipo de preconceito ou censura por entregar seu filho à adoção (COSTA, 2018). Posteriormente, foi promulgada a Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017, que regulamentou de forma mais específica a entrega voluntária, por meio da inclusão do art. 19-A do ECA.

Assim, o art. 19-A, §1º dispõe, expressamente, sobre a necessidade da mãe ser ouvida por equipe multidisciplinar da Justiça de Infância e Juventude (BRASIL, 1990). Costa (2018) esclarece que o objetivo desta oitiva é identificar a motivação da entrega e a influência do estado gestacional ou puerperal nesta escolha, bem como informar à genitora sobre as consequências da entrega do filho à adoção. Além disso, Digiácomo e Digiácomo (2020) acrescentam a possibilidade de se investigar se a genitora está sofrendo coação ou persuasão externa capaz de viciar sua manifestação de vontade.

Após a confecção de relatório pela equipe técnica da Vara, a mãe ou gestante será encaminhada para a rede pública de saúde e assistência social, se assim concordar (BRASIL, 1990). Com isso, poderá ser conduzida para postos de saúde, com a finalidade de realizar o pré-natal e exames, e para o Centro de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS) e para o Conselho Tutelar. O objetivo do encaminhamento da genitora para os referidos órgãos assistenciais é identificar o seu contexto familiar, assim como realizar o acompanhamento da gestação, por meio do devido apoio socioassistencial (COSTA, 2018).

Objetivando-se a manutenção de vínculos de afinidade e afetividade, o §3º estabelece a necessidade de se realizar busca por família extensa, durante o prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período (BRASIL, 1990). Digiácomo e Digiácomo (2020) enfatiza a existência de um equívoco na redação do texto legal, visto que esta busca é dever não apenas da Vara da Infância e da Juventude, mas de um esforço coletivo de todos os órgãos que atuam na efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes.

No entanto, Costa (2018) considera a possibilidade desta busca efetiva provocar a desistência da genitora de entregar o filho formalmente à adoção, optando pela entrega *intuito personae* ou pelo abandono após o nascimento. Esta indagação foi levantada pelo fato de que muitas mães e gestantes estão fragilizadas por já terem sido rejeitadas pela família e/ou pelo pai biológico do filho e, com a busca por esta família extensa, afloraria o medo de serem responsabilizadas por sua atitude.

Diante disso, a autora pondera o direito da genitora ao sigilo da entrega com o direito à convivência familiar da criança. Logo, a busca deveria ser feita apenas através de parentes que possuem relação de afinidade e afetividade com a genitora e com o filho, assim como este direito a convivência familiar poderia ser exercida não só pela família natural e extensa, como também pela família substituta, por meio da guarda e da adoção.

O art. 19-A, §4º do ECA dispõe que, mediante a ausência da indicação do genitor e da inexistência de membro da família extensa capaz de cuidar do infante, a autoridade judiciária determinará a extinção do poder familiar e concederá a guarda provisória a quem estiver apto a adotá-lo ou a instituição de acolhimento familiar ou institucional. Ademais, após o nascimento da criança, a vontade da mãe, ou de ambos os genitores, deverá ser ratificada em audiência (BRASIL, 1990).

Na hipótese de desistência da entrega legal, o §8º determina que esta deve ser manifestada em audiência ou perante a equipe multidisciplinar da Vara da Infância e Juventude, assim como o art. 166, §5º do ECA estabelece o direito de arrependimento no prazo de 10 (dez) dias, contados da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar. Em ambos os casos, deve-se realizar o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias (BRASIL, 1990). Sobre o assunto, Costa (2018, p. 40) explica que

Este acompanhamento familiar é de suma importância, pois, deve-se averiguar a estabilidade emocional e psicológica dos pais, uma vez que já optaram pela desistência da criança. Busca-se evitar, ainda, a ocorrência de um possível tráfico de menores, abandono posterior, maus tratos e, até mesmo, adoção *intuito personae*.

Além disso, segundo Digiácomo e Digiácomo (2020), o acompanhamento familiar disposto em lei também deve ser realizado por programas comunitários de orientação, apoio e promoção social, conforme determina o art. 129, inciso I e IV do ECA. Este acompanhamento irá possibilitar que a reintegração da criança e do adolescente à sua família de origem ocorra de forma saudável, devendo ser realizado novo estudo social pela equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude ao final dos 180 (cento e oitenta) dias.

Os autores também destacam que o direito de sigilo sobre o nascimento, presente no §9º, por ser um direito inerente à mãe, deve ser analisado com cautela, pois não poderá atingir o direito do infante de conhecer a origem biológica, baseando-se no princípio fundamental da convivência familiar e da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1990). Com isso, conclui-se a genitora poderá manter o sigilo da entrega, mas este não poderá ser empecilho para criança ou o adolescente, no futuro, conhecer sua origem biológica.

4 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ENTREGA VOLUNTÁRIA DE CRIANÇAS À ADOÇÃO

O art. 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) determina como função precípua do Ministério Público “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, s. p.). Além disso, o art. 227, *caput*, também da CRFB/1988, regulamenta que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, s.p.).

Dessa forma, é possível aferir que os direitos e garantias estabelecidos à criança e ao adolescente pela Carta Magna constituem-se direitos individuais indisponíveis, nas quais devem ser protegidos pelo Ministério Público. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) destinou o Capítulo V para regulamentar, exclusivamente, a atuação desta instituição na tutela dos direitos da criança e do adolescente.

Assim, esta instituição possui um importante papel nos casos de entrega voluntária de crianças à adoção, tendo em vista que é um dos legitimados para propor a Ação de Extinção do Poder Familiar, conforme determina o art. 155, *caput*, do ECA (BRASIL, 1990, s.p.): “O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse”. Além disso, o art. 201 do ECA (BRASIL, 1990, s.p.) determina que compete ao Ministério Público:

[...]

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;

[...]

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;
[...]

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 636), o poder familiar consiste em um “[...] plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes [...]”. Logo, é *múnus* público¹ irrenunciável, indisponível, inalienável e incompatível com a transação, salvos nos casos de entrega voluntária do filho à adoção (MACIEL, 2019).

Nesse sentido, os genitores poderão ser suspensos ou destituídos do seu poder familiar, caso se constate qualquer ato atentatório aos direitos dos filhos, devendo as referidas sanções serem decretadas por sentença, em procedimento judicial próprio. Ressalta-se que a diferença entre a suspensão e a destituição do poder familiar refere-se as causas que a motivaram e nos seus efeitos, assim, enquanto a primeira é provisória, a segunda é definitiva e irrevogável (MARCIEL, 2019).

No entanto, diferente da suspensão e da destituição do poder familiar, que se configuram sanções aos pais, no caso da entrega voluntária do filho à adoção, os genitores terão o seu poder familiar extinto por meio da manifestação de vontade (MARCIEL, 2019). Esta necessidade extinção do poder familiar fundamenta-se no fato de que, para a colocação do infante em família substituta na modalidade adoção, é necessário ser afastada a autoridade parental da família natural, transferindo-se este poder familiar para os adotantes.

Marciel (2019) explica que a anuência dos pais biológicos para a adoção do infante apenas terá efeito desconstitutivo da filiação de origem por meio de decisão judicial, ou seja, a extinção do poder familiar não extingue a parentalidade biológica, sendo esta extinta apenas com a sentença judicial transitada em julgado da ação de adoção. Isto ocorre pelo fato de que a criança não poderá ficar completamente destituída deste poder no intervalo entre a sentença judicial que extingue o poder familiar e a sentença que defere sua adoção.

Em razão do seu caráter voluntário, em oposição ao caráter contencioso da suspensão e da destituição do poder familiar, a extinção do poder familiar pela entrega voluntária do filho à adoção é mais célere do que o procedimento aplicável para a Ação de Destituição do Poder Familiar, regulamentado pelos arts. 155 a 163 do ECA.

¹ “A palavra *múnus* tem origem no latim e significa dever, obrigação, etc. O *múnus* público é uma obrigação imposta por lei, em atendimento ao poder público, que beneficia a coletividade e não pode ser recusado, exceto nos casos previstos em lei.” (TJDFT, 2016, s.p.)

Diante disso, após a fase extrajudicial, na qual a genitora é ouvida pela equipe multidisciplinar do Juízo da Infância e Juventude e manifesta sua vontade na entrega do filho à adoção, sem a indicação de qualquer familiar apto para cuidar da criança (art. 19-A, caput, §§1º a 3º do ECA), o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado, deverá propor a Ação de Extinção do Poder Familiar (art. 19-A, §4º do ECA) (BRASIL, 1990).

Instaurado o processo, os genitores deverão ser citados para manifestarem sua concordância com a entrega da criança para adoção (art. 19-A, §5º c/c 166, §1º, I, ambos do ECA). Assim, após a referida concordância, a autoridade judiciária deverá declarar extinto o poder familiar dos genitores, colocando a infante sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-lo ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional (art. 19-A, §4º, do ECA) (BRASIL, 1990).

Por meio da análise dos procedimentos estabelecidos pela ECA, percebe-se a importância de se educar as genitoras sobre a existência e os benefícios a entrega voluntária em comparação à entrega *intuito personae*. Nesta modalidade de adoção, há um enorme risco das crianças serem criadas por pessoas despreparadas, não havendo uma garantia de que os adotados poderão conhecer sua origem biológica, além da possibilidade do tráfico de crianças, tão em voga atualmente (COSTA, 2018).

Nesse contexto, o Ministério Público também é legitimado para propor a suspensão do poder familiar descrito no art. 19-A, §6º do ECA. Segundo este parágrafo, caso não compareça à audiência o genitor ou qualquer membro apto da família extensa, o juiz deverá suspender o poder familiar da genitora e colocar a criança em família habilitada para adotá-la.

Além da função de legitimado para propor as Ações de Extinção e de Suspensão do Poder Familiar, o Ministério Público também atua na entrega voluntária de crianças à adoção, exercendo sua função de fiscal da lei. Nesse sentido, determina o art. 178 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, s.p.):

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

[...]

II - interesse de incapaz;

[...]

Dessa forma, o Ministério Público irá atuar como defensor dos direitos das crianças e dos adolescentes consagrados pela Constituição Federal, pelo Código Civil, pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes e por toda e qualquer norma que tutele os direitos dos incapazes. De

acordo com o art. 204 do ECA, a ausência da manifestação da referida instituição é causa ensejadora de nulidade do processo (BRASIL, 1990).

Logo, o Ministério Público poderá atuar caso a genitora, imotivadamente, se recuse a realizar pré-natal ou exames, se esta negativa gerar prejuízos ao filho ou ao nascituro (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2020). Estes encaminhamentos para atendimento médico estão dispostos no §2º do art. 19-A (BRASIL, 1990), entretanto, a intervenção ministerial configura-se uma atuação excepcional, em razão da faculdade imposta pela lei da genitora concordar ou não com estes encaminhamentos após a realização do estudo social pela equipe técnica.

Ressalta-se, ainda, que o §8º do ECA estabelece que, nos casos de desistência da entrega da criança à adoção, a família será acompanhada pela Justiça da Infância e Juventude, bem como pelos órgãos assistenciais, a exemplo do CREAS e dos Conselhos Tutelares, por 180 (cento e oitenta) dias. Contudo, caso evidenciado o desrespeito aos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, o Ministério Público é parte legítima para requerer o afastamento do infante do convívio familiar, por meio do ajuizamento de Medida Protetiva de acolhimento institucional ou de acolhimento familiar, conforme determina o art. 101, §2º do ECA (BRASIL, 1990).

Digiácomo e Digiácomo (2020) acrescentam que a necessidade do ajuizamento de um procedimento judicial contencioso pelo Ministério Público ou por qualquer outro interessado, tem como objetivo evitar o afastamento dos infantes de suas famílias por meio de simples decisões administrativas pelos Conselhos Tutelares. Logo, neste processo deverá conter a acusação formal que justifique a tomada desta decisão extrema, proporcionando para que os genitores exerçam os seus direitos ao contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal.

Além disso, o Ministério Público também atua extrajudicialmente na entrega voluntária, tendo em vista que cabe a ele realizar a fiscalização das entidades de acolhimento, em que as crianças, cujo poder familiar for extinto irão ficar, aguardam serem adotadas. Nesse sentido, dispõe o art. 1º da Resolução n. 71 do Conselho Nacional do Ministério Público: “O membro do Ministério Público com atribuição em matéria de infância e juventude não-infracional deve inspecionar pessoalmente os serviços de acolhimento institucional e programas de acolhimento familiar sob sua responsabilidade” (BRASIL, 2011).

Bordallo (2019b) explica que a finalidade destas inspeções é averiguar se as instituições de acolhimento estão cumprindo o disposto no ECA, verificar as condições físicas do local, os alimentos destinados aos abrigados, examinar as pastas que contém a documentação dos acolhidos, assim como composição da equipe técnica, dos educadores e dos demais funcionários do abrigo. Ressalta-se que o Promotor de Justiça deverá ser acompanhado por uma

equipe técnica durante as inspeções, além de ser importante o seu contato com as crianças e adolescentes acolhidos, para que possam ser ouvidos e terem suas demandas atendidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A entrega voluntária de crianças à adoção é uma prática que se protraí no tempo, segundo a qual a genitora se abstém voluntariamente do seu papel de mãe, entregando o filho à adoção. Um dos exemplos mais emblemáticos desta experiência foi a criação da “roda dos expostos”, com o objetivo de ocultar a pessoa que abandonava o infante.

No Brasil, esta prática chegou juntamente com os portugueses e perdurou até a década de 1920 retirando diversas crianças da rua, mas também privando-os de humanidade e de direitos. A entrega voluntária de crianças à adoção somente foi integralmente normatizada com a promulgação da Lei n. 13.509/2017, que incluiu no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o art. 19-A, estabelecendo normas e um procedimento próprio a ser adotado pela justiça.

Por meio da análise do instituto da entrega voluntária de crianças à adoção, percebe-se que a inovação legal trazida pela supracitada lei estabeleceu consideráveis avanços na tutela dos direitos assegurados pela CRFB/88 e pelo ECA. Ao se estabelecer um procedimento próprio, o legislador garantiu uma maior segurança jurídica à entrega voluntária, visto que a genitora e a criança terão a oportunidade de serem devidamente acompanhados por profissionais habilitados, sendo a mãe informada de todas as consequências que sua atitude poderá causar.

Além disso, a genitora terá certeza de que ao entregar o filho à adoção, este passará a fazer parte de uma família devidamente qualificada para lhe receber, dando todo o suporte e afeto necessários ao seu desenvolvimento. Dessa forma, a entrega voluntária dos filhos à adoção traz mais benefícios à genitora e ao infante, se comparada à entrega *intuito personae*.

Com relação à atuação do Ministério Público nos casos de entrega voluntária, constatou-se que ele tem um ativo papel ao ser um dos legitimados a propor a Ação de Extinção do Poder Familiar, segundo a qual será formalizada a entrega da criança ou adolescente à pessoa ou casal aptos à adotá-la, bem como seu encaminhamento para instituição de acolhimento institucional ou familiar, para que possam aguardar serem inseridos em uma nova família.

Além disso, o Ministério Público possui o dever de atuar nas causas que versem sobre os direitos das crianças e do adolescente, atuando como fiscal da lei. Outra importante intervenção que esta instituição exerce consiste na fiscalização das entidades de acolhimento, para onde as crianças e adolescentes, cujo poder familiar foi extinto, poderão aguardar serem adotados. Por meio desta atuação extrajudicial, a instituição ministerial garante que as crianças

e adolescentes, enquanto encontram-se acolhidas, terão uma vida digna, com todos os seus direitos assegurados.

Portanto, conclui-se que o Ministério Público desempenha os mais variados e importantes papéis nos casos de entrega voluntária de crianças à adoção. Com a atuação desta instituição em diferentes fases desta entrega, o Poder Público efetiva a certeza de que todos os direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do adolescente serão respeitados.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.); CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (rev. jur.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 71, de 15 de junho de 2011**. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público na defesa do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e dá outras providências. Brasília: Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, 15 jul. 2011. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-0711.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.024, de 17 de fevereiro de 1940**. Fixa as bases da organização da proteção à maternidade, à infância e à adolescência em todo o País. Rio de Janeiro: Presidência da República, 23 fev. 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2024-17-fevereiro-1940-411934-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 03 jan. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Rio de Janeiro: Presidência da República, 12 out. 1927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília: Presidência da República, 9 mar. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília: Presidência da República, 23 fev. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BORDALLO. Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.); CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (rev. jur.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019a.

BORDALLHO. Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.); CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (rev. jur.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019b.

COSTA, Anna Gabriella Pinto da. A entrega consciente de crianças para a adoção legal à luz do estatuto da criança e do adolescente. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, ano 10, n. 1, p. 27-44, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/10/2-ARTIGO-ED-3.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. 8. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção Intuitu Personae**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2006. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp009295.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.); CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (rev. jur.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, Ana Lucia; GONÇALVES, Renata. Entrega Voluntária em adoção sob a perspectiva de cor/raça. In: Simpósio Gênero e Políticas Públicas. 6., 2020, Londrina. **Anais eletrônicos** [...], Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2020. Disponível em: <http://anais.uel.br/portal/index.php/SGPP/article/view/989/939>. Acesso em: 16 out. 2021.

SCHACH, Vanderlei Alberto. Roda dos Expostos: do abandono social histórico à vulnerabilidade afetiva de crianças na atualidade. **Revista Batista Pioneira**, v. 4, n.1, jun. 2015. Disponível em: <http://revista.batistapioneira.edu.br/index.php/rbp/article/view/85>. Acesso em: 16 out. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDF. **Múnus Público**, 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/munus-publico>. Acesso em: 19 out. 2021.

A garantia de acesso à justiça na legislação brasileira e a efetividade da tutela jurisdicional aos surdos



INGRID EMMILY PONTES CARVALHO

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Legale.

A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo dos dispositivos legais que garantem o direito de acesso à justiça e a efetividade da prestação dessa tutela pelo poder judiciário no que tange aos surdos. O direito de acesso à justiça, apesar de ser abordado por várias normas no ordenamento jurídico brasileiro, ainda carece de efetivação plena. Em relação aos surdos, esse óbice se dá principalmente em razão da barreira comunicacional existente entre surdos e ouvintes, haja vista que a língua principal dos surdos não é a língua portuguesa, mas sim a língua brasileira de sinais. Desse modo, os surdos enfrentam dificuldades de acessibilidade aos serviços do judiciário, sendo necessária uma maior preparação para o atendimento desses indivíduos. A metodologia utilizada na construção do presente estudo apoderou-se de uma abordagem qualitativa, com revisão sistemática da literatura, centralizada na análise de normas jurídicas, doutrinas, artigos científicos e periódicos relacionados à problemática apresentada. Após análise bibliográfica, restou clara a importância de adaptação e capacitação do judiciário para atendimento das pessoas surdas, a fim de proporcionar o acesso à justiça e, por conseguinte, a oportunidade dos surdos de pleitearem os demais direitos presentes na legislação constitucional e infraconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Inclusão. Surdez.

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental de acesso à justiça é garantido pela Constituição Federal de 1988, devendo ser concretizado à luz do princípio da igualdade. Para terem acesso pleno a esse direito, as pessoas surdas necessitam de um tratamento diferenciado no que tange à comunicação. Para tanto, a utilização da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) é fundamental, sendo a comunicação possibilitada através do conhecimento dessa língua e da valorização de intérpretes e tradutores no âmbito do Poder Judiciário.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o comportamento do judiciário com relação à pessoa surda, para, ao final, obter respostas, se há ou não a verdadeira possibilidade do acesso do surdo à justiça, ou se é uma garantia meramente formal.

Para atingir seu objetivo, o trabalho será dividido em dois tópicos. O primeiro deles irá abordar as principais leis que buscam conferir um tratamento isonômico aos surdos no Brasil, com enfoque nos princípios da dignidade humana e da isonomia. O segundo abordará especificamente as normas e os princípios referentes à garantia de acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro e a efetividade da tutela jurisdicional aos surdos.

2 A EVOLUÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A dignidade da pessoa humana, centro axiológico da República Federativa do Brasil, prevista na própria Constituição Federal, busca salvaguardar os direitos fundamentais e garantir uma existência digna a todas as pessoas. Na mesma esteira, tem-se o princípio da isonomia, com papel extremamente relevante para conferir a devida proteção aos direitos fundamentais. Tal princípio pugna pelo tratamento justo e igualitário a todos os cidadãos, de maneira que eles tenham não somente o direito de viver, mas o de possuírem uma vida digna, a despeito das diferenças existentes entre si.

Deste modo, o próprio ordenamento jurídico reconhece que há pessoas em condição de vulnerabilidade, de desvantagem em relação às demais, as quais necessitam de igualdade de oportunidades, a fim de que sejam efetivamente incluídas na comunidade, participando de maneira plena e efetiva da vida social.

Nesse sentido, conforme Araújo e Maia (2017), a própria Constituição confirmou que alguns grupos merecem um tratamento diferenciado, reconhecendo uma dificuldade de inclusão que deveria ser compensada. Desse modo, estabeleceu algumas medidas com o intuito de compensar as desigualdades existentes. Esse é o caso do grupo das pessoas com deficiência.

Ou seja, o próprio legislador constituinte cuidou de conferir destaque a algumas pessoas, que se encontravam em condição de vulnerabilidade, de exclusão, para que fossem tomadas as providências necessárias no sentido de equilibrar as relações sociais, diminuindo as desigualdades ora existentes.

Sobrelevando sua importância, Rocha (1990, p.118 apud TORRES, 2012, p.7) afirma que a igualdade constitucional é “mais que uma expressão de direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”.

A título de exemplificação da aplicação deste princípio, pode ser citada a situação das pessoas com deficiência perante o ordenamento jurídico brasileiro. Elas possuem, além dos direitos fundamentais garantidos a todos os cidadãos, outros direitos e garantias específicos, os quais foram positivados com o fim de alcançar um equilíbrio social, de forma a atenuar as desigualdades sociais e superar as diferenças, alcançando a inclusão social.

Discorrendo especificamente a respeito da pessoa com deficiência, tem-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que em seu artigo 2º assim dispõe:

Considera-se deficiência toda restrição física, intelectual ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, dificultando sua inclusão social, enquadrada em uma das seguintes categorias. (BRASIL, 2015, art. 2º)

O referido Estatuto constitui-se como um enorme passo em direção a um futuro mais inclusivo, pois foi concebido sob valores sociais e humanitários (MELLO, 2017), marcando o surgimento de novas oportunidades às pessoas com deficiências, as quais, durante muito tempo, foram consideradas inválidas.

As pessoas com deficiência possuem diversas outras leis no sentido de garantir a plena efetivação de seus direitos. A seguir, passa-se à análise das normas do ordenamento jurídico brasileiro que buscam garantir a isonomia à comunidade surda.

A priori, cumpre salientar a diferença entre os termos “surdo” e “deficiente auditivo”. Segundo Bisol e Valentini (2011 apud SILVA, 2019), existem duas maneiras de analisar esses termos, sendo que uma delas aponta os dois como sinônimos, que indicam algum grau de perda auditiva. A outra forma, por sua vez, considera que a principal diferença é que o indivíduo surdo é aquele que faz uso da língua brasileira de sinais, valorizando sua cultura através de uma pedagogia própria.

Pela segunda linha de raciocínio, a surdez é caracterizada muito mais por uma diferença linguística do que orgânica (DUARTE *et al.*, 2013). Assim, a palavra “surdo” não se limita a definir pessoas que não possuem capacidade auditiva, relacionando-se mais ainda a toda uma estrutura linguística e cultural.

Por outro lado, os chamados “deficientes auditivos” são aqueles que têm perda auditiva em algum grau, mas não se identificam com a cultura e a comunidade surda e não utilizam a língua de sinais como forma de comunicação própria.

2.1 A evolução das garantias conferidas à população Surda na legislação brasileira

A Constituição de 1988 já apontava para a garantia de diversos direitos à população surda. A partir desse destaque conferido pela Carta Magna, diversas normas foram sofrendo adaptações ao longo dos anos, adaptações estas que, embora à época parecessem insignificantes, foram ganhando forças para, juntas, atingirem as conquistas ora alcançadas.

A própria concepção de Surdez foi positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa concepção legal se encontra na Lei nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, que dispõe que “considera-se pessoa surda aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o

mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais – Libras” (BRASIL, 2005, Art. 1º).

Assim, como se observa, o legislador, ao definir o conceito de surdez, não se limitou a uma questão puramente biológica, abrangendo também questões culturais, comportamentais e linguísticas, enfatizando a utilização da LIBRAS como fator característico da população surda e forma de comunicação principal entre estes indivíduos.

Com o passar dos anos, o Brasil foi evoluindo em termos de legislação sobre o tema, estabelecendo diversas proteções no que tange aos direitos dos surdos, de modo que diversas normas surgiram com fito de garantir esses direitos.

A primeira normativa em apreço se trata da Lei nº 8.160, de 08 de janeiro de 1991, que determinou ser obrigatória a colocação, de forma visível, do "Símbolo Internacional de Surdez" nos locais que possibilitem o acesso, a circulação e a utilização por essas pessoas (BRASIL, 1991).

A garantia trazida por essa Lei foi de extrema importância, tendo em vista que o uso do símbolo de surdez permite que os surdos identifiquem os locais que estão aptos para recebê-los, facilitando e melhorando seu acesso aos mais diversos locais e serviços, configurando-se como um importante passo à acessibilidade da comunidade surda.

Outra lei de grande destaque surgiu no governo de Fernando Henrique Cardoso, nove anos após a lei supracitada, e também se refere à acessibilidade; trata-se da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece, dentre outras diretrizes, que é dever do Poder Público impulsionar a eliminação das barreiras de comunicação, estabelecendo mecanismos para tornar acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, garantindo-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao lazer, dentre outros (BRASIL, 2000).

Essas barreiras de comunicação configuram-se como principal empecilho para que o atendimento às pessoas surdas seja feito com segurança e qualidade. Para que haja um atendimento equitativo, é necessária uma preparação dos profissionais e organização para melhor atendê-los, com a utilização do recurso de comunicação mais adequado (HOLDORF; ROBINSON, 2020).

Assim, a determinação de que o Poder Público busque eliminar essas barreiras demonstra a importância do uso da comunicação adequada, a fim de oportunizar aos surdos uma maior acessibilidade, garantindo-lhes uma igualdade material e o acesso aos direitos previstos na própria legislação, tais como os direitos ao trabalho, à informação e à educação.

Essa lei oportunizou, ainda, o surgimento da chamada “Lei de LIBRAS” (Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002), que reconheceu a LIBRAS como primeira língua da comunidade surda.

Sobre a Lei de Libras, Duarte *et al.* (2013, p.1728) asseveram que sua aprovação “garante o acesso e o ensino de Libras, a formação de instrutores e intérpretes e a presença de intérpretes nos locais públicos. O impacto dessa acessibilidade conduz a inserção da Libras para além das relações cotidianas entre as pessoas surdas e as ouvintes”.

Dessa forma, esse dispositivo legal trouxe um destaque especial à Língua de Brasileira de Sinais, dando enfoque ao exercício da profissão dos intérpretes e instrutores, sendo considerado um marco histórico para a comunidade surda e uma das mais importantes leis de garantia aos surdos à inclusão e à interação com a comunidade ouvinte.

Ela ratificou o entendimento de que a LIBRAS não se trata de mímicas, de gestos aleatórios, nem mesmo de uma linguagem, mas sim de uma língua, um idioma, com sua própria estrutura gramatical, assim como a língua portuguesa, não sendo uma derivante desta, uma vez que possui organização autônoma (DUARTE *et al.*, 2013).

Contudo, apesar de sua grande relevância para a comunidade surda, a referida Lei deixou de tratar sobre alguns assuntos específicos, como por exemplo, a formação do professor e do intérprete e tradutor de Libras - Língua Portuguesa.

Para superar essa lacuna, foi publicado o Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, o qual, conforme Zych (2008, p.117), “institui a LIBRAS, como paradigma educacional da pessoa surda, universalmente reconhecida como imprescindível à evolução integral de seus construtos socioculturais”.

Dentre outras disposições, o referido Decreto versou sobre a formação do professor e do intérprete e tradutor, bem como instituiu a Libras como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação para a docência em diferentes níveis, em todos os cursos de licenciatura, no curso de Fonoaudiologia, e, como disciplina curricular optativa, nos demais cursos de educação superior, como também na formação profissional.

Além do mais, este mesmo Decreto estabeleceu o prazo de um ano (contado a partir da publicação do mesmo), para que as empresas concessionárias de serviços públicos e os órgãos da administração pública federal, direta e indireta, se adaptassem a essa nova diretriz, garantindo um tratamento diferenciado às pessoas surdas, estatuinto que tais instituições devem dispor de, pelo menos, cinco por cento de servidores, funcionários e empregados capacitados para o uso e interpretação da Libras.

De acordo com Zych (2008, p. 120), o referido Decreto

(...) constrói novas oportunidades para que o surdo possa integrar-se à luta pelo seu próprio desenvolvimento e pela valorização de sua condição sociocultural. Abre-se, portanto, um importante eixo de comunicação, com espaço para que a comunidade surda possa, além de explicitar seus talentos, agregar novos valores à própria existência, sob a construção da nova paradigmaticidade, considerando as representações sociais que se estabelecem.

Desse modo, sua relevância se deu em razão de expandir os horizontes das pessoas surdas, ampliando a utilização da LIBRAS por profissionais de diversas áreas, possibilitando-as a adentrar espaços que antes eram de difícil acesso.

Outro significativo avanço no ordenamento jurídico brasileiro foi a aprovação do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008.

Seu principal propósito é promover às pessoas com deficiência seus direitos humanos e liberdades fundamentais, sem qualquer discriminação, visando à igualdade. Ela deixa claro que é um compromisso de todos respeitar os direitos desses indivíduos (GUEDES, 2012). Ela foi recepcionada no Brasil com caráter de emenda constitucional.

Em razão disso, o Conselho Nacional de Justiça formulou uma Recomendação aos Tribunais: a Recomendação nº 27, de 16 de dezembro de 2009. Através dela foi realizado o reconhecimento da acessibilidade na Convenção como um princípio e também como direito (BRASIL, 2009).

No que se refere à promoção da acessibilidade aos surdos, a referida recomendação, dispõe, dentre outras diretrizes, sobre as seguintes medidas a serem adotadas:

[...] d) habilitação de servidores em cursos oficiais de Linguagem Brasileira de Sinais, custeados pela Administração, formados por professores oriundos de instituições oficialmente reconhecidas no ensino de Linguagem Brasileira de Sinais para ministrar os cursos internos, a fim de assegurar que as secretarias e cartórios das Varas e Tribunais disponibilizem pessoal capacitado a atender surdos, prestando-lhes informações em Linguagem Brasileira de Sinais; e) nomeação de tradutor e intérprete de Linguagem Brasileira de Sinais, sempre que figurar no processo pessoa com deficiência auditiva, escolhido dentre aqueles devidamente habilitados e aprovados em curso oficial de tradução e interpretação de Linguagem Brasileira de Sinais ou detentores do certificado de proficiência em Linguagem Brasileira de Sinais - PROLIBRAS, nos termos do art. 19º, do Decreto nº 5.626/2005, o qual deverá prestar compromisso e, em qualquer hipótese, será custeado pela administração dos órgãos do Judiciário. (BRASIL, 2009, n.p.)

Ademais, cabe enfatizar novamente a já mencionada Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que regulamentou os parâmetros da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

consolidando-se como um grande passo na emancipação política da comunidade surda, tendo em vista que garantiu a comunicação, a informação e a educação por meio da Língua Brasileira de Sinais (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, merece destaque também a Lei nº 14.191, sancionada em agosto de 2021, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, inserindo a educação bilíngue de surdos como modalidade de ensino independente (a qual anteriormente fazia parte da educação especial). A educação bilíngue é aquela que utiliza a Língua Brasileira de Sinais como primeira língua, e o português escrito como segunda língua (BRASIL, 2021).

Seu texto demonstra uma preocupação em reafirmar a identidade surda, consolidando as conquistas já alcançadas, mormente no que tange à educação, oferecendo ensino de qualidade aos surdos, com acesso a um aprendizado técnico e científico.

O que tem se buscado por meio desses dispositivos legais é possibilitar que os surdos tenham acessibilidade plena aos mesmos direitos e garantias oferecidos aos demais cidadãos, e ainda outros, de forma a equilibrar a relações sociais, conquistando uma igualdade que não se limite ao plano formal, mas que alcance também, e principalmente, a esfera material.

Isso pode ser constatado no próprio preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), que dispõe que é necessário reconhecer a importância da acessibilidade para que essas pessoas tenham acesso aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Contudo, ainda há muito que se fazer por parte do Poder Público, a fim de superar as dificuldades ainda existentes na sociedade, como por exemplo, a capacitação do judiciário para o atendimento de pessoas com surdez, de forma a dissipar as barreiras existentes quanto ao acesso dessas pessoas à justiça.

De acordo com Hora e Oliveira (2018, p. 13), as “instituições não cumprem a legislação, mantendo barreiras, impedindo o acesso pleno pelas pessoas Surdas aos serviços que necessitam, limitando mais sua emancipação política”.

Importante sobrelevar que o acesso pleno à justiça configura-se como ponto de partida para que essas pessoas possam pleitear todos os demais direitos garantidos no ordenamento jurídico, como se verá adiante.

A respeito da dificuldade de acesso à justiça pelas pessoas surdas, Fonseca (2010, n.p.) reforça:

Aos surdos aplica-se, é claro, o artigo 5º da Constituição em todas as suas nuances, mas na medida em que se lhes negue o acesso à Jurisdição por meio da Libras, não se lhes garante um Juiz que seguramente conheça a demanda ou que seguramente entenda a sua defesa, sequer o contraditório e a ampla defesa por falta de comunicação entre o surdo e o seu advogado, muito menos uma atuação coerente do

Ministério Público incapaz de ir em direção às demandas da comunidade surda brasileira a fim de defendê-la, quando necessário for.

Assim, para que essa garantia seja efetivada, não é suficiente a positivação de direitos, devendo ser oportunizada aos surdos a comunicação através de sua língua materna.

Conforme apontam Mendonça e Ebaid (2017, p. 55):

A efetivação do acesso à justiça pressupõe, antes de qualquer coisa, a construção de uma cidadania que tenha, como base, o reconhecimento de que toda e qualquer pessoa (sobretudo as que pertencem a grupos minoritários) é detentora do direito de ter acesso à justiça, direito esse que jamais pode ser fraudado pela omissão do Poder Público, já que se trata de direito fundamental, sem o qual se torna impossível a concretização dos demais direitos.

É mister que, além da existência dessas normas, sejam fornecidos, através de uma atuação positiva do Estado, meios que assegurem a proteção e a reivindicação desses direitos perante o sistema judiciário como um todo, por todos os indivíduos, sem distinções sociais, raciais, físicas ou econômicas.

3 A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL AOS SURDOS

O conceito de acesso à justiça não pode ser expresso com precisão. Contudo, essa expressão já incorporou o esboço dos direitos sociais básicos da sociedade moderna, na qual se objetiva alcançar a igualdade. Assim, para que se efetive esse direito, o Estado tem de ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

No Brasil, o direito fundamental de acesso à justiça encontra previsão na Constituição Federal, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, art. 5º, XXXV).

Essa garantia fundamental dá lugar ao direito de ação. Porém, esse dispositivo abrange muito mais do que o simples ingresso a juízo ou o acesso formal ao Judiciário, “significa o acesso a uma ordem jurídica justa, dotada de valores e de direitos fundamentais” (GALANTE, 2015, p. 21).

Além dos meios processuais adequados para a consecução da justiça, deve-se considerar também os meios materiais e instrumentais, com consequente aperfeiçoamento da prestação fornecida pelo Estado.

Sobre o termo “acesso à justiça”, Cappelletti e Garth (1988, p.8) explicam:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema por meio do qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e (ou) resolver seus litígios, sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Desta feita, a finalidade precípua do direito de acesso à justiça é permitir que as pessoas reivindiquem seus direitos e vejam seus litígios resolvidos pelo Estado, que detém esse poder, tendo em vista que a autotutela, é, em regra, vedada no Brasil.

Portanto, “se o Estado avocou para si a tarefa de solucionar as lides, retirando o particular a possibilidade de ‘fazer justiça com as próprias mãos’, em contrapartida, deve fornecer um aparato adequado para o tratamento dos conflitos de interesses” (TEIXEIRA; COUTO, 2013, p.12).

Para Masson (2020), o acesso à justiça reforça o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que garante que o Poder Judiciário seja atuante e forte, impedindo atos autoritários por parte dos demais poderes.

Esse direito sobreleva a importância do papel do Judiciário, garantindo que os brasileiros possam reivindicar seus direitos e que as medidas necessárias sejam tomadas, além de permitir um certo controle do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Ele consiste no direito fundamental mais importante de todos, pois busca garantir os demais direitos, inclusive os fundamentais. Não havendo efetivação desse direito, os demais ficariam sem proteção, o que prejudicaria a sociedade como um todo.

Desta feita, todos os outros direitos dependem, de certa forma, do direito de acesso à justiça, para que sejam efetivados, tendo em vista que, só pelo fato de existir, ele já desestimula o desrespeito aos direitos em geral. Além disso, no caso concreto, havendo desrespeito aos demais direitos, é ele quem providencia a reparação dos danos existentes.

Para Mendes e Branco (2020), a previsão do artigo 5º da Constituição Federal, a respeito da necessária apreciação do Judiciário, consagra a tutela judicial efetiva, garantindo proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito. Ressalta, ainda, que essa tutela estende-se tanto a lesões concretas quanto potenciais, ou, ainda, ameaça a direito, abrangendo também medidas cautelares ou antecipatórias que visem à proteção do direito.

Complementando, Moraes (2020) assevera que, havendo plausibilidade da ameaça ao direito, o Judiciário tem a obrigação de efetivar o pedido de prestação judicial, pois a indeclinabilidade da prestação judicial consiste em um princípio básico que rege a jurisdição.

Assim, os cidadãos possuem o direito de terem suas pretensões analisadas pelo Estado, através do Judiciário, e este não pode se esquivar de solucionar o que lhe for solicitado. Para França e Silveira (2020), essa garantia consiste no principal meio para atingir a função primordial do Direito: a pacificação social.

Além disso, o direito de acesso à justiça não se limita à possibilidade de entrar em juízo contra alguém, pois abrange a participação processual de forma ampla, englobando a argumentação e a produção de provas, além da decisão final, de modo a resolver o litígio da forma mais adequada possível (TAVARES, 2020).

Assim, essa garantia não envolve apenas o direito de provocação em si, de dar início ao processo, mas também o seu acompanhamento, com todos os seus encadeamentos, como a apresentação das alegações, das provas, bem como da sustentação. Portanto, o que se objetiva não é um mero direito ao processo, mas o direito a um processo que seja justo.

Segundo Ruiz (2018, n.p.), pelo menos quatro pontos devem ser observados para que se possa obter um acesso eficiente à justiça: “(a) admissão ao processo (ingresso em juízo), (b) o modo de ser do processo, (c) a justiça das decisões, e (d) a efetividade das decisões, que são proferidas no processo pelos juízes”.

Desse modo, não basta o ingresso em juízo para que, de fato, se configure o acesso pleno à justiça, pois essa garantia envolve também os seus desdobramentos. A parte que deu início ao processo precisa acompanhar o andamento do mesmo, a fim de que realmente se efetive seu direito de ação.

Nesse sentido, Pinho (2019) defende que os institutos processuais precisam passar por aprimoramentos para que haja um direcionamento a um processo justo. Isso porque existem vários obstáculos que impedem a efetividade desse direito, de ordens diversas, tais como questões econômicas, geográficas e burocracia.

Cabe ressaltar que o acesso à justiça não é uma finalidade somente do Poder Judiciário. Para além da garantia constitucional de que a lei não excluirá a ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015 cuidou de determinar que a lei não excluirá essa ameaça ou lesão da *apreciação jurisdicional* (BRASIL, 2015), apresentando uma garantia que extrapola os limites do Judiciário.

Esse dispositivo permite que haja outras formas de composição, que são pautadas na cooperação entre partes e que envolvem outros sujeitos. Assim, a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, podendo ser exercida através meios extrajudiciais.

3.1 O acesso do surdo à justiça

O artigo 13 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assegura o acesso à justiça pelas pessoas com deficiência, versando que

1. Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.
2. A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário (ONU, 2007, art. 13).

Assim, foi determinado como dever do Poder Público assegurar esse direito de forma concreta às pessoas com deficiência, e não apenas através dos dispositivos legais, buscando as adaptações necessárias para que haja igualdade de condições com os demais indivíduos.

Também, o Estatuto da Pessoa com Deficiência cuidou de abordar o tema, dispondo, *in verbis*:

Devem ser oferecidos todos os recursos de tecnologia assistiva disponíveis para que a pessoa com deficiência tenha garantido o acesso à justiça, sempre que figure em um dos polos da ação ou atue como testemunha, participe da lide posta em juízo, advogado, defensor público, magistrado ou membro do Ministério Público.

Parágrafo único. A pessoa com deficiência tem garantido o acesso ao conteúdo de todos os atos processuais de seu interesse, inclusive no exercício da advocacia (BRASIL, 2015, art. 80).

Esse dispositivo defende que a assistência deve ser realizada através de todos os meios tecnológicos disponíveis, para facilitar não só o ingresso dessas pessoas ao juízo como polo ativo ou passivo da ação, mas também o desempenho de outros papéis, como o de advogado, testemunha ou magistrado.

A Resolução nº 230, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2016, objetivou adequar as atividades dos órgãos do Poder Judiciário às disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Essa Resolução possui algumas determinações direcionadas especificamente aos Surdos, por exemplo: facilitar o uso da LIBRAS, dispor de servidores capacitados para se comunicar através da língua de sinais, e custear tradutor/intérprete no caso de um surdo ser parte do processo.

Ela foi revogada pela Resolução nº 401, de 16 de junho de 2021, do CNJ, que aborda “o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão” (BRASIL; 2021).

Dentre outras disposições, essa resolução determina:

Art. 4º Para promover a acessibilidade, o Poder Judiciário deverá, entre outras atividades, implementar:

- I – o uso da Língua Brasileira de Sinais (Libras), do Braille, da audiodescrição, da subtitulação, da comunicação aumentativa e alternativa, e de todos os demais meios, modos e formatos acessíveis de comunicação;
- II – a nomeação de tradutor(a) e intérprete de Libras, sempre que figurar no processo pessoa com deficiência auditiva, escolhido dentre aqueles devidamente habilitados e aprovados em curso oficial de tradução e interpretação de Libras ou detentores do certificado de proficiência em Libras;
- III – a nomeação ou permissão de utilização de guia-intérprete, sempre que figurar no processo pessoa surdocega, o(a) qual deverá prestar compromisso;
- IV – a oferta de atendimento ao público em Libras. (...) (BRASIL; 2021, art. 4º).

Ainda, cabe destacar a Resolução nº 218, de 23 de março de 2018, publicada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a qual versa, dentre outros pontos, sobre a capacitação de servidores da Justiça do Trabalho para atendimento aos surdos, através da Língua Brasileira de Sinais.

A despeito dessas garantias legais, ainda há muito que se fazer no sentido de torná-las realmente efetivas, tendo em vista que, na prática, os surdos ainda encontram muitas dificuldades no gozo dessa garantia. As barreiras comunicacionais muitas vezes os impedem, até mesmo, de conhecerem os seus direitos. Além disso, ainda há uma dependência de estratégias particulares por parte dos surdos para que haja comunicação efetiva na seara judicial.

Para conseguirem desenvolver a comunicação necessária, estes indivíduos acabam muitas vezes se sujeitando a serem acompanhados de familiares ou amigos ouvintes, que desempenham a função de “intérpretes” mesmo sem terem a devida competência para tanto, muitas vezes desconhecendo termos técnicos, ou até mesmo acabam contratando um profissional por conta própria para prestar esse serviço (AZEVEDO *et al.*, 2016).

Conforme afirma Oliveira (2017, p. 54):

Ainda que no trâmite processual o juiz designe um auxiliar/interprete ou tradutor para auxiliar as pessoas com deficiência na audiência, isso, segundo os mandamentos do artigo 162, inciso III do CPC, é importante ressaltar que, para chegar até essa etapa processual, a pessoa com deficiência necessita de um primeiro acesso, pois é nesse primeiro momento que ela deve ter reservado todos os seus direitos, especialmente de comunicação e informação, caso contrário, a parte processual nem se quer virá a existir, ou seja, só chegará à justiça, quem tiver o acesso a ela, portanto, ter acesso aos recursos da justiça e outros mecanismos, garantem à pessoa com deficiência uma eficaz interação com o Poder Judiciário.

Assim, se esses indivíduos encontrarem barreira logo no primeiro momento, eles não terão acesso à tutela de seus direitos, tampouco se utilizarão das atividades desempenhadas pelos intérpretes designados pelo juiz na audiência, haja vista que nem mesmo chegarão a essa fase processual, pois nem mesmo ingressou em juízo.

Nessa esteira, Fonseca (2010, n.p.) aduz que, “Embora a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS – tenha se tornado oficial, no Brasil, por força da Lei 10.436/02, o Judiciário ainda não se apercebeu da necessidade de se adaptar, como preconiza a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no seu art. 13”.

Ou seja, o fato da LIBRAS ter sido reconhecida como língua oficial do Brasil, ao lado da língua portuguesa, apesar de representar um grande avanço legal no que diz respeito à luta

da comunidade surda, não torna, por si só, a comunicação e o acesso à justiça viável, tendo em vista que é necessária uma adaptação do Poder Público para isso, através da valorização da profissão dos intérpretes, do incentivo à capacitação dos servidores que atuam nos órgãos do poder judiciário, bem como do fomento a tecnologias que facilitem essa acessibilidade.

A respeito dos intérpretes de libras, Santos (2016) dispõe que há carência na formação desses profissionais na esfera jurídica, pois a formação específica nessa área por intérpretes de Libras-Português é uma das mais raras.

Sendo assim, é necessário um maior incentivo para que haja mais intérpretes de Libras capacitados para a atuação no âmbito do Poder Judiciário. Nessa esteira, Oliveira (2017) menciona sobre a importância dos recursos de tecnologia assistiva, tais como vídeos em língua de sinais, que facilitem a interação por meio de recursos visuais, bem como legendas contrastantes em baixa velocidade.

Portanto, ainda que existam várias leis que garantam direitos aos surdos, mormente no que tange ao acesso à justiça, é indispensável uma atuação positiva do Poder Público no sentido de concretizar sua efetivação. Conforme visto, mesmo com tantas evoluções conquistadas por meio desses dispositivos legais, ainda não há uma eficácia plena, em razão de diversos obstáculos que ainda permeiam o acesso do surdo à justiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito do presente trabalho foi examinar, à luz do princípio da igualdade, a evolução das garantias legais conferidas à população surda ao longo do tempo, com enfoque ao direito de acesso à justiça, e avaliar se esses dispositivos legais são aplicados na prática, ou seja, se a justiça brasileira está de fato preparada para garantir aos surdos o acesso à justiça de forma plena.

Valendo-se da análise de legislações e de estudo doutrinário, demonstrou-se a importância de aparelhamento do judiciário para garantir a inclusão a essas pessoas, no sentido de poderem se apropriar, de fato, do direito de acesso à justiça, e não apenas de maneira formal.

Não só a garantia de acesso à justiça é prejudicada pelas barreiras comunicacionais, como também todas as demais garantias conferidas pela legislação constitucional e infraconstitucional, posto que até mesmo para ingressarem com uma ação, é necessário esse primeiro contato.

Tendo em vista que a LIBRAS é a língua materna dos surdos, o reconhecimento da necessidade de comunicação através desse idioma é de suma importância. Com servidores capacitados para se comunicarem através da LIBRAS, valorização da profissão de intérprete e tradutores, buscando profissionais qualificados, e a utilização de tecnologias para aprimorar a acessibilidade, mais um passo pode ser dado em direção a um futuro mais inclusivo e à concretização do princípio da igualdade no que tange ao acesso à justiça.

Desta feita, sem intenção de esgotar o assunto, haja vista sua complexidade, conclui-se que é necessária uma atuação positiva do Estado, com ações voltadas à preparação dos servidores dos órgãos judiciários para obterem uma melhor comunicação com esses indivíduos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. **Pessoas com deficiência e efetivação dos direitos fundamentais**. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Jurisdição constitucional e liberdades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 339-350.

AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de *et al.* **Acesso à justiça por pessoas surdas: garantias legais e pesquisas acadêmicas**. *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, janeiro/junho 2020, p. 158-188. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/27997/19929>>. Acesso em: 23 de março de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005**. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 2015. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/96150/decreto-5626-05>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº. 186, de 9 de julho de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.160, de 8 de janeiro de 1991.** Dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 jan. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8160.htm#:~:text=Art.,que%20possibilitem%20o%20seu%20uso.>. Acesso em: 15 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm> Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 abril 2002. Disponível em: <https://www.udesc.br/arquivos/udesc/documentos/Lei_n_10_436_de_24_de_abril_de_2002_15226896225947_7091.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União: Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.191, de 03 de agosto de 2021.** Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre a modalidade de educação bilíngue de surdo. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 04 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.191-de-3-de-agosto-de-2021-336083749>>. Acesso em: 17 de setembro de 2021.

BRASIL. **Recomendação nº 27, de 16 de dezembro de 2009.** Recomenda aos Tribunais relacionados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal de 1988 que adotem medidas para a remoção de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais de modo a promover o amplo e irrestrito acesso de pessoas com deficiência [...]. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 107, 25 jan. 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/873>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

BRASIL. **Resolução nº 230, de 22 de junho de 2016.** Orienta a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares às determinações exaradas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência [...]. DJe/CNJ, nº 106,

de 23 jun 2016, p. 6-13. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2301>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

BRASIL. **Resolução nº 401, de 16 de julho de 2021.** Dispõe sobre o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão. DJe/CNJ nº 156/2021, de 18 de junho de 2021, p. 47-59. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3987>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO (Brasil). **Resolução nº 218, de 23 de março de 2018.** Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2444, p. 19-21, 2 abr. 2018. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/128269>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

DUARTE, Soraya Bianca Reis *et al.* **Aspectos históricos e socioculturais da população surda.** História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.20, n.4, out.-dez. 2013, p.1713-1734. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v20n4/0104-5970-hcsm-20-04-01713.pdf>>. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **Libras no Judiciário: um débito social.** Inclusive - inclusão e cidadania, 2010. Disponível em: <<http://www.inclusive.org.br/arquivos/13321>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2021.

FRANÇA, Bruno Araújo; SILVEIRA, Matheus. **Inciso XXXV – Princípio constitucional do acesso à justiça.** Politize, 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/artigo-5/principio-constitucional-do-acesso-a-justica/>>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

GALANTE, Carlos Eduardo da Silva. **O acesso à justiça como princípio do Estado Democrático de Direito.** INESUL, 2015. Acesso em: <https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_33_1431715429.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

GUEDES, Denyse Moreira. **A importância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como norma em nossa Carta Magna.** Leopoldianum, v. 38, n. 10416, 2012, p. 85 - 98. Disponível em: <<https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/download/465/426/1201#:~:text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20constitui%20o%20primeiro,prote%C3%A7%C3%A3o%20das%20pessoas%20com%20defici%C3%Aancia>>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

HOLDORF, Mariana; ROBINSON, Wilson. **Barreiras de acessibilidade enfrentadas por pessoas surdas no setor de serviços: uma revisão integrativa da literatura.** Saber Humano, ISSN 2446-6298, v. 10, n. 17, p. 165-191, jul./dez. 2020. Disponível em:

<<https://saberhumano.emnuvens.com.br/sh/article/download/456/458>>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

HORA, Mariana Marques da; OLIVEIRA, Ana Nicolle Conceição de. **Pessoas surdas, direitos humanos e o acesso à justiça**. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM SERVIÇO SOCIAL, XVI., 2018, Vitória. **Anais [...]**. Vitória, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22875/15341>>. Acesso em: 24 de março de 2021.

MELLO, Camilla T. S. **Os Efeitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) em nosso Ordenamento Jurídico**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://smassistenciajuridica.jusbrasil.com.br/artigos/535620211/os-efeitos-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-n-13146-2015-em-nosso-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDONÇA, Letícia Braz; EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. **A democratização do Poder Judiciário e o acesso à justiça**. Colloquium Socialis, Presidente Prudente, v. 01, n. especial 2, jul/dez, 2017, p. 50-56. Disponível em: <<http://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Socialis/01%20-%20Direito/A%20DEMOCRATIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20PODER%20JUDICI%C3%81RIO%20E%20O%20ACESSO%20%C3%80%20JUSTI%C3%87A.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Agrislaine Corrêa Cordeiro de. **Direito fundamental de acesso à justiça e pessoas com deficiência auditiva: uma análise no âmbito da defensoria pública no município de Criciúma/SC**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso - Bacharelado (Direito – UNESC, 2017, Criciúma). Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/6006>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007)**. In: BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Contemporaneidade**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019. Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf>. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso à justiça**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Processo Civil, 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>>. Acesso em: 21 de agosto de 2021

SANTOS, S. A. Questões emergentes sobre a interpretação de Libras-Português na esfera jurídica. **Revista Belas Infiéis**, Brasília, v. 5, n.1, p. 117-129, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/belasinfiéis/article/view/11372/10009>>. Acesso em: 27 de agosto de 2021.

SILVA, Hércules Matheus Santos. **Inclusão Social dos Deficientes Auditivos: Análise Acerca dos Aspectos Jurídicos e Sociais**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://herculesmatheus.jusbrasil.com.br/artigos/712801705/inclusao-social-dos-deficientes-auditivos-analise-acerca-dos-aspectos-juridicos-e-sociais>>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti; COUTO, Monica Bonetti. **O acesso à justiça e seu enquadramento como direito fundamental: contexto atual e evolução**. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI/UNINOVE, XXII., 2013, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e5815151957be36a>>. Acesso em: 17 de março de 2021.

TORRES, Marcelo Monteiro. **Direito Fundamental à Diferença**. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS, vol. 1, n. 2, fev./maio 2012. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art2.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2021.

ZYCH, Anizia Costa. **Os aportes da educação de surdos, decorrentes do decreto federal nº 5626/05**. ANALECTA, Guarapuava, v.9, nº 2, p. 113-125, jul./dez. 2008. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/230451869.pdf>>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

A precarização das relações trabalhistas pela uberização: análise do caso Artur Neto vs. Uber



ADAMILTON LIMA BORGNETH

Estagiário do Ministério Público do Estado do Piauí - MPPI. Bacharelando em Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Bacharel em Engenharia Mecânica pela UFPI. Organizador dos livros "Direitos Humanos: Perspectivas Interdisciplinares na Produção Científica da UFPI" e "Educação e Direitos Humanos: teoria, prática e desafios em tempos de pandemia". E-mail: adamiltonlb@outlook.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7687827936040090>



LARA GIOVANNA SOUSA SILVA

Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Estagiária do Escritório Geórgia Nunes Advogados Associados. Membro do Centro Acadêmico Cromwell de Carvalho - Gestão Caroá 2020.



MARIA SUELI RODRIGUES DE SOUSA

Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente (UFPI). Professora Associada da UFPI, lotada no Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ) e no Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS/UFPI).

A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS PELA UBERIZAÇÃO: ANÁLISE DO CASO ARTUR NETO VS. UBER

Adamilton Lima Borgneth¹

Lara Giovanna Sousa Silva²

Maria Sueli Rodrigues de Sousa³

RESUMO

A decisão judicial do processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137, oriunda de processo tramitado na 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte-MG, foi analisada com o objetivo de examinar, sob a perspectiva das críticas marxistas e pachukanianas, a desconsideração da relação de emprego existente entre a empresa Uber e um motorista. Buscou-se saber como as teorias estudadas se posicionam frente à temática no contexto de *uberização* como precarização do trabalho. A pergunta a que se buscou responder foi: que leitura, pelo direito a partir de críticas marxistas e pachukanianas, pode ser feita do fenômeno da *uberização* do trabalho? Sob o pressuposto de que o fenômeno da *uberização* é a força do capital que só pode ser enfrentada pela organização da classe trabalhadora com base na teoria crítica marxista e pachukaniana. O resultado da discussão conduziu à conclusão da necessidade de construção de outra cultura jurídica embasada na realidade vivida e não em normas gerais e abstratas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos trabalhistas. *Uberização*. Marx. Pachukanis. Precarização de direitos.

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto de crescimento tecnológico demasiado, o mundo do trabalho passa por intensa crise com a flexibilização de direitos adquiridos, o que produz uma realidade muito diversa do que se caracterizou como mundo do trabalho. Essa flexibilização está relacionada a um surgimento massivo de empresas e plataformas especializadas em oferecimento de serviços baseados no usuário e no trabalhador “informatizados” (LIMA; BRIDI, 2019). Os autores comentam sobre a precarização do trabalho e enfatizam a ocorrência desse fenômeno nas próprias condições de trabalho.

A motivação para a construção deste artigo partiu da observação de uma realidade social presente muito próxima a todos nós. A *uberização* tem impacto social intenso por influenciar diretamente no trabalho e em seus direitos correlatos. O contexto de

¹ Esp. em Docência do Ensino Superior pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI); Engenheiro Mecânico formado pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) e Graduando de Direito (UFPI). E-mail: adamiltonlb@outlook.com.

² Graduanda de Direito (UFPI). E-mail: srtagiovannasilva@gmail.com.

³ Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), Mestra em Desenvolvimento e Meio Ambiente (UFPI). Professora Associada da UFPI, lotada no Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ). E-mail: mariasuelirs@ufpi.edu.br.

fortalecimento da *uberização* no caso brasileiro é o da pós-reforma trabalhista, formalizada através da Lei 13.467/2017.

Ao desconsiderar a relação de emprego existente entre as empresas e os trabalhadores, a classe trabalhadora perde direitos conquistados com muita luta no transcorrer das décadas. O “mais vulnerável” economicamente, além de ter sua força de trabalho e até mesmo suas condições de vida negligenciadas, perde as condições trabalhistas que tornam digna sua existência e que se tornaram direitos trabalhistas.

O assunto tematizado é a famigerada política da economia de compartilhamento, aqui nominada pelo neologismo “*uberização*” para se referir ao fenômeno que tem crescido de forma acelerada no nosso país e no resto do mundo. No desenvolvimento deste trabalho, considerou-se ainda a escassez de pesquisas que estudem a *uberização* sob a ótica do Direito. Há pesquisas relevantes que proporcionam um olhar jurídico mais detalhado sobre a economia de plataforma (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018); que analisam se a “regulamentação atual brasileira é insuficiente para qualificar juridicamente as relações da economia compartilhada” (RAMPAZZO, 2017, p. 1); e que fazem um estudo de formas de trabalho digital que aprofundaram a precariedade do próprio trabalho (LIMA; BRIDI, 2019).

Cotidianamente utilizamos do serviço de transporte de passageiros e de comida por aplicativo e, surgiu daí a justificativa pessoal para pesquisar o tema. A questão inicial é: ao utilizar a plataforma contribuímos com a classe trabalhadora ou com a empresa que a explora? Esta questão nos provoca quando utilizamos o serviço, o que nos levou a refletir sobre o tema. Duas autorias deste trabalho vêm de situação social que nos levaram a desenvolver sensibilidade para a questão do mundo do trabalho e perceber o quanto os direitos trabalhistas são limitados. Soma-se a isso o fato de possuímos amigos, familiares que trabalham ou trabalharam para essas empresas.

O tema é por vezes banalizado em conversas informais, em aplicativos de mensagens e em outros ambientes sociais. Exemplo da banalização ocorre quando se ri da desgracia de profissionais graduados que acabaram “virando Uber”. Apesar de muitos não se atentarem ou mesmo fazerem piadas, o aumento do desemprego e a precarização do trabalho é um fenômeno real.

Raciocinar sobre a *uberização* traz possibilidades de reflexão e ação sobre ela para todos os leitores do texto, especialmente aos trabalhadores, empresários, cientistas, estudantes, professores, instâncias governamentais e sociedade em geral.

Como objeto de estudo desta pesquisa está a desconsideração de vínculo de emprego em uma decisão judicial desfavorável a trabalhador de transporte regulado por aplicativo. O

texto intenta responder à seguinte questão-problema: que leitura, pelo Direito, a partir de críticas marxistas e pachukanianas, pode ser feita do fenômeno da *uberização* do trabalho? O pressuposto que orienta a discussão é que o fenômeno da *uberização* é manifestação da força do capital que só pode ser enfrentada pela organização da classe trabalhadora.

Este trabalho tem como objetivo examinar, sob a perspectiva da crítica marxista, decisão judicial que desconsidera a relação de emprego existente entre a empresa Uber e um motorista. Para tanto, especificamente, delimitou-se os seguintes objetivos específicos: a) observar os aspectos da decisão judicial identificando os argumentos do juiz; b) traçar pontos relevantes das teorias de Karl Marx e Evgeni Pachukanis que se apliquem ao caso; e c) analisar a decisão à luz das teorias marxista e pachukaniana.

Este artigo conta com introdução, reflexão sobre a economia de “bico”, reflexão sobre as teorias críticas marxistas e pachukanianas e análise da decisão judicial. O trabalho foi desenvolvido numa perspectiva metodológica de revisão de literatura e estudo de caso. Adentremos, a seguir, no conhecimento sobre a economia de compartilhamento.

2 ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO

A economia de compartilhamento é definida “*as an economic system based on resource sharing (such as products, services, space, money, and knowledge), whether by their access or transfer, whether there is payment or not*”⁴. O conceito é abrangente, porém é aplicável ao contexto vivido. Há compatibilidade entre esse compartilhamento e o “novo estado das coisas que se busca estabelecer no mercado de consumo” (CARVALHO, 2018, p. 19).

A economia compartilhada não é algo exclusivo dos últimos anos (RAMPAZZO, 2017). Mesmo antes das Revoluções Industriais as transações eram *peer-to-peer* (par-a-par) em comunidades de pessoas intimamente mais próximas. Hoje em dia, o fenômeno só se expandiu, o que configura o chamado “*stranger sharing*” (compartilhamento com estranhos) (SCHOR, 2014, p. 7). É necessário salientar que acreditamos que a economia de compartilhamento possa trazer benefícios. Alertamos, no entanto, para os abusos que os empresários podem cometer no sentido de explorar o trabalho humano.

⁴ “como um sistema econômico baseado no compartilhamento de recursos (como produtos, serviços, espaço, dinheiro e conhecimento), seja pelo acesso ou transferência, haja pagamento ou não” (tradução nossa). (PETRINI; FREITAS; SILVEIRA, 2017, p. 57-58).

Voltemos aos termos “*crowdwork*” e “trabalho *on demand*” citados anteriormente. *Crowdwork* é a “realização de tarefas a partir de plataformas online” e trabalho *on demand* é a “execução de trabalhos tradicionais (como transporte e limpeza) ou de escritório, demandados em aplicativos gerenciados por empresas” (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 12). Por estas definições o sistema de trabalhos Uber, empresa envolvida na ação judicial que estudamos, se encaixa em trabalhos *on demand*.

A Uber conta com serviços de mais de 3 milhões de motoristas no mundo, desses, mais de 600 mil atuam no Brasil. A empresa está presente em mais de 100 cidades brasileiras, possui mais de 22 milhões de usuários brasileiros, mais de 93 milhões de usuários no mundo e faz 17 milhões de viagens por dia no mundo (UBER NEWSROOM, 2019).

Os números revelam o quanto o fenômeno está presente em muitos espaços, incluindo sua presença marcante no Brasil. Somos levados a ver que há pelo menos duas razões visíveis para a massificação do serviço: a tecnologia que favorece quem busca o serviço e a oportunidade de ter trabalho contratado sem o reconhecimento das obrigações como contrato de trabalho, o que livra o empregador de assumir os direitos trabalhistas. E diante disso arguimos: é o fim do direito trabalhista e a libertação para o mais forte economicamente explorar como convier para si? E o direito, como fica no cenário? É possível relacionar direito com justiça neste contexto?

3 DIREITO NÃO É JUSTIÇA: USANDO MARXE PACHUKANIS⁵ PARA REFLETIR SOBRE O DIREITO E O MUNDO DO TRABALHO POR COMPARTILHAMENTO

Para a perspectiva de Marx, direito não é justiça, é a forma de legitimar e tornar possível a apropriação da “mais valia” como regramento da sociedade. Após 1843, Marx rompe com a dialética hegeliana e passa a adotar a perspectiva materialista, considerando a economia política como central na conformação da sociedade civil-burguesa e da vida civil nela constante, o que faz notar que a economia política é legitimadora e fundamental para as práticas da sociedade ocidental na sua face capitalista burguesa (SARTORI, 2017).

Proudhon e o hegelianismo praticado por ele foram duramente criticados por Marx. Proudhon buscava os conceitos de direito e “justiça eterna” para se refugiar. Isso se afirma com base na obra marxista *Miséria da Filosofia*, que visava criticar a obra “*A Filosofia da*

⁵ Salienta-se que não é objetivo deste trabalho fazer uma retomada extensiva à obra de Marx ou Pachukanis, porém traremos os pontos necessários à análise a qual se propõe este artigo.

Miséria” de Proudhon que traduzia uma espécie de dialética pueril de mistificação de todos os campos, inclusive da economia política, da filosofia e do Direito (SARTORI, 2017).

É na “Miséria da Filosofia” que conhecemos o postulado sobre a prioridade do fato gerado na sociedade diante da oficialização dele. Marx afirma que “o direito não é mais que o reconhecimento oficial do fato” (MARX, 1989, p. 86), o que se aplica ao centro da dominação capitalista burguesa – que se tornou mundial – e à normalidade após o colonialismo que massificou a experiência capitalista europeia. A dominação foi estabelecida como o dever-ser da sociedade implementado pelo Direito positivado num processo de abstração que conduz à conclusão de que direito não guarda relação com o costume, mas se manifesta como imposição estatal, que difere de outros corpos normativos pelo estabelecimento da pena com força de soberania estatal por meio de normas gerais e abstratas.

Isso se relaciona à crítica a Austin, onde o autor de “O capital” afirma que “este procedimento de abstração que conduz à noção de soberania, deixa-se de fora [...] toda a história de cada comunidade [...] o modo como se alcançou o resultado” (KRADER, 1988, p. 289-290). A abstração que Marx cita é a que Austin usa para chegar a seu conceito de soberania “relacionando toda a forma de dominação política com aquilo de comum no uso do poder” (KRADER, 1988, p. 289). Isso revela uma desconsideração tanto da gênese quanto do processo histórico da formação daquilo que está sendo estudado. É então que o autor da Filosofia da Miséria tece críticas ao uso do método dos juristas analíticos que se atêm a normas gerais e abstratas descoladas da experiência de cada povo.

Marx critica a cientificidade da teoria do Direito de Austin e Bentham por desconsiderar a historicidade, a origem dos fatos e o desenvolvimento dos fenômenos sociais. Essa teoria traz uma concepção apologética do Direito, do Estado e da própria sociedade (SARTORI, 2017). Desconsidera-se, nessa teoria do Direito, todos os antagonismos sociais além de passar longe do esquema cíclico dialético de tese-antítese-síntese, incluindo a força de trabalho e a forma como a mesma é apropriada.

A força de trabalho, na teoria marxista, é o conjunto das faculdades físicas e mentais que um ser humano aciona sempre que produz valores-de-uso de qualquer espécie. De acordo com o filósofo, o tempo de venda da força de trabalho deve ser determinado para que o trabalhador não deixe de ser pessoa livre para se tornar escravo, de vendedor de mercadoria na própria mercadoria (MARX, 2012, p. 198).

Na mesma obra, o filósofo afirma que “o trabalhador trabalha sob o controle do capitalista, a quem pertence seu trabalho” (MARX, 2012, p. 219). Isso não significa que o patrão possa abusar da troca feita entre eles. O empresário não pode simplesmente explorar a

força de trabalho sem limites. Chegamos, então, ao conceito de mais-valia. O processo de produzir mais-valia ocorre quando se ultrapassa o ponto até onde o valor da força de trabalho pago pelo capital é substituído por um equivalente (MARX, 2012).

“O Capital” versa especialmente sobre a jornada de trabalho. Vale lembrar que o contexto de Revolução Industrial trouxe jornadas extenuantes de exploração da massa trabalhadora. Há a ocorrência de uma antinomia, uma luta entre direitos diferentes baseados na lei da troca de mercadorias. A regulamentação da jornada de trabalho consiste em um embate travado entre a classe burguesa (os donos dos meios de produção) e a classe trabalhadora (os que vendem sua força de trabalho).

Em relação ao limite de trabalho diurno/noturno, o filósofo discorre que “o prolongamento do trabalho além dos limites diurnos naturais, pela noite adentro, serve apenas de paliativo para apaziguar a sede vampiresca do capital pelo sangue vivificante do trabalho” (MARX, 2012, p. 297). Certamente, ele acreditava que os grandes magnatas queriam muito mais do que o excedente de trabalho do qual aproveitavam. O direito, neste contexto, atende ao propósito de afirmar que a exploração está dentro da normalidade do sistema sob a afirmação com poder de soberania estatal, portanto protegida pelas armas estatais, desconsiderando a realidade vivida e atuando pelo dever ser positivado pelo Estado.

No estudo desse normativismo, Evgeni Pachukanis em sua Teoria Geral do Direito e Marxismo critica o normativismo kelseniano por este ter uma abordagem unilateral e lógico-formal do direito abrindo um abismo entre ser e dever-ser (KASHIURA JR.; NAVES, 2013). O autor ainda afirma que Kelsen retorna ao direito natural quando não consegue sustentar a coerência de seu sistema. A pessoa livre e igual referenciada por Kelsen só podia ser possível no direito natural, pois o direito positivo não oportunizava a garantia prometida.

O diferencial da teoria pachukaniana é considerar a historicidade do direito como forma. O teórico expõe que a forma jurídica está diretamente ligada a uma arquitetura social determinada de forma histórica. O direito como sistema normativo é expressão das relações burguesas que se dariam entre proprietários independentes e iguais que são o pressuposto natural do tal ato de troca (KASHIURA JR.; NAVES, 2013). Evidencia-se que, na teoria do autor referido, não há possibilidade desse direito ser usado pelo proletariado, pois ele não é igual aos grandes burgueses que dominam a forma jurídica.

Pachukanis traz o materialismo histórico para realizar uma análise social da forma jurídica. Pachukanis compreendeu que “a norma jurídica não é mais do que um momento derivado, uma expressão posterior da forma jurídica que já se encontra estabelecida independentemente de qualquer norma” (KASHIURA JR.; NAVES, 2013, p. 11).

O sujeito de direito já está pré-definido nas relações capitalistas. Sujeito esse que Pachukanis adota como categoria elementar, visto que o todo parte do próprio sujeito, considerando que partir de normas gerais e abstratas para chegar ao sujeito é inverter a lógica da relação concreto-abstrato.

O direito não é fim, é meio, portanto atende às finalidades da vida em sociedade. A realidade funciona sob a lógica de troca de mercadorias produzidas pelos proprietários dos meios de produção, em que quem não é proprietário se submete ao proprietário. O Direito é o meio que afirma que os fatos estão corretos. Em uma realidade social que, através da produção e troca de mercadorias determina a forma jurídica, o direito é usado para sobrevida dessa mesma realidade social que é injusta e desigual. Há que se lembrar o caráter histórico do Direito. Tal caráter é uma forma que garante poder aos proprietários dos meios de produção, portanto eminentemente burguesa. Seu desenvolvimento pleno é o capitalismo (KASHIURA JR.; NAVES, 2013).

Para Evgeni Pachukanis, o Estado não é, pelo monopólio da produção normativa, condição *sine qua non* do direito. O crítico afirma que o desenvolvimento completo do direito tende a ocorrer apenas com a universalização da circulação de mercadorias e com o sujeito de direito tornando-se universal (KASHIURA JR.; NAVES, 2013). Descobrimos a partir daí que, de acordo com a teoria pachukaniana, o ser humano – o qual não é proprietário dos meios de produção – é levado à condição de um pretense sujeito de direito se torna ao mesmo tempo mercadoria haja vista se tornar proprietário de si e capaz de vender a si mesmo sob a forma da força de trabalho.

“A forma jurídica é, portanto, determinada imediatamente pela circulação mercantil, mas é determinada mediatamente, em última instância, pelas relações de produção capitalista” (KASHIURA JÚNIOR; NAVES, 2013, p. 17). Não há ausência de influência dos magnatas capitalistas sobre a forma jurídica e ela reflete isso na sua própria constituição.

Uma assertiva notável feita por Pachukanis é a de que a igualdade jurídica é uma condição *sine qua non* da desigualdade que permeia e sustenta a sociedade capitalista. Sobre a liberdade jurídica, o filósofo a considera condição *sine qua non* da dominação de uma classe social sobre outra. É como se algo que fosse positivo à primeira vista se tornasse visceralmente negativo, porém de forma imperceptível aos que perecem e aos que dominam.

4 METODOLOGIA

Para conseguirmos os dados, utilizou-se de duas modalidades de pesquisa: bibliográfica e documental. No trabalho, foi realizada pesquisa bibliográfica acerca de material publicado sobre os temas “*uberização* do trabalho”, “*economia de compartilhamento*”, “*economia de plataformas*” e “*uberização e precarização do trabalho*”. A pesquisa documental, foi executada em um documento apenas. O documento é a decisão dada por Filipe de Souza Sickert, Juiz do Trabalho Substituto, ao processo nº 0011863-62.2016.5.03.0137. Esse documento foi segmentado em 15 partes para a análise categórica de cada parte.

A metodologia de Análise de Conteúdo foi utilizada na investigação da decisão judicial por meio de categorias analíticas, visando discutir o sentido do que foi enunciado (GOMES, 2002). A seguir, fez-se a decifração estrutural em cada trecho do documento (BARDIN, 2016).

O material estudado foi categorizado de acordo com as unidades de registro e as unidades de contexto. As unidades de registro representam o segmento de significação que serve como unidade de base. As unidades de contexto são maiores que as de registro e permitem situar o contexto da mensagem. São essas unidades que permitem uma compreensão dos sentidos existentes dentro daquele contexto recortado (BARDIN, 2016; GOMES, 2002).

A análise de conteúdo se organizou em três momentos cronológicos: a pré-análise; a exploração do material; e o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação. Na pré-análise se fez uma “leitura flutuante” do material a fim de se captarem as mensagens que estavam visíveis e estavam passíveis de ser relacionadas aos objetivos da pesquisa. Os procedimentos metodológicos seguidos na análise foram: segmentar o material, categorizá-lo, descrever o resultado da categorização, inferir resultados através de premissas aceitas e interpretar os resultados à luz dos fundamentos teóricos adotados.

5 O CASO E A DECISÃO

A decisão abordada neste trabalho é referente a um caso de litígio judicial entre o trabalhador Artur Soares Neto e as empresas Uber do Brasil Tecnologia LTDA., Uber International B.V., Uber International Holding B. V. O processo tramitava em Rito Sumaríssimo e seu número é 0011863-62.2016.5.03.0137. A ação tramitava na 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – MG, unidade subordinada ao Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região (TRT-3).

De acordo com a Sessão de Imprensa do TRT-3, o motorista alegou que iniciou suas atividades na Uber do Brasil após passar por um processo seletivo e foi dispensado cinco meses depois de forma repentina e sem recebimento de qualquer verba trabalhista. O reclamante disse que chegou a fazer jornadas de trabalho de dez a onze horas por dia. As jornadas variavam de acordo com a demanda de cliente e se davam especialmente no horário noturno. O trabalhador afirmou o recebimento de um valor de aproximadamente R\$ 504,42 por semana.

O Senhor Artur Soares Neto salientou que percebeu, em certo momento, não possuir autonomia do exercício do trabalho e que jamais teria remuneração justa por tão extenuante trabalho. O motorista ainda disse que a empresa controla o serviço, fixa as tarifas, recebe os pagamentos e quando repassa aos motoristas, retém entre 25 e 30% do valor (MINAS GERAIS, 2017).

O TRT-3 informou que o trabalhador solicitou reconhecimento de vínculo de emprego e anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), além do pagamento das devidas verbas rescisórias e trabalhistas: aviso prévio, adicional por serviço noturno, remuneração justa referente aos domingo e feriados trabalhados, 13º salário, FGTS, férias, portanto direitos trabalhistas. O motorista requer ainda indenização por danos morais, por faltar ponto de apoio com sanitários e local próprio para refeições (MINAS GERAIS, 2017).

Em síntese, a decisão do juiz Filipe de Souza Sickert foi por rejeitar as preliminares e julgar improcedentes os pedidos deduzidos. Dessa forma, o juiz desconsiderou existência de vínculo empregatício argumentando principalmente a ausência de subordinação jurídica e estrutural do trabalhador à empresa. O autor ficou isento das custas processuais por ser beneficiário da justiça gratuita.

6 HÁ FORTALECIMENTO DE INTERESSES DA CLASSE DOMINANTE COM A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO?

Para uma melhor compreensão e estudo da decisão judicial, ela foi segmentada em 15 partes. A seguir serão apresentados os resumos dos segmentos.

A primeira parte trata da dispensa de relatório por se tratar de procedimento sumaríssimo. Procedimento sumaríssimo é o rito seguido na justiça trabalhista para ações com valor maior que 2 (dois) e inferior a 40 (quarenta) salários mínimos vigentes na época do início da ação. A segunda parte é o início da fundamentação e se refere ao segredo de justiça pedido pelas empresas processadas. Apenas alguns documentos foram protegidos. Essa

solicitação foi deferida parcialmente. A parte 3 é a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para julgar o processo. Obedecendo à Constituição Federal de 1988, foi rejeitada.

Na parte 4, as preliminares de inépcia da petição inicial foram rejeitadas. Na quinta parte, é rejeitada a preliminar de extinção do processo por inadequação do rito eleito e indeferido o requerimento de conversão do rito sumaríssimo em ordinário. No segmento seguinte, as reclamadas suscitam a preliminar de ilegitimidade passiva da Uber International B. V. e da Uber International Holding B.V. A preliminar foi afastada.

A parte 7 se refere ao indeferimento de requerimento, feito pelas reclamadas, de exclusão de documentos anexados pelo reclamante. Em seguida se apresenta a alegação do reclamante com os dados do caso do ponto de vista do trabalhador. Na nona parte da decisão se apresentam as alegações das reclamadas. Seguinte a isso se apresenta a questão da subordinação jurídica, a qual é considerada inexistente pelo julgador. Na sequência o juiz mostra seus argumentos para desconsiderar a inexistência de subordinação estrutural também.

No décimo segundo segmento o trabalhador é considerado motorista autônomo e o juiz afirma decidir isso com base na análise da prova documental e da prova oral. No segmento 13, concordando com o que já tinha decidido, é indeferido o pleito de verbas trabalhistas. A penúltima parte trata do deferimento do benefício da justiça gratuita ao autor da ação. Por último se tem o fechamento com o Dispositivo. Aqui o magistrado rejeitou as preliminares e julgou improcedentes os pedidos do reclamante.

A primeira parte da decisão aparentemente não necessita de análise por ser apenas a dispensa de relatório devido ao rito ser sumaríssimo, porém se ocultou a realidade vivida pelo sujeito da demanda, levando ao questionamento sobre como construir uma pacificação daquela relação se a narrativa completa dos fatos é ocultada? O que prevaleceria? Tendo em vista o que foi apresentado nos itens anteriores, prevaleceria a norma abstrata que leva a crer que o ocorrido é geral e universal.

Na segunda parte pode-se ver as demandadas solicitando que se coloque todos os documentos sobre segredo de justiça. Associa-se a isso a teoria pachukaniana de que a forma jurídica protege o poder econômico. Alguns documentos ainda foram beneficiados com o segredo de justiça garantido no Código de Processo Civil e no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). O juiz, no entanto, modulou o segredo de forma a abranger menos documentos, argumentando sobre o princípio da publicidade da relação jurídica processual, o que não justificaria nenhum segredo de justiça para o caso. Na parte 7, as reclamadas solicitam exclusão de documentos com os mesmos objetivos de autopreservação, ao que o juiz atendeu parcialmente.

Na parte 3, as reclamadas argumentam que mantiveram relação jurídica estritamente comercial. Verifica-se, conforme as concepções de Marx, a ação da economia política no que diz respeito a garantir os interesses econômicos das classes dominantes, o que faz notar que o julgador chamou para si a competência para negar o pedido, pretendendo pôr ponto final à demanda.

Em seguida, tem-se a rejeição das preliminares de inépcia da petição inicial, as quais são rejeitadas pelo magistrado. Repete-se o fenômeno do uso da forma jurídica (conforme Marx e Pachukanis) de forma que se desconsidera o proletário e se garante de interesses capitalistas burgueses. As reclamadas prosseguem solicitando a mudança de rito sumaríssimo para ordinário alegando complexidade da demanda. Se observamos a crítica à filosofia hegeliana de Marx, notamos que os antagonismos sociais estão presentes aqui a cada ponto do processo. Ocorre o embate da grande detentora de capital contra o trabalhador que vende sua força de trabalho e até mesmo tem sua mais-valia utilizada.

No sexto trecho, as reclamadas, que são partes do mesmo grupo empresarial, argumentam que a Uber Internacional B. V. e a Uber International Holding B. V. são passivamente ilegítimas. As empresas são o lado forte da questão, formam grupo econômico e estão ligadas entre si. Mais uma vez, o maior busca lograr êxito por meio da argumentação jurídica e obtém o pretendido. Algumas demandas atendidas, na verdade, favorecem o lado empresarial.

A oitava parte é composta pela alegação do reclamante. Nessa parte, convém associar a reclamação às ideias publicadas em “O Capital”. Retomando à obra, podemos relacionar os excessos de trabalho do motorista à exploração que Marx denuncia. A partir do momento que aquele trabalho já não está mais sendo pago, a mais-valia está sendo espoliada pelo empregador. Jornadas de dez a onze horas por dia já ultrapassam limites saudáveis. É a partir disso que se nota a antinomia, a luta de direitos diferentes. Karl Marx anunciava que isso tudo era luta entre classe burguesa e classe trabalhadora. Como já dito antes, Marx acreditava que os grandes magnatas queriam muito mais que o excedente de trabalho do qual aproveitavam (MARX, 2012), o ideal para eles era a extração plena da mais valia.

As reclamadas contestaram as alegações iniciais afirmando não prestarem serviços de transporte de passageiros. Repentinamente, a gigante mundial conhecida por oferecer serviços de transporte afirmou que não faz isso. Agora ela informa ser uma plataforma de compartilhamento onde motoristas autônomos oferecem seus serviços.

Ao indeferir a existência de subordinação jurídica, a forma jurídica revela uma realidade social já existente. A realidade de dominação capitalista é de onde parte o Direito e

ele acaba de ser usado para assegurar a existência dessa realidade, permitindo ao extrator fazer algo e afirmar que não o faz, obtendo aceitação do judiciário.

O mesmo pode ser verificado no indeferimento da subordinação estrutural. A decisão judicial é influenciada por concepções próprias do juiz, porém deve atender à proteção do mais fraco que é claramente explorado, em respeito a diversos princípios do nosso ordenamento. Além disso, o princípio da realidade sobre a forma permite considerar a relação Uber-motorista como relação de subordinação do trabalhador à empresa. Aparentemente, é um equívoco decidir que empresas como as reclamadas sejam meras plataformas de tecnologia quando elas oferecem o serviço de transporte, definem os preços para o cliente final, recolhem os pagamentos e ainda ficam com a média de 25% do valor, podendo chegar a 30%. Isso se afirma porque se fossem uma mera plataforma, não necessitariam recolher taxa de todas as corridas. Provavelmente recolheriam taxas com uma frequência menor (mensal ou semanal, por exemplo).

Nas últimas parte da decisão, foram indeferidas as verbas rescisórias e trabalhistas pleiteadas com base em uma análise equivocada sobre a relação entre as empresas e o autor da ação. O princípio de proteção do menos favorecido foi totalmente desconsiderado em detrimento de interesses da real classe capitalista. Se retornarmos ao que foi exposto da teoria pachukaniana neste trabalho, veremos que não surpreende essa decisão judicial que confirma um caráter histórico do direito e nega a um oprimido direitos trabalhistas básicos conquistados por meio da organização da classe trabalhadora no passar dos séculos.

A atual Constituição Federal e os códigos brasileiros não preveem uma regulamentação formal para o modelo de economia colaborativa relacionada aos direitos trabalhistas, desse modo quando casos dessa esfera são levadas ao judiciário, cada magistrado decide conforme a sua interpretação com base na Consolidação das Leis do Trabalho e no que diferencia empregados e trabalhadores autônomos, o que abre muitos caminhos para interpretações diversas até mesmo em casos semelhantes. O caso estudado traz visivelmente ausência de autonomia do trabalhador e subordinação à empresa. A interpretação dada pelo Judiciário confirma uma função dada ao direito, que é a de atender à produção de riqueza em favor dos donos dos meios de produção.

Entretanto, alguns juízes têm decidido de forma contrária, dando um parecer favorável ao servidor. Como exemplo, cita-se o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3) que, analisando os autos do processo n. 0010806-62.2017.5.03.0011, decidiu que o referido motorista da Uber é um empregado. O órgão reconheceu que o motorista não exerce as atividades por iniciativa própria e conveniência, nem deixa de se submeter ao controle da

empresa, considerando que o contrato de adesão expressa a obrigatoriedade de o motorista em aceitar os termos e condições nele previstos, o que denota que a interpretação majoritária de não submissão é questionável e não precisa mudar a norma geral (encontrada nas leis).

Essa segunda decisão se faz consoante com a teoria de Evgeni Pachukanis, que estabeleceu crítica à natureza científica da obra kelseniana e seu aspecto de pura abstração do Direito. Pachukanis diz o oposto de Kelsen. Ele considera que o Direito é um verdadeiro retrato da realidade e deve evoluir junto com a mesma. Demonstra que a jurisprudência é retrato das relações reais concretas entre as pessoas, os produtores de mercadorias. O autor rejeita a ideia de que o direito é um conjunto de normas gerais e abstratas, sendo que, em sua concepção, o direito é muito mais amplo e dinâmico, que acompanha o percurso da história tendo como categoria chave o sujeito de direito (KASHIURA JR.; NAVES, 2013).

Atualmente muitas empresas trabalham em prol de formas de trabalho agradáveis aos seus funcionários, mesmo que não deixem de extrair a mais valia, conforme os conceitos de Marx. O tratamento digno faz o trabalhador esquecer-se da sua condição de trabalhador. A Uber não se considera responsável pelas condições de trabalho de seus empregados e encontra guarida no sistema jurídico que não a obriga, na prática.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos tempos de disseminação acelerada das tecnologias digitais. Com isso, a própria dinâmica do trabalho muda e novas formas de produção, de prestação de serviço e troca de “mercadorias” acabam surgindo. A Justiça do Trabalho tem o desafio de proteger as relações trabalhistas nesse cenário dinâmico e flexível. A “*uberização*” é vista como sinônimo de evolução civilizatória, mas é necessário manter-se alerta para que o trabalhador não seja ainda mais explorado do que em épocas anteriores, ampliando a crise do mundo do trabalho.

Este trabalho teve como objetivo geral examinar, sob a perspectiva da crítica marxista, decisão judicial que desconsidera a relação de emprego existente entre a empresa Uber e um motorista da rede. O tema de pesquisa é “recente” (mas não são tão recentes os fundamentos que orientam a relação de trabalho) e tem relações diretas com o momento social vivido na nossa sociedade humana atualmente. A bibliografia utilizada e os documentos analisados nos conduziram ao resultado de que a *uberização* acirra a crise do mundo do trabalho e amplia a descaracterização da exploração da força como trabalho subordinado.

Conseguiu-se observar a decisão como um todo e também de forma segmentada, de forma a se examinar os principais argumentos do juiz, todos enfeixados na sua decisão final, a

qual, de alguma forma protege o detentor do capital. A perspectiva da teoria crítica do direito, com base em Marx e Pachukanis, nos conduziu à conclusão de que o direito não se trata de normas gerais e abstratas, mas de uma realidade que o direito categoriza como normalidade correta, podendo existir de modo diferente desde que a classe trabalhadora se organize para isso.

Os resultados obtidos apontam para o fato de a decisão judicial possuir um caráter de desvalorização das condições trabalhistas vividas pelo trabalhador Artur Soares Neto. Através dessa decisão, elevando a um plano macro, os interesses da classe mais alta prevaleceram sobre os direitos trabalhistas básicos outorgados aos menos afortunados economicamente. Embora alguns pontos menores da fundamentação da decisão sejam justos, servem apenas para legitimar a decisão final, já que o resultado final não foi justo, podendo ser até ilegal (se for levado em conta o ordenamento jurídico em que vivemos). O trabalhador se viu desprotegido face a um Direito que ali foi utilizado para garantir que grandes empresas não fossem penalizadas em nada pela falta de garantia de direitos trabalhistas que garantem a própria existência de quem tem a sua força de trabalho extraída.

A economia de compartilhamento é permitir que se use um termo positivo para precarizar relações trabalhistas e se safar de obrigações legais dessas relações. Cabe à sociedade tematizar sobre o assunto, discutir a relação injusta a que é obrigado a se submeter às condições de *uberização* do trabalho como materialização da exploração indigna e desumanizante da força de trabalho e a tentativa de descaracterização da relação como trabalho. E cabe às pessoas que estão submetidas a situação se organizarem para reivindicar seus direitos, embora nem sempre o trabalhador perceba que vende mais mão-de-obra do que seria humanamente digno. Mudanças na legislação servirão para tematizar a situação e a sociedade poderá ter acesso ao debate, mas há o risco de fragilizar ainda mais a situação de quem se já se encontra fragilizado, considerando a conjuntura socioeconômica vivida.

Ao ensino jurídico, feito na Academia, cabe contribuir para a formação de outra cultura jurídica que enxergue a realidade e os fundamentos que a orientam para depois buscar a norma geral e abstrata para aplicar. O aplicador do Direito pode mudar essa realidade, mas não necessariamente o faz, já que sua atuação considerada dentro da normalidade é não mudar o estado de coisas.

Já há muitas decisões com resultados diferentes que tem tornado o Direito mais próximo da classe trabalhadora. Todavia, é necessário que continuemos discutindo as decisões que fortalecem à elite, pois só assim conseguiremos disseminar conhecimento e aproximar o

Direito da realidade social que ele pode melhorar. O amanhã é construído no presente e todos têm papel fundamental no alcance da justiça social.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.

BRASIL. Poder Judiciário. 37ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0011863-62.2016.5.03.0137/MG – Belo Horizonte. Julgador: Juiz Filipe de Souza Sickert. Belo Horizonte, MG, 30 de janeiro de 2017. In: OITAVEN, J. C. C.; CARELLI, R. L.; CASAGRANDE, C. L. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. 248 p.

MINAS GERAIS. Poder Judiciário. Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista nº 0010806-62.2017.5.03.0011/RO**. Relator: Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco, Belo Horizonte, MG, 17 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-minas-reconhece-vinculo.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2019.

CARVALHO, O. D. **Economia do compartilhamento**: responsabilidade dos agentes diante de violações ao direito do consumidor. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2018. 65 p.

GOMES, R. A análise de dados em pesquisa qualitativa. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Organizadora). **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 67-80.

KASHIURA JR, C. N.; NAVES, M. B. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, v. 12, n. 23, UFPB, João Pessoa: 2013.

KRADER, Lawrence. (org.). **Los apuntes etnológicos de Carlos Marx**. Madrid: Pablo Iglesias Editorial, 1988.

LIMA, J. C.; BRIDI, M. A. Trabalho digital e emprego: a reforma trabalhista e o aprofundamento da precariedade. **Caderno CRH**, Salvador, v. 32, n. 86, p. 325-341, Maio/Agosto 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/337073058_TRABALHO_DIGITAL_E_EMPREGO_a_reforma_trabalhista_e_o_aprofundamento_da_precariedade/link/5dc3766d299bf1a47b1c0419/download. Acesso em: 02 dez. 2019.

MARX, K. **Miséria da filosofia**. Tradução de José Paulo Netto. São Paulo: Global, 1989.

MARX, K. **O capital**: crítica da economia política: livro I. Trad. de Reginaldo Sant'Anna. 30 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

OITAVEN, J. C. C.; CARELLI, R. L.; CASAGRANDE, C. L. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018. 248 p.

PETRINI, M.; FREITAS, C. S. ; SILVEIRA, L. M. *A Proposal for a Typology of Sharing Economy*. **Revista de Administração Mackenzie** (*Mackenzie Management Review*), 18 (5), São Paulo, p. 39-62, sept./oct. 2017. DOI: <http://doi.org/10.1590/1678-69712017/administracao.v18n5p39-62>.

RAMPAZZO, Renato Haidamous. **Desafios Jurídicos da Economia Compartilhada no Brasil** (Sharing Economy's Legal Challenges in Brazil). 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo: 2017. 106 p. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3161855>. Acesso em: 30 nov. 2019.

SARTORI, V. B. Marx: Crítica do Direito e Crítica à Economia Política. **Marx e o marxismo**, v. 5, n. 9, p. 270-284, jul./dez. 2017.

SCHOR, Juliet. *Debating the Sharing Economy*. Great Transition Initiative, Tellus Institute, Outubro de 2014. Disponível em: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>. Acesso em: 28 nov. 2019.

UBER NEWSROOM. **Fatos e dados sobre a Uber**. 10 mai. de 2019. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

A relação da Lei Geral de Proteção de Dados e Smarts Contracts gerados por blockchain nas empresas



DENILSON DAYSON MORAIS ALVES

Jurista com ampla experiência em diversas áreas do Direito, tanto na forma contenciosa como na preventiva, possuindo sua graduação pelo Centro Universitário Uninovafapi. Pós-Graduando em Direito Tributário, Pós-graduando em Prática Trabalhista e Previdenciária e MBA em Gestão Jurídica da Saúde.



ALBERT VINICIUS FURTADO CAVALCANTE

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi.



CLÉA MARA COUTINHO BENTO

Possui mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2012) e doutorado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2020). Atualmente é professora do CENTRO UNIVERSITÁRIO UNINOVAFAPI. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: celíaco, consumidor, políticas públicas e restrições alimentares, acessibilidade atitudinal. Advogada, Mediadora Judicial e Assessora na SEED/PI.

A RELAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E *SMARTS* *CONTRACTS* GERADOS POR *BLOCKCHAIN* NAS EMPRESAS

RESUMO

A presente pesquisa objetivou apontar a ausência de regulamentação adequada nos *Smart Contracts* gerados pela tecnologia *blockchain* no que se refere à inviabilidade técnica de exclusão desses dados, como tutela a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Para tanto, valeu-se de uma revisão bibliográfica e documental. Da pesquisa evidenciou-se a importância da LGPD na contemporaneidade quanto à preservação dos direitos fundamentais. Foi delineado o funcionamento da criptografia presente nos contratos digitais e a funcionalidade dos *Smart Contracts* para apontar a inaplicabilidade do direito à exclusão de dados. Constatou que a proteção jurídica introduzida pela LGPD, no que se refere ao direito do titular quanto à exclusão de seus dados é ineficiente nesses novos contratos tecnológicos. O estudo apontou como mecanismo alternativo para eliminação dos dados dentro do sistema de *blockchain* e *smart contracts*, a prévia criptografia dos contratos inteligentes antes de implantá-los na *blockchain*, de forma que apenas os participantes que estão envolvidos naquele contrato específico podem acessar o conteúdo, usando suas chaves de descryptografia. Concluiu-se pela necessidade de ampliação da proteção de dados pessoais compatíveis com a tecnologia utilizadas nos *Smarts Contracts*, gerados pela *blockchain*, por se tratar de um novo o processo de inovação tecnológica.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Direito à Exclusão de Dados. Blockchain. Smart Contracts.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história as transformações na sociedade são constantes, muitas delas impactaram a própria ação humana e a forma das relações sociais, o que conseqüentemente passou a exigir alterações nas relações jurídicas e no ordenamento jurídico.

Na atualidade do modelo das relações sociais no meio digital, o uso da inteligência artificial passou a ser ferramenta de otimização da economia de mercado, passando o domínio da informação a ser objeto de comercialização e de interesse de empresas, com a finalidade de modernização, eficiência em suas atividades e conseqüentemente otimização do lucro.

No mercado de oferta de bens e serviços de consumo, a informação sempre foi elemento essencial, com a digitalização e uso da inteligência artificial e o armazenamento exponencial dos dados dos consumidores; questões envolvendo manipulação desses dados acabaram fomentando a discussão jurídica acerca dos limites de divulgação dessas informações por parte das empresas, de forma a assegurar o respeito à privacidade, aos direitos fundamentais de inviolabilidade da intimidade da honra, da imagem e da vida privada.

Ao proteger a imagem e os dados pessoais, objetiva-se a preservação de como o indivíduo é visto e sente-se perante a sociedade. Nesse contexto, sugeriram diversas leis, sendo a primeira delas a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (conhecido como o Marco Civil da Internet) em seguida o decreto, que a regulamentou, Decreto nº 8.771 de 11 de maio de 2016 e, mais recentemente a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018 a então Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A recente LGPD confere poder ao titular dos dados que passa a ter o direito de pedir acesso, eliminação, portabilidade, bloqueio e até mesmo a revogação do consentimento sobre o uso de seus dados e de seus familiares, especialmente se os mesmos estão em situação de vulnerabilidade.

Um direito previsto na LGPD é o direito de exclusão de dados dos bancos de informações digitais, porém a lei em vigor ainda deixa lacunas acerca da impossibilidade de tais atos como o caso dos *smarts contracts* gerados pela tecnologia *blockchain*. É importante destacar que se trata de um fenômeno perfeitamente normal visto que a normatização sempre estará um passo atrás dos desenvolvimentos tecnológicos e sociais, pois somente em decorrência destas que surgem a necessidade da tutela jurisdicional.

Desta forma, o presente artigo tem como objetivo identificar e apontar a impossibilidade da exclusão de dados previstas na LGPD em contratos inteligentes (*smarts contracts*) gerados

pela tecnologia *blockchain*, apontando as consequências e evidenciando problemas jurídicos decorrentes dessa relação contratual.

Portanto, a questão norteadora consistiu em identificar como aplicar a proteção constante na LGPD, quando as empresas utilizam *smarts contracts* gerados por *blockchain* do qual não permitem a exclusão de dados.

Nesse contexto, o objetivo geral foi identificar e apontar a lacuna legislativa da LGPD, em face da omissão sobre a exclusão dos dados em situações de impossibilidade tecnológica, limitando-se apenas a impor a exclusão como um direito ao titular dos referidos dados.

Para atingi-lo, há alguns objetivos específicos: discutir o processo de transformação da legislação brasileira em relação a proteção de dados, contextualização de contratos inteligentes (*smarts contracts*) e a tecnologia *blockchain* como forma de segurança e modernização da atividade empresarial e sua impossibilidade de exclusão de dados; ressaltar os direitos fundamentais de inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e da vida privada.

A relevância do tema faz-se pelas constantes inovações tecnológicas que afetam as mais distintas áreas sociais, econômicas e jurídicas, justificando a contínua reflexão e modernização do próprio setor mercantil que busca se manter de forma segura a oferta de bens e/ou serviços, buscando o equilíbrio e respeito aos direitos fundamentais previstos na constituição.

Para responder a problemática e atender aos objetivos delineadas, utilizou-se como estratégia metodológica a pesquisa bibliográfica narrativa por meio de livros, manuais, artigos de revisão, publicações jornalísticas buscando ao decorrer do artigo evidenciar a lacuna legislativa, suas consequências jurídicas e demonstrar a importância da modernização da empresa.

Neste sentido, estruturou-se esta pesquisa em três tópicos, sendo o primeiro uma contextualização histórica do direito e relação dos dados pessoais desde o surgimento da internet até a então última norma regulamentadora em vigor.

2 O CAMINHO LEGISLATIVO A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A rápida evolução das tecnologias e da inteligência artificial proporcionou um mundo totalmente novo onde não existia um amparo jurídico as novas atividades e formas de negócio (LONGHI et al., 2020). Nesse contexto de desenvolvimento tecnológico, as informações passaram a circular com uma rapidez nunca vista, junto dessas informações passaram também a circular os mais diversos tipos de dados dos usuários.

Diante disso, os legisladores pátrios foram aperfeiçoando e criando séries de normatizações com o preceito de garantir os direitos fundamentais à privacidade, da inviolabilidade da intimidade da honra, da imagem e da vida privada.

Com o surgimento da Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, O Código de Defesa do Consumidor - (CDC), normatizou e regularizou o uso dos dados dos consumidores estabelecendo que o consumidor possui o direito a ratificação dos dados quando estes imperfeitos. Surgindo uma das primeiras regulações de dados em que as empresas e empresários devem se atentar aos cuidados aos dados (BRASIL,1990).

Seguindo a sequência da normatização surge a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei de Interceptação Telefônica e Telemática, reconhecendo o direito à privacidade. Restringindo e normatizando como as informações poderiam ser utilizadas em tais circunstâncias. Assomou-se, então, a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997 - Lei do Habeas Data, que regulava o direito constitucional ao acesso as informações pessoais (BRASIL, 1996; BRASIL, 1997).

A Lei nº 12.965/2014 conhecida como Marco Civil Da Internet foi um mecanismo legislativo para estabelecer princípios, direitos e deveres que logicamente afetaram as empresas em relação ao uso das novas tecnologias.

Em fomento e aperfeiçoamento chegou-se ao contexto da Lei Geral de Proteção de Dados, a nova lei baseada no sistema de proteção de dados europeu *General Data Protection Regulation, GDPR*, que segundo Maciel (2019, p.350) esta Lei em Fomento busca um “equilíbrio entre os novos modelos de negócio baseados no uso de dados pessoais e a proteção à privacidade, preocupação cada vez mais em pauta no debate público”.

Nota-se que antes da Lei em fomento a regulação de dados era feita de forma esparsa em normas, leis e na própria constituição. Agora, com a vigência da LGPD os empresários tanto quanto os titulares de dados têm ao seu dispor uma simplificação de gerenciamento de seus direitos e deveres com a relação de dados.

Ademais a LGPD trouxe princípios enumerados no seu Art. 6º que tramontana o seu funcionamento sendo eles:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - Finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - Adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - Livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - Qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - Transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - Segurança: 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;

VIII - Prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - Não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - Responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da 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 (BRASIL, 2018).

Com efeito, da transcrição acima, os princípios delineados na LGPD objetivam respeitar e viabilizar o direito do titular dos dados, que assume um papel de protagonismo na relação entre empresa e o titular.

A LGPD deixa claro em seu art. 2º, II, a autodeterminação informativa dos dados, desta forma, o usuário tem direito a decidir como seus dados poderão ser utilizados, podendo, inclusive, optar pela exclusão dos dados, como estabelece o Art. 18 em seu parágrafo VI.

Litteris:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

[...]

IV - Anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

[...]

VI - Eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - Informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - Informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - Revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

§ 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional. [...] (BRASIL, 2018).

A concessão do uso dos dados exige um processo de guarda e proteção por parte do controlador, responsável pela manipulação dos dados, e uma das vertentes para essa segurança é o uso da tecnologia *blockchain*. Essa tecnologia permite o uso dos dados com um nível de segurança raro e é a presente nos *smart contracts*.

Percebe-se que mesmo sendo a LGPD a mais atual legislação que trata a respeito da proteção de dados ela ainda não é capaz de abranger todas as situações fáticas-econômicas da realidade mercantil que se encontram em constante desenvolvimento e aperfeiçoamento. A Lei impõe uma situação que é incabível em determinadas ocasiões; o direito à eliminação dos dados do usuário. Isto significa que a lei dá o direito ao titular de exclusão de seus dados em contratos gerados pela tecnologia *blockchain* do qual é impossível a exclusão, sendo assim, inaplicável nos *smart contracts*.

Ressalta-se ainda que os *Smart Contracts* não possuem a finalidade de armazenamento de informações dos usuários como meio de enriquecimento, mas sim propiciar uma autonomia nas relações contratuais. Decorrente disto, propiciar maior economia mercantil.

3 A EXCLUSÃO DE DADOS E A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA CONSTITUIÇÃO

No Brasil, o direito fundamental à privacidade foi inserido de forma direta, por meio da Constituição de 1988, em seu art. 5º, inc. X: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988).

Uma das teses que foram levantadas em virtude do direito à privacidade foi a do direito ao esquecimento. O direito ao esquecimento faz-se pela premissa de impedir, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos em meios de comunicação.

Diante disso, o direito constitucional à privacidade abrange também os dados dos indivíduos independentes de sua forma de captação seja de maneira física ou digital. Nesse contexto, a LGPD trouxe a aplicação de princípios que guiam o uso dos dados da maneira mais ética possível possibilitando o direito de exclusão dos dados pessoais.

Importante julgado ocorreu na Espanha e serviu de diretriz para a análise do direito ao esquecimento. "Mario González, cidadão espanhol, moveu, perante a Agencia Española de

Protección de Datos, demanda contra o jornal La Vanguardia Ediciones SL (La Vanguardia) e contra a Google. Em revisão RE 1010606 / RJ Spain e a Google Inc., arguindo violação de sua privacidade e da proteção de seus dados, pois em pesquisa por seu nome em tais provedores de busca encontrava-se informações passadas que desagradavam o autor do desígnio” (RODRIGUES JUNIOR, 2014).

No referido caso, o autor da demanda e da tese estavam em desacordo com informações relacionadas a negatização de seu nome em decorrência de dívidas com a seguridade social espanhola e pleiteava que a busca por seu nome não o levasse mais a informações negativas a respeito às dívidas sociais passadas.

Na demanda espanhola surgiu então a pretensão da existência do direito ao esquecimento no âmbito virtual e em decorrência de razões econômicas. Trazendo ênfase aos contratos inteligentes com *blockchain*, do qual principiologicamente possuem natureza comercial, como se estenderia no Brasil a impossibilidade de exclusão dos dados em virtude da essência do formato de negócio (jurídico)?

O julgado Google Espanha (Caso González) teve forte impacto na percepção do direito, influenciando a doutrina, a jurisprudência e mesmo as pretensões legislativas no Brasil.

Em 2021, o Supremo Tribunal Federal analisou e posicionou-se sobre a possibilidade constitucional da existência do direito ao esquecimento tendo como resultado a incompatibilidade constitucional com a tese.

Sobre o caso que gerou discussão o site jurídico conjur profere breve resumo que permite guiar o entendimento do caso concreto (RODAS, 2021):

O recurso chegou ao Supremo ajuizado pelos irmãos de Aída Curi, vítima de um crime de grande repercussão praticado nos anos 1950 no Rio de Janeiro. Eles buscam reparação da TV Globo pela reconstituição do caso no programa televisivo "Linha Direta" sem a autorização da família. O programa foi exibido em 2004. Os irmãos de Aída questionam a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que entendeu que a Constituição garante a livre expressão de comunicação, independentemente de censura ou licença. Os desembargadores definiram que a obrigação de indenizar ocorre apenas quando o uso da imagem ou de informações atingirem a honra da pessoa retratada e tiverem fins comerciais. Ainda segundo o TJ-RJ, a Globo cumpriu sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o caso. No Supremo, os ministros reconheceram a repercussão geral da matéria em junho de 2017. A maioria dos ministros votou para negar o recurso e a reparação pedida. "Casos como o de Aída Curi, Ângela Diniz, Daniella Perez, Sandra Gomide, Eloá Pimentel, Marielle Franco e, mais recentemente, da juíza Viviane Vieira, entre tantos outros, não podem e não devem ser esquecidos", afirmou o relator, Dias Toffoli. Fachin reconheceu a existência, em abstrato, do direito ao esquecimento, mas entendeu que ele não se aplica ao caso concreto. Nunes Marques e Gilma Mendes avaliaram que o direito ao

esquecimento é incompatível com o Direito brasileiro. Contudo, opinaram que a TV Globo deve indenizar a família de Aída Cury por noticiar de forma vexatória a morte da jovem.

Como se extrai a corte aprovou a tese com repercussão geral com o seguinte dizer: É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais (RODAS, 2021).

Absorve-se do caso a impossibilidade do direito ao esquecimento em relação as informações públicas. Trazendo ao contexto das *blockchain* e dos *smart contracts* não há que se falar em dados expostos. O seu próprio sistema criptográfico permite a segurança de suas informações entre aqueles que fazem parte do negócio em questão.

4 BLOCKCHAIN

Inúmeras mudanças ocorreram na história comercial e elevaram a realidade econômica atual da sociedade. Não foi diferente nas relações mercantis. Mudanças recentes têm reconhecido o fenômeno da descartularização como inerente do setor econômico e aprimorando um dos mais tradicionais princípios dos títulos de créditos. Este é só um dos exemplos de como a tecnologia vem mudando a forma de se ver o Direito.

Como alerta Coelho (2016):

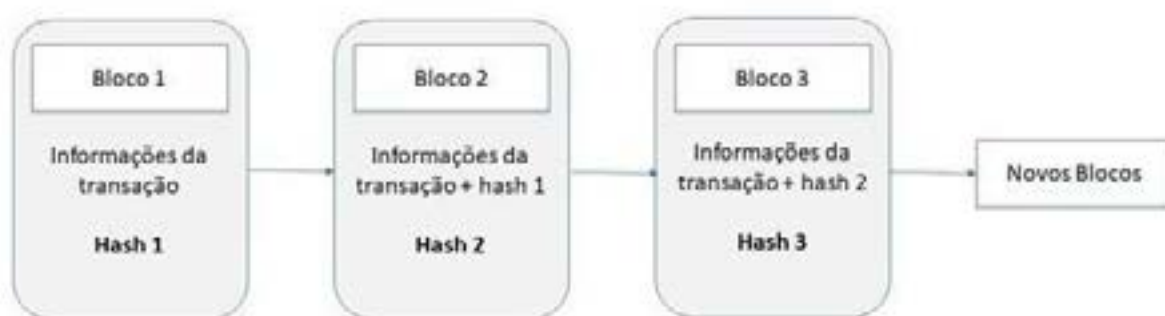
“os empresários, ao venderem seus produtos ou serviços a prazo, cada vez mais não têm se valido do documento escrito para o registro da operação. Procedem, na verdade, à apropriação das informações, acerca do crédito concedido, exclusivamente em meio eletrônico, e apenas por esse meio as mesmas informações são transmitidas ao banco para fins de desconto, caução de empréstimos ou controle e cobrança do cumprimento da obrigação pelo devedor. Os elementos identificadores do crédito concedido, na hipótese de inadimplemento, são repassados pelos bancos aos cartórios de protesto apenas em meio eletrônico” (Coelho, 2016, p. 459).

Este fenômeno chamado *Legal informatics* tem por objetivo apresentar uma visão geral inédita de informática jurídica, que é uma área do Direito, Tecnologia, Inovação e Economia. Seguindo esse entendimento uma das mais atuais tecnologias que vem sendo inseridas na realidade empresarial é a tecnologia *BLOCKCHAIN*. Pode-se definir *Blockchain* como uma espécie de livro contábil digital, *ledger*, do qual registra as informações por meio de blocos

sucessíveis de informações através de uma criptografia avançada. Cada registro na lista de uma cadeia de blocos possui um *hash*. Este algoritmo possui uma função de converter uma entrada de letras e números, que serve como identificação de um bloco e em uma saída criptografada de forma sucessiva comunicando as informações entre si (TAPSCOTT, 2017).

A título de exemplo segue uma demonstração visual do procedimento na Figura 1.

Figura 1 - O sistema de *blockchain*



Fonte: Dicionário Financeiro, 2021.

Todo esse complexo criptográfico busca a garantia de segurança, atualmente esse sistema de proteção de dados é considerado inquebrável uma vez que para que seja corrompida uma informação presente na cadeia de blocos seria necessário um esforço quase irreal. Pois em se tratando de uma informação contida no sistema ela não poderia ser removida ou alterada, mas somente atualizada no bloco subsequente.

Ainda enumerando as vantagens da tecnologia, pode-se evidenciar a descentralização do sistema que permite uma autonomia com um potencial de uso para as mais diversas atividades com total autonomia. Isto significa que nas palavras de “Uma pessoa terá a capacidade de eliminar o intermediário e os especialistas reformando efetivamente todos os negócios no mundo”. Um exemplo que já é de notório conhecimento do uso dessa autônima da tecnologia são as criptomoedas, em especial a Bitcoin hoje mundialmente conhecida e valorizada (ALEXANDRE, 2020).

4.1 Smart Contracts

Os *Smart Contracts* são softwares refinados com a tecnologia *blockchain* do qual são programados para seguirem determinados comandos estabelecidos previamente quando

circunstâncias se concretizarem de forma autônoma sem vínculo com um terceiro de confiança. Comumente esses contratos possuem um personagem de confiança normalmente uma instituição financeira, como o Banco. Visando eliminar intermediários e facilitar as relações mercantis os *smart contracts* eliminam o terceiro sendo este substituído por um software. Assim sendo, pode ser pensado como um sistema que libera ativos digitais para todas ou algumas das partes envolvidas, uma vez que as regras pré-definidas tenham sido atendidas, caracterizando a autoexecutabilidade dos contratos (CORRALES; FENWUCK; HAAPIO, 2019).

As diferenças na interpretação dos contratos e as falhas na elaboração do contrato são historicamente conhecidas como as principais causas de disputas judiciais. Disputas e resoluções de contratos foram identificadas como os riscos legais mais importantes enfrentados pelas organizações e, apesar das evidências, a adoção de técnicas de aprimoramento das relações continuam por enfrentar barreiras. Estudos também relatam que a maioria das disputas societárias está relacionada a contratos, revelando as correlações entre gastos com litígios e receitas. Além disso, clientes e as empresas desafiam cada vez mais a qualidade, entrega e custos legais de serviços e começam a reconsiderar a necessidade de contratar profissionais nas áreas onde soluções automatizadas podem ser implementadas (NORTON ROSE FULBRIGHT, 2016).

Todo contrato possui suas cláusulas, geralmente, essas versam sobre os mais diversos pontos e possibilidades de circunstâncias de um negócio jurídico. Quando acontece o descumprimento de uma destas cláusulas existe um custo que se move para efetivação do direito ali salvaguardado. Com os *smart contracts*, a efetivação das circunstâncias clausulais é feita de maneira automática. Sendo assim, uma das características mais evidenciada, a autonomia e autoexecutoriedade.

Existem dois tipos de contratos inteligentes, a saber, contratos inteligentes determinísticos e não determinísticos. O *Smart Contracts* determinístico quando executado, não requer nenhuma informação de uma parte externa (de fora do *blockchain*). Um contrato inteligente não determinístico é um contrato que depende de informações de uma parte externa, fazendo a necessidade do oráculo (ALEXANDRE, 2020).

Para efetivação desses contratos alguns elementos fazem parte sendo eles: a assinatura digital, Oráculo, *Peer to Peer*, *Machine to Machine* e *Wallet*. Ao detalhar cada um deles podemos entender melhor o funcionamento destes contratos.

A assinatura digital funciona como uma identificação formal de uma pessoa, empresa ou até mesmo de uma máquina. Baseia-se em um código gerado de forma criptografada. Essa identidade consiste em um aplicativo que faz a verificação de dados e documentos,

comprovando que a pessoa responsável por acessá-lo realmente existe. A comprovação se dá por meio de senha, chaves de segurança, mecanismos de comprovação de identidade, entre outros recursos (ALEXANDRE, 2020).

Oráculo são terceiros que fornecem informações *off-chain*, visto que os contratos inteligentes não podem acessar informações fora do seu sistema. Ou seja, são os responsáveis por alimentar o *blockchain* com informações de fora do sistema (ALEXANDRE, 2020).

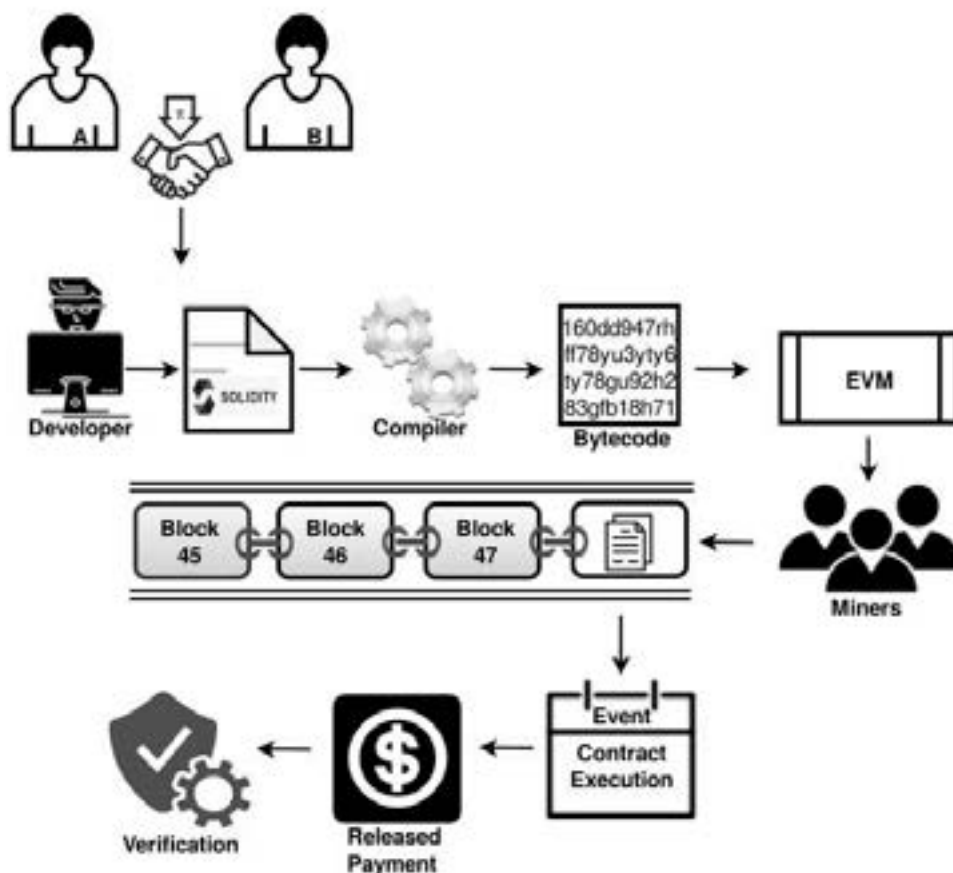
Peer to Peer “é uma arquitetura de redes de computadores onde cada um dos pontos ou nós da rede funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo compartilhamentos de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central” (ALEXANDRE, 2020).

Machine-to-Machine “refere-se a tecnologias que permitem tanto sistemas com fio quanto sem fio a se comunicarem com outros dispositivos que possuam a mesma habilidade” (ALEXANDRE, 2020).

Wallet é uma carteira digital que permite aos usuários armazenar e gerenciar seus ativos (ALEXANDRE, 2020).

Entendendo a forma de criptografia e o funcionamento do sistema dos *smart contracts* é de notável reconhecimento que a codificação e imutabilidade das informações são imprescindíveis para o desenvolvimento da proposta de negócio. Ademais a exclusão dos dados não se ver cabível nesse sistema de negócio uma vez que afetaria toda a essência do negócio, encontrando-se outros mecanismos para aparar a efetivação da proteção de dados do usuário.

Figura 2 - Estrutura de um *Smart Contract*



Fonte: SAYEED; MARCO-GISBERT; CAIRA, 2020

Mister destacar que os objetivos gerais do projeto de *smart contracts* são satisfazer as condições contratuais comuns e minimizar exceções maliciosas e acidentais assim como minimizar a necessidade de terceiros. Os objetivos econômicos relacionados incluem redução de perdas por fraude, custos de arbitragem e execução e outros custos de transação. Evidenciando a inerência tecnológica como meio de otimização das empresas nas suas relações comerciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciou-se nesta pesquisa a importância e o avanço normativo que representou a LGPD na contemporaneidade, quanto à preservação dos direitos fundamentais.

No estudo, identificou-se o funcionamento da tecnologia dos contratos inteligentes, gerados pela *blockchain*, enumerando as vantagens mercantis que com ela são disponíveis, apontando o uso dos *smart contracts* como uma ferramenta de autonomia contratual e não como

mecanismo de enriquecimento por uso dos dados dos usuários, demonstrando a relevância do tema que vem transformando a economia mundial.

A partir da análise da proteção vigente, o estudo demonstrou que a proteção jurídica introduzida recentemente pela LGPD, no que se refere ao direito do titular quanto à exclusão de seus dados, é ineficiente nesses novos contratos tecnológicos.

O estudo apontou mecanismos alternativos para eliminação dos dados dentro do sistema de *blockchain* e *smart contracts* que consistem em criptografar os contratos inteligentes antes de implantá-los na *blockchain*, de forma que apenas os participantes que estão envolvidos em um contrato, podem acessar o conteúdo do contrato usando suas chaves de descryptografia, o que amplia a privacidade na guarda desses dados e evita vazamentos despropositais.

Neste sentido, há necessidade de ampliação da proteção de dados pessoais compatíveis com a tecnologia utilizadas nos *Smarts Contracts* gerados pela *blockchain*, por se tratar de um novo o processo de inovação tecnológica.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, F. **BLOCKCHAIN: Desvende os segredos da tecnologia blockchain, criptomoedas e o futuro da Internet (Bitcoin, Blockchain & Criptomoedas)**. Kindle, 2020. ASIN: B08MZ64XB2.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 maio. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997.** Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 nov. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial.** 18. ed. São Paulo. Saraiva, 2014. Volume I.

CORRALES, M; FENWICK, M; HAPIO, H (Ed.). **Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain.** Springer, 2019. 276 p., ISBN 978-981-13-6085-5.

DICIONÁRIO FINANCEIRO. **Blockchain:** entenda o que é e como funciona de maneira simples. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/blockchain/>. Acesso em: 11 maio. 2021.

LONGHI, J. V. R. et al. **Fundamentos do direito digital.** LAECC, 2020. 480 p., ISBN 978-65-99099-21-2.

MACIEL, R. F. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Atualizado com a MP 869/18 eBook Kindle.** 1 ed. RM Digital Education, 2019. ASIN: B07QWHS193.

NORTON ROSE FULBRIGHT RELEASES. **Norton Rose Fulbright releases 2016 Litigation Trends Annual Survey.** Norton Rose Fulbright Releases, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.nortonrosefulbright.com/news/142350/norton-rosefulbright-releases-2016-litigation-trends-annualsurvey>. Acesso em: 19 abr. 2021.

RODAS, S. **Direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, decide STF.** Consultor Jurídico, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/direito-esquecimento-incompativel-constituicaostf2>. Acesso em 13 abr. 2021.

RODRIGUES JUNIOR, O. L. **Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha**. Consultor Jurídico, 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeugoogle-espanha>. Acesso em 13 abr. 2021.

SAYEED, S; MARCO-GISBERT, H; CAIRA, T. **Smart contract**: Attacks and protections. IEEE Access, v. 8, p. 24416-24427, 2020.

TAPSCOTT, D. **Blockchain revolution**. São Paulo. SENAI-SP, 2017. 392 p.

A responsabilidade civil dos influenciadores digitais pelos produtos e serviços divulgados nas redes sociais



MARINA BARBOSA AZEVEDO

Graduada em Direito no Centro Universitário UNINOVAFAPÍ,
Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro
Universitário UNINOVAFAPÍ.

E-mail: marinabarbosaazevedo@gmail.com



VANESSA DE PÁDUA RIOS MAGALHÃES

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí-
UFPI, Especialista em Educação em Direitos Humanos pela
UFPI e Mestre em Direito pela Universidade Católica de
Brasília.

E-mail: vanessarius@hotmail.com

A Responsabilidade Civil Dos Influenciadores Digitais Pelos Produtos e Serviços Divulgados Nas Redes Sociais

Marina Barbosa Azevedo¹

Vanessa de Pádua Rios Magalhães²

Resumo: Com o avanço da tecnologia e tamanha popularidade das redes sociais, os influenciadores digitais, ao compartilharem seus estilos de vida, experiências, gostos e predileções, tornaram-se figuras centrais do comércio digital. Por meio de estudo doutrinário e casuístico, o artigo analisa a responsabilidade civil dos influenciadores digitais em razão de indicação de produtos e serviços nas redes sociais, partindo da concepção de quem são essas personalidades e como atuam nas mídias sociais, se há relação de consumo entre eles e seus seguidores, quais os diplomas jurídicos que disciplinam essa relação, para que, por fim, pudesse-se verificar a possibilidade jurídica dos influenciadores responderem pelos produtos e serviços divulgados nos chamados *publiposts*. Sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, do Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR, do Código Civil e da doutrina, adotando-se o conceito de fornecedor por equiparação de Leonardo Bessa, conclui-se que os influenciadores digitais, por serem indivíduos que atuam frente aos consumidores como se fossem os próprios fornecedores, respondem solidariamente e objetivamente pelos produtos e serviços divulgados nas suas redes sociais.

Palavras-chave: influenciadores digitais. Responsabilidade civil. Fornecedor por equiparação. CONAR. Código de Defesa do Consumidor.

INTRODUÇÃO

Os influenciadores digitais, as novas personalidades do mundo digital, da publicidade, propaganda e marketing, são pessoas que compartilham seus estilos de vida, experiências, gostos e predileções, e acabam por conquistar a confiança dos seguidores de modo natural ou orgânico. Esses personagens surgiram ocasionalmente e passaram a exercer papel de destaque nas redes sociais, de tal forma que marcas e empresas passaram a utilizá-los como instrumentos de divulgação de produtos e serviços. Devido à rapidez com que esses influenciadores ascenderam no cenário virtual, observou-se a necessidade de que fossem criados meios de proteção aos seguidores, o público-alvo dos chamados *publiposts*. Foi, a partir disso, que surgiu o questionamento acerca da possibilidade de responsabilização civil dos influenciadores digitais pelos produtos e serviços divulgados em suas redes sociais. Ou

¹ Graduada em Direito no Centro Universitário UNINOVAFAPI, Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI. e-mail: marinabarbosazevedo@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí-UFPI, Especialista em Educação em Direitos Humanos pela UFPI e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, e-mail: vanessarius@hotmail.com.

seja, poderiam os influenciadores digitais serem responsabilizados pelos produtos ou serviços divulgados nas suas redes sociais?

Com o objetivo de responder essa questão, procurou-se, nesse artigo, entender o papel dos influenciadores digitais na sociedade consumerista e a forma de atuação deles, para que, assim, fosse realizado um paralelo entre a relação influenciador-seguidor e fornecedor-consumidor, de modo a aferir se entre eles existiria relação de consumo. Adotando-se o conceito de fornecedor por equiparação, tese criada por Leonardo Bessa, o influenciador digital, considerando o modo como atua nas mídias sociais ao divulgar um produto ou serviço para fins de comercialização destes, pode ser classificado como fornecedor, e, conseqüentemente, também está sob a égide do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Ademais, outro diploma jurídico, aplicado com maior frequência no âmbito digital, foi analisado: o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que é utilizado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-CONAR para fiscalizar e regular a publicidade exercida pelos influenciadores. Por fim, foi apresentada, à luz do Código Autorregulamentação dos Anúncios Publicitários e do Código de Defesa do Consumidor, por meio de análise doutrinária e de casos concretos julgados, a forma como os influenciadores digitais podem ser responsabilizados, e como vêm o sendo na realidade, bem como a natureza dessa responsabilidade civil.

1 OS INFLUENCIADORES DIGITAIS

1.1 Quem são os influenciadores digitais e como atuam na sociedade consumerista?

Os influenciadores digitais são os novos personagens do mundo digital, da publicidade, propaganda e marketing. São indivíduos que atuam nas mídias sociais ditando comportamentos e tendências, indicando produtos e/ou serviços e compartilhando ideias. São, hoje, quase que indispensáveis às estratégias de comunicação das empresas. Segundo Alberto Valle (2019), diretor da Academia do Marketing, o influenciador digital é, do ponto de vista técnico, a pessoa ou marca que, através do seu conteúdo, consegue influenciar, de alguma maneira, a forma como seus seguidores encaram ou consideram determinadas questões ou conceitos. Para o diretor, qualquer pessoa pode ser um influenciador digital, desde que possua a característica de ser um formador de opinião na internet, de influenciar as pessoas, isto é, de ter engajamento nas redes sociais.

Para Gasparotto, Freitas & Efling (2019, p. 11), os influenciadores digitais, ao compartilharem os seus estilos de vida, experiências, gostos e predileções, conquistam a

confiança dos usuários, por isso são vistos como grandes formadores de opinião, cujo engajamento é capaz de modificar comportamentos e mentalidade daqueles que os seguem. No mesmo sentido, Bastos *et al.* (2017, p. 2) afirmam:

Em virtude disso os novos profissionais da web exercem grande poder sobre as massas, pois eles possuem credibilidade diante de seus seguidores. Sendo assim, são verdadeiros formadores virtuais de opiniões. Aplicando estratégias empregadas pelas marcas que os contratam, ou então por eles mesmos, são capazes de atingir possíveis consumidores de forma mais natural/orgânica, promovendo a mudança comportamental e de mentalidade em seus seguidores, os quais, por se identificarem com o digital influencer, também se identificam com o conteúdo que é por ele divulgado.

Vale salientar que, inicialmente, a figura do influenciador digital não estava associada a uma atividade profissional. Eram apenas pessoas que, pelo carisma, personalidade ou outro atributo, destacavam-se nas mídias sociais e ditavam regras entre os seus seguidores. No entanto, com o desenvolvimento da internet, principalmente no que diz respeito ao comércio digital e à sociedade de consumo, inevitavelmente, esses mundos se encontraram: o da publicidade, do marketing, o do comércio digital com o dos influenciadores digitais. Porquanto ainda não seja uma profissão regulamentada, dotada de lei própria que discipline as atividades exercidas pelos influenciadores e as relações formadas entre estes e as empresas que os contratam, bem como com aqueles que consomem os produtos divulgados nos chamados *publiposts*, algumas leis esparsas são aplicadas a fim de salvaguardar tais relações. São elas: o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a legislação do CONAR, o Marco Civil da Internet, dentre outras.

Partindo do princípio de que a massa de seguidores que acompanha os influenciadores digitais é composta por pessoas que se identificam com eles - seja pelo comportamento, pela forma de se expressar ou de pensar - e, conscientemente ou não, passam a replicá-los em vários aspectos (dentre eles o perfil de consumo dos *influencers*), as grandes marcas viram nisso uma oportunidade de angariar consumidores nas mídias sociais. De forma geral, isso se dá da seguinte forma: as marcas contratam os influenciadores cujos perfis guardam alguma identificação com o seu produto ou serviço, para que, de forma natural ou orgânica, os consumidores-alvo da marca passem a consumi-la. Aumentando, assim, o alcance mercadológico daqueles. No que concerne à publicidade de produtos e serviços nas mídias sociais, os influenciadores digitais possuem basicamente o mesmo comportamento: incluem, nas suas rotinas, os produtos que pretendem divulgar, de modo a despertar, nas pessoas que os seguem, o interesse em adquiri-los. Nesse sentido, Bastos *et al.* (2017, p. 2) concluem:

Através dos resultados obtidos, pôde-se verificar que os digital influencers atuam como formadores de opiniões, sobre as marcas anunciadas, ao criarem

um ambiente propício para troca de experiências com os usuários, a partir das redes sociais. Desta forma, as empresas varejistas passaram a vislumbrar o fato de que esses influenciadores trazem benefícios aos seus negócios, visto que a relação existente entre consumidor e influenciador é de confiança e credibilidade, e a aceitação do influenciador, acerca de um produto ou serviço, indica que a empresa terá grandes chances de agradar o seu público alvo.

1.2 Da relação jurídica entre os influenciadores digitais e os seguidores: há relação de consumo?

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-CONAR, organização não-governamental que busca promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial, classifica a atividade realizada pelos influenciadores digitais nas redes sociais, por meio dos *publipost*, como anúncio publicitário (conceituado no art. 18 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária), *in verbis*:

Artigo 18 Para os efeitos deste Código:

a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante;

a palavra produto inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou ideias que sejam promovidos pela publicidade;

a palavra consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.

Realizando paralelo entre dispositivos acima colacionados e a prática do *digital influencer* pode-se concluir que: anúncio publicitário é toda e qualquer forma de publicidade, independentemente do meio em que é propagada. No caso dos influenciadores, o meio de propagação da publicidade é a rede social, materializada nos aplicativos como *facebook*, *twitter*, *instagram*, *Tumblr*, entre outros. O termo produto é gênero composto por várias espécies, tais quais: os bens, serviços, facilidades, instituições, até mesmo ideias, promovidos pela publicidade. Ou seja, tudo que os *influencers* divulgam nas mídias, com a intenção de vender, comercializar e divulgar, é considerado produto. Por fim, consumidor, segundo o CONAR, é toda pessoa atingível pelo anúncio, como consumidor final, público intermediário ou usuário. Em outras palavras, os chamados seguidores, aqueles que acompanham os conteúdos produzidos pelos *influencers*, são considerados consumidores, uma vez que são diretamente “afetados” pelos anúncios publicitários nas mídias sociais daqueles. São o público-alvo do anúncio.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o art. 2º, classifica consumidor como “toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Fornecedor, nos termos do art. 3º, é “toda pessoa que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação,

importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Ademais, tem-se a figura do fornecedor por equiparação, conceito criado por Leonardo Bessa, o qual defende que, além daqueles que se enquadram no art. 3º do CDC, também deve ser considerado fornecedor o terceiro que, na relação de consumo, serviu como intermediário ou ajudante para a realização da relação principal, mas que atua frente ao consumidor como se fosse o próprio fornecedor.

Sobre a temática, Filomeno (2018, p. 298) estabelece que, na mensagem publicitária, figuram três personagens: o anunciante, o agente publicitário e o veículo. Segundo o autor, o primeiro é o próprio fornecedor, definido pelo CDC, em seu art. 3º; o agente publicitário é o profissional que cria, produz, a publicidade; e, por fim, o veículo é qualquer meio de comunicação em massa que leve as mensagens publicitárias até seus destinatários, consumidores ou potenciais consumidores. Nesse caso, o influenciador digital seria o agente publicitário. Silva (2019, p. 26) salienta que as relações de consumo sofreram mudanças ao longo dos anos, e que, com isso, surgiram novos instrumentos de incentivo ao consumo, como as novas formas de publicidade, de anúncio e os novos personagens desse cenário (a exemplo dos blogueiros, celebridades, influenciadores digitais, etc), o que permite inferir-se que a relação influenciador-seguidor, quando da postagem de um anúncio publicitário, pode ser classificada como relação de consumo.

Desse modo, sob a ótica do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e do CDC, o seguidor pode ser considerado consumidor, uma vez que é o destinatário final da publicidade realizada pelos influenciadores digitais. Estes, por outro lado, com fundamento na teoria do fornecedor equiparado, podem ser considerados fornecedores, uma vez que servem como intermediários ou ajudantes para a realização da relação principal, atuando, frente ao consumidor, como se fosse o próprio fornecedor.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS PELOS PRODUTOS OU SERVIÇOS DIVULGADOS NAS MÍDIAS SOCIAIS

No começo dos chamados *publiposts*, era comum que os influenciadores digitais divulgassem os produtos (em sentido amplo) de forma oculta, sem deixar os seguidores a par de que aquilo tratava-se de um anúncio publicitário, ou seja, de que a intenção do influenciador, ao postar uma foto ou vídeo indicando um bem ou serviço, era a de impulsionar a venda destes. Tal prática tornou-se tão comum entre os influenciadores que a publicidade invisível passou a configurar publicidade ilícita juntamente às publicidades enganosas e abusivas, por afrontar diretamente o princípio da identificação publicitária.

Devido ao fenômeno da globalização comercial, principalmente do comércio virtual, a intervenção do Direito nas relações comerciais tornou-se imprescindível, de modo que o conteúdo, a forma e os limites da publicidade, precisavam ser regulamentados, a fim de proteger os destinatários finais desta atividade de eventual arbitrariedade ou abuso praticados pelos agentes dos anúncios publicitários. De acordo com Efig, Bauer & Alexandre (2013), outro fator importante para coibição dos atos ilícitos em matéria publicitária foi a constitucionalização do Direito Civil (principalmente no que diz respeito à tutela da dignidade da pessoa humana), pois obrigou os agentes envolvidos nas práticas comerciais, não só ao dever de observância dos princípios do Direito Civil, mas, acima de tudo, das normas constitucionais. Ou seja, um anúncio publicitário, independentemente do meio em que será veiculado, e de quem o fará, preceitos como o da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento equilibrado, da redução das desigualdades sociais, da igualdade, entre outros, sempre deverão ser respeitados. Do contrário, a publicidade será considerada ilícita.

No que diz respeito ao controle da publicidade, Simas & Júnior (2019, p. 8) afirmam que o Brasil adota a modalidade mista, de forma que este é exercido tanto pelo Estado quanto por instituições não-governamentais, como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-CONAR. O CONAR é associação de direito privado, apartidária e sem fins lucrativos³, fundado em 1980, cujas finalidades⁴, estabelecidas no seu Estatuto Social, são as de zelar pela comunicação social, atuar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham alguma relação com os conteúdos publicitários, oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, consumidores e autoridades em geral; divulgar e tutelar os princípios e normas do Código de Autorregulamentação publicitária; promover, sempre que possível, tentativas de conciliação nas representações éticas, bem como a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Como bem prevê o art. 15 do Código de Autorregulamentação dos Anúncios Publicitários, todos os envolvidos na cadeia publicitária, sejam anunciantes, agências de publicidade, veículos de divulgação, publicitários, jornalistas e outros profissionais participantes do processo, devem respeitar os padrões de conduta nele estabelecidos, sob pena de responsabilização.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade é entendida como o meio de divulgação de produtos e serviços, com a intenção de fomentar o consumo destes, podendo ser veiculado pela televisão, rádio, internet, mídia impressa em geral, dentre outros,

³ Artigo 1º do Estatuto Social do CONAR.

⁴ Artigo 5º do Estatuto Social do CONAR.

sempre com o objetivo de provocar nos consumidores a vontade de consumir. Tartuce & Neves *apud* Antônio Herman V. Benjamin (2015, p. 308) destacam alguns princípios aplicáveis aos anúncios publicitários. São eles: o da identificação da publicidade, o da vinculação contratual, o da veracidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação, da correção do desvio publicitário, da lealdade publicitária e, por fim, o da identificação publicitária. Todos eles devem ser igualmente respeitados pelos anunciantes, agências publicitárias e veículos de comunicação para que um anúncio publicitário seja considerado regular ou lícito.

A ilicitude da publicidade invisível, abusiva ou enganosa decorrem do desrespeito à dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da função social contratual, bem como da afronta aos princípios acima elencados. Ressalta-se que a maioria das decisões do CONAR estão relacionadas a situações de inobservância principiológica.

A publicidade invisível é espécie de divulgação muito recorrente entre os influenciadores digitais, principalmente na época em que as entidades de controle não atuavam como hoje. É aquela cujo conteúdo publicitário criado pelo influenciador não deixa claro aos consumidores de que se trata de um anúncio publicitário. Isto é, faz o seguidor acreditar que trata-se apenas de uma dica, uma mera indicação, de um produto ou serviço, e não que o influenciador realizou a publicidade em troca de um cachê. O CONAR, por meio do seu Código de Autorregulamentação, e o CDC, reprimem tal prática nos artigos 28⁵ e 36⁶, respectivamente, por entenderem que afronta o princípio da Identificação da Publicidade. O resultado desse controle ensejou a criação da ferramenta “propaganda paga”, que é de utilização obrigatória, quando o objetivo do influenciador é fazer publicidade sobre algum produto ou serviço, a fim de que o consumidor, desde o início, esteja ciente de que aquela ação se trata de propaganda.

A publicidade abusiva, prevista no art. 37, §2º, do CDC, é a publicidade discriminatória que, independentemente da natureza, provoque medo, utiliza-se da superstição, incita a violência, aproveita-se da incapacidade de julgamento e de experiência do sujeito, desrespeita o meio ambiente, bem como os valores deste, ou que seja capaz de induzir o comportamento prejudicial ou perigoso à saúde ou segurança do consumidor. Por fim, a publicidade enganosa, conforme art. 37, §1º, do CDC, é a informação ou comunicação

5 Artigo 28 O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.

6 Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou que, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, seja capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

2.1 A responsabilidade civil dos influenciadores digitais: sob a ótica do CDC e do Código de Autorregulamentação Publicitário.

A responsabilidade civil é o instituto jurídico que possibilita a punição do sujeito que, de forma comissiva ou omissiva, causa dano a outrem. O Código de Defesa do Consumidor adotou, como regra, a Teoria do Risco, que caracteriza a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços pelos danos causados aos consumidores em objetiva e solidária, nascendo para o agente o dever de indenizar, independentemente da comprovação de dolo ou culpa, bastando a presença dos aludidos três elementos. É o que afirmam Tartuce & Neves (2015, p. 120), *in fine*:

Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

Independente da teoria adotada, sempre estarão presentes três elementos básicos da responsabilidade civil: a ação ou omissão, o nexo causal e o resultado danoso. A responsabilização dos influenciadores digitais pelos anúncios publicitários postados nas suas redes sociais, sobre determinado produto ou serviço, é possível, desde que aquele tenha realizado uma ação/omissão (ter dito ou deixado de dizer algo essencial sobre o produto ou serviço) e, em razão disso, o seguidor-consumidor tenha adquirido e sofrido algum resultado danoso.

No que pertine à atuação do CONAR na repressão às irregularidades publicitárias, o Conselho de Ética⁷ é o órgão responsável pela fiscalização, julgamento e deliberação quanto à observância do Código de Autorregulamentação Publicitária. Dessa atividade pode resultar a aplicação das seguintes sanções⁸: advertência; recomendação de alteração/correção do anúncio; recomendação aos veículos publicitários, no sentido de sustar a divulgação do anúncio e a divulgação da posição do CONAR, na forma deliberada pelo Conselho de Ética (Pleno), através de veículos de comunicação, circulares e boletins editados pelo CONAR, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. Ademais, Filomeno (2018,

⁷ Artigos 41 e 43 do Estatuto Social do CONAR.

⁸ Art. 62 do Estatuto Social do CONAR.

p. 489) salienta o caráter eminentemente administrativo da atuação do CONAR, que, basicamente, expede recomendações gerais à sociedade (aos associados, consumidores, autoridades públicas e os sujeitos envolvidos com publicidade). Em regra, a atividade exercida pela entidade em questão não tem caráter cogente, e em caso de descumprimento de determinação expedida, não há repressão devida. No entanto, o autor destaca que, ainda assim, os atos expedidos pelo órgão devem ser considerados fonte subsidiária para a caracterização dos abusos, além de importante fonte unilateral de obrigações assumidas pelos anunciantes, agências e veículos de publicidade.

Confirmando esse caráter subsidiário⁹, o Código do CONAR dispõe sobre a possibilidade de ser utilizado pelas autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária da legislação de propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que, direta ou indiretamente, desrespeitem as regras do anúncio publicitário. Para compensar a falta de força normativa e cogente das disposições do diploma do CONAR, Filomeno (2018, p. 492) defende que as regras materiais do CDC que cuidam de publicidade e oferta de produtos e serviços também poderiam ser aplicadas às celebridades em geral a fim de punir adequadamente os abusos verificados no campo publicitário, *fine*:

O sistema implementado pelo respeitado Conselho de Autorregulamentação Publicitária (Conar), por exemplo, já que privado, mesmo porque congrega anunciantes, agências e veículos de publicidade, não dispõe de força coercitiva suficiente para punir adequadamente aqueles que infringem seus próprios postulados, bem como as normas de ética da publicidade. Em conclusão, pois, diríamos que a grande preocupação nessas hipóteses de abusos verificados no campo publicitário é a de dar-se efetivo cumprimento aos dispositivos da parte material do Código de Defesa do Consumidor que cuidam de publicidade e da oferta de produtos e serviços.

No entanto, tratando-se da aplicabilidade do CDC aos influenciadores digitais no que concerne à responsabilidade civil, a questão é nebulosa, considerando que o tema não é unânime na doutrina.

Tartuce & Neves (2015, p. 301) discorrem sobre a natureza da responsabilidade civil do profissional liberal em relação à oferta e à publicidade, se esta seria objetiva ou subjetiva. Ponderam que, se for levado em consideração que o §4º do art. 14 do CDC serve para completar o sentido da responsabilidade pela oferta, esta será subjetiva. Seria o caso, por exemplo, do dever de reparar pessoal do publicitário responsável pelo conteúdo das informações ou da celebridade que relaciona o seu nome ao produto. Por outro lado, ressaltam que, se for levada em conta a regra da responsabilidade civil do CDC, em que há solidariedade entre todos os envolvidos na veiculação da oferta (preconizada no *caput* do art.

9 Art. 16 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

34), bem como o modelo de responsabilidade solidária do preposto, contida nos arts. 932, inc. III, e 942, parágrafo único, do Código Civil de 2002, será o caso da natureza objetiva da responsabilidade civil. Ademais, os autores salientam que a responsabilidade pelo ato do preposto é objetiva, com a diferença substancial de que, no sistema consumerista, não há necessidade de se provar a culpa deste.

Além disso, fundamentando-se no art. 934 do CC, admitem a possibilidade de a empresa responder por culpa do seu preposto, assegurado o direito de regresso em face do culpado, após ter sido satisfeito o consumidor dos seus direitos. Porém, o fazem com a ressalva de que o teor de extensão do art. 34 do CDC é visto com reservas tanto pela doutrina como pela jurisprudência. De acordo com o dispositivo, via de regra, o consumidor somente pode demandar o anunciante da oferta, não podendo acionar a agência (aqui situado o influenciador digital) e o veículo. Sobre o tema, aduzem Tartuce & Neves (2015, p. 302):

Como esclarece Herman Benjamin, pelo teor do dispositivo, o consumidor somente pode demandar o anunciante da oferta, em regra. Sendo assim, “tal limitação passiva do princípio traz, como consequência, a impossibilidade de o consumidor acionar, exceto em circunstâncias especiais, a agência e o veículo. Vale dizer, caso ao fornecedor fosse dado o direito de exigir sua responsabilidade a pretexto de que o equívoco no anúncio foi causado pela agência ou pelo veículo, o consumidor, não podendo acionar nenhum dos sujeitos envolvidos com o fenômeno publicitário, ficaria sem recurso jurídico disponível, ou seja, haveria de arcar sozinho com o seu prejuízo. Se a desconformidade no anúncio decorrer de falha da agência ou do veículo, só o anunciante, e não o consumidor, dispõe dos recursos –inclusive contratuais –, para evitá-los, controlá-los e cobrá-los.

Embora Tartuce & Neves (2015) defendam a possibilidade de aplicação do CDC ao anunciante, à agência e ao veículo, sob pena do consumidor ter que arcar sozinho com o prejuízo em caso de falha da agência ou do veículo, explicam que o atual entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça não segue essa mesma linha¹⁰. Para o Pretório Excelso, a aplicação do CDC e, portanto, a culpa por eventuais danos deve recair unicamente sobre o anunciante, não havendo falar em responsabilização da agência publicitária e do veículo de comunicação, pois, segundo o Tribunal, a escolha e a contratação destes são efetuadas exclusivamente pelo próprio anunciante, a quem cabe pagar, repreender e romper o contrato em caso de irregularidade publicitária. Desvincilhando-se desse posicionamento, Tartuce & Neves (2015) defendem que essa não seria a melhor conclusão, uma vez que a atribuição de responsabilidade a apenas um dos sujeitos da cadeia publicitária contraria vários preceitos da

10STJ – REsp 604.172/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 27.03.2007 – DJ 21.05.2007, p. 568; STJ – REsp 1157228/RS – Quarta Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 03.02.2011 – DJe 27.04.2011.

Lei Consumerista, dentre os quais: o sistema de proteção ao consumidor, o modelo de responsabilização objetiva, o princípio da boa-fé objetiva, a teoria da aparência e a presunção de solidariedade. Outro fundamento sustentado pelos autores a fim de reforçar a aplicação do CDC à toda cadeia publicitária (e não só ao anunciante), encontra-se no conceito de fornecedor equiparado, criado por Leonardo Bessa (explicado anteriormente), que, trazendo para a realidade dos influenciadores digitais, poderia ser perfeitamente aplicável, segundo Tartuce & Neves (2015, p. 303):

A atribuição de responsabilidade a apenas uma das pessoas da cadeia publicitária afasta-se da presunção de solidariedade adotada pela Lei Consumerista, representando uma volta ao sistema subjetivo de investigação de culpa. Além disso, há uma total declinação da boa-fé objetiva e da teoria da aparência que também compõem a Lei 8.078/1990. Em reforço, para a responsabilização de todos os envolvidos, serve como luva o conceito de fornecedor equiparado, de Leonardo Bessa.

Desse modo, adotando o posicionamento de Tartuce & Neves (2015), pode-se inferir que os influenciadores digitais não estão alheios ao dever de indenizar os seus seguidores quando o *publipost* desrespeitar o CDC ou o Código de Autorregulamentação Publicitária, e causar-lhes danos.

Para Gasparatto, Freitas & Efig (2019), a responsabilidade civil dos influenciadores digitais decorre da posição de garantidores que tais sujeitos assumem ao indicar um produto ou serviço, pois a confiabilidade no *influencer* agrega poder persuasivo ao comportamento do consumidor, que, por esse fato, é encorajado a adquiri-los.

Uma vez analisada a possibilidade de responsabilizar os influenciadores digitais pelos anúncios publicitários divulgados nas suas redes sociais, resta identificar a natureza jurídica dessa responsabilidade civil: seria objetiva ou subjetiva? Para Gasparatto, Freitas & Efig apud Guimarães (2019), a natureza da responsabilidade civil, na esfera do CDC, em face dos influenciadores digitais seria objetiva, devido à ideia de que não seria correto o enquadramento da celebridade como profissional liberal, pois, via de regra, a contratação deles não decorre das qualidades técnicas ou intelectuais, mas das qualidades externas, como a beleza, a fama e o prestígio de que gozam perante as redes sociais. Ademais, Tartuce & Neves (2015) inferem que seria de natureza objetiva a responsabilidade civil dos famosos pelas publicidades de que participam, por vislumbrar que eventual ilicitude destas afrontaria diretamente dois princípios de ordem pública, quais sejam: o da boa-fé e o da confiança. Tal fato ensejaria o surgimento da responsabilização por força de lei, atraindo a aplicação da regra contida no art. 927 do Código Civil.

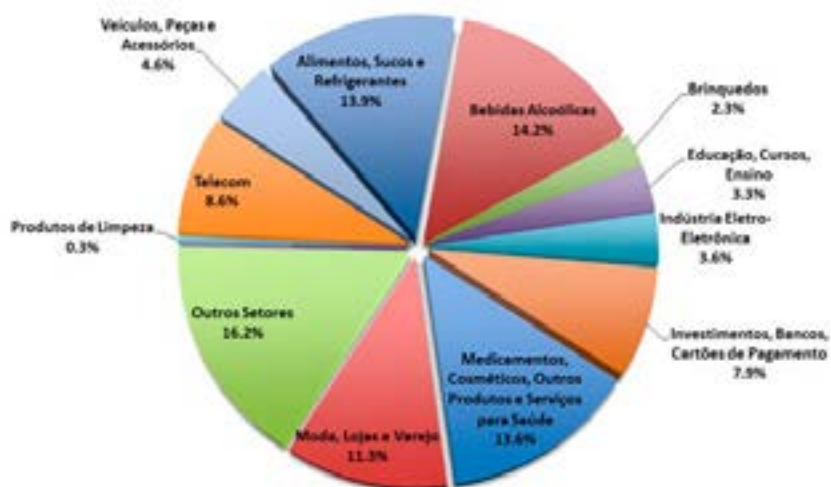
2.2 A responsabilidade civil no âmbito do CONAR: análise de casos julgados pelo Conselho do CONAR

Como dito anteriormente, o CONAR possui um Conselho de Ética encarregado de julgar e aplicar infrações àqueles que desrespeitam as disposições do seu Código. O resultado dessa atividade pode resultar desde a alteração do anúncio pelo agente à retirada da publicidade dos meios de comunicação. O capítulo IV do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária disciplina a responsabilidade no âmbito do CONAR. Dentre os postulados, destaca-se a responsabilização total do anunciante pela sua publicidade; a existência de solidariedade entre o anunciante e a agência pela elaboração do anúncio, quando esta deixar de cumprir as determinações do Código; e a atribuição de responsabilidade tanto ao anunciante, à agência, quanto ao veículo (neste caso, excepcionadas a algumas situações). Ademais, o art. 46 do aludido ato normativo possibilita a responsabilização de toda a cadeia publicitária, ou seja, de todas as pessoas que participam, direta ou indiretamente, no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio (na medida de seus poderes decisórios), quando do descumprimento da norma.

Sobre os aspectos do anúncio que podem gerar a responsabilidade dos envolvidos, o art. 47 do Código do CONAR preleciona que abrangerá o anúncio como um todo, desde o conteúdo e forma totais, até declarações ou informações gráficas, originários ou de outras fontes, quando contrários às disposições do diploma.

No site oficial do CONAR, além de conter informações atualizadas sobre a atuação da entidade, é disponibilizado o Boletim do CONAR, que traz um balanço das atividades de autorregulamentação publicitária em 2019, onde constam estatísticas gerais, teor das decisões, números de Câmaras e componentes destas, dentre outros. Informações de grande valia para a sociedade. Veja:

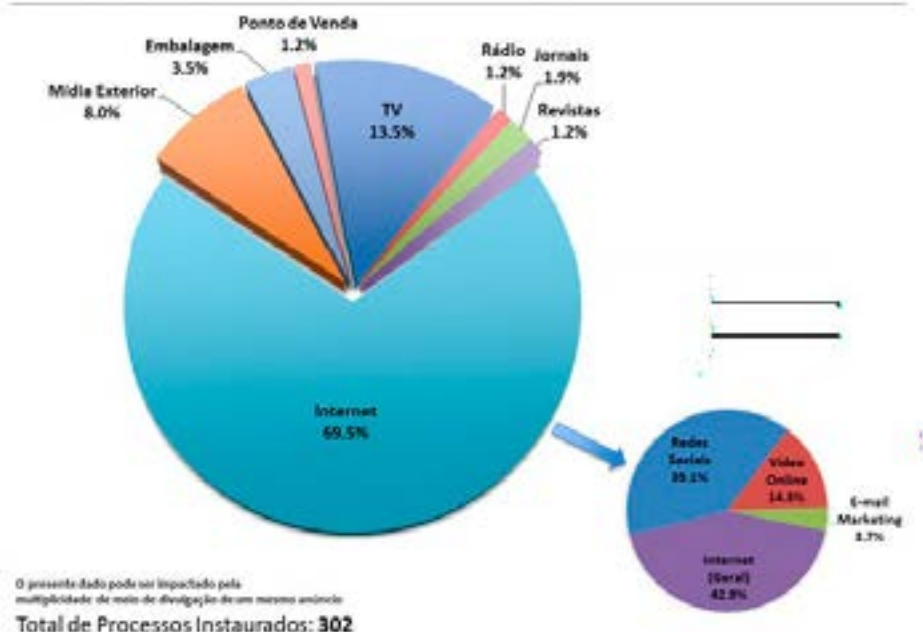
Processos Instaurados em 2019 (Setores Envolvidos)



Total de Processos Instaurados: 302

Fonte: site do CONAR/ Estatísticas de 2019.

Processos Instaurados em 2019 (Por Mídia)

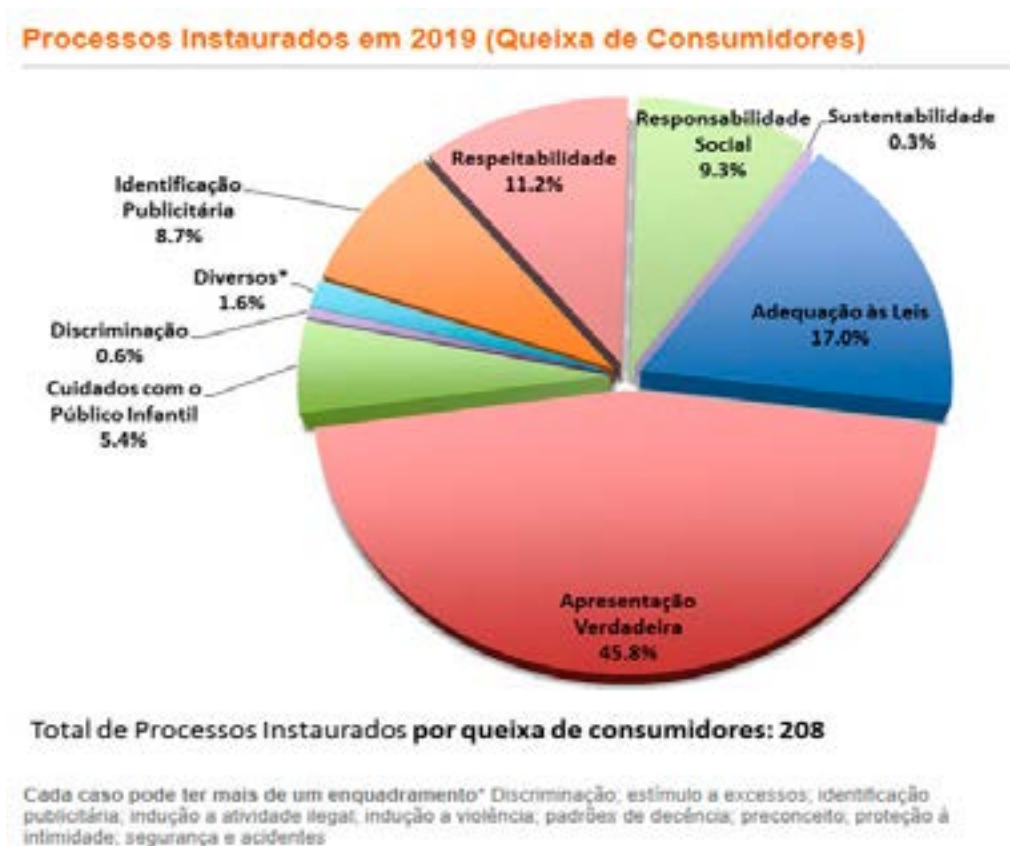


Fonte: site do CONAR/ Estatísticas de 2019.

Os gráficos informam, com base nos 302 processos instaurados em 2019, quais os setores envolvidos nas denúncias e a quantidade de denúncias recebidas pelos principais veículos publicitários. No primeiro caso, percebe-se que há certo equilíbrio entre os setores da economia denunciados, a maioria deles envolve pouco mais de 10% do número de processos, quais sejam: o setor de alimentação, refrigerantes, bebidas alcoólicas, investimentos, bancos, cartões, medicamentos, cosméticos, saúde, moda, loja e varejo, entre outros. No segundo

gráfico, o número de denúncias em face de anúncios publicitários irregulares no âmbito da internet é expressivo, reunindo mais de 69% dos processos, dos quais 39,1% estão relacionados às redes sociais.

Quanto aos valores, princípios ou preceitos inobservados nos anúncios publicitários denunciados, o CONAR constatou quais são mais desrespeitados pelos agentes da publicidade. São eles: respeitabilidade, responsabilidade social, (in)adequação às leis, sustentabilidade, identificação publicitária, discriminação, cuidados com o público infantil e veracidade, destacando-se esse último como o mais afrontado, envolvendo 45,8% dos processos instaurados. Observe o gráfico abaixo:



Fonte: site do CONAR/ Estatísticas de 2019.

A fim de exemplificar o exercício das atribuições do CONAR, selecionou-se dois casos concretos, que afrontaram importantes princípios da publicidade: um envolvendo o princípio da identificação publicitária e outro relacionado ao princípio da veracidade. Válido salientar que esses são apenas alguns dos 302 casos julgados pelo CONAR somente no ano de 2019. Vejamos:

AFRONTA À IDENTIFICAÇÃO PUBLICITÁRIA

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2019
Representação nº: 233/18
Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor
Anunciante: Ana Clara e O Boticário

Relator(a): Conselheira Mirella Caldeira Fadel
Câmara: Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras
Decisão: Alteração e advertência
Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30 e 50, letras "a" e "b", do Código
Resumo: Consumidora de Ivaiporã (PR) escreveu ao Conar por considerar que não resta clara e ostensiva a natureza publicitária de anúncio em redes sociais, contrariando recomendação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.
Em sua defesa, O Boticário considerou a peça como exemplo de publicidade nativa, ponderando que os consumidores sabem distingui-la como tal. Acrescentou que a blogueira veio a adicionar na postagem a informação de que se tratava de "parceria paga".
A conselheira relatora reconheceu a boa intenção das denunciadas em corrigir a postagem, mas recomendou a alteração do post original, agravada por advertência à blogueira Ana Clara.
Seu voto foi aceito por unanimidade.

AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VERACIDADE

Mês/Ano Julgamento: FEVEREIRO/2019
Representação nº: 294/18
Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor
Anunciante: Desinchá e Gabriela Pugliesi
Relator(a): Conselheira Milena Seabra
Câmara: Sexta Câmara
Decisão: Advertência
Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 23, 27 e 50, letra "a", do Código e seu Anexo H

Resumo: Consumidora paulistana enviou e-mail ao Conar denunciando publicidade em redes sociais do produto denominado Desinchá. Segundo a denunciante, a peça publicitária pode levar o consumidor ao engano, levando-o a crer que não há risco no consumo do produto, que conteria diuréticos em sua fórmula.
A Desinchá negou em sua defesa tratar-se de publicidade; a blogueira teria agido espontaneamente, depois de ter recebido amostras do produto. A defesa considerou este fato sinal de que o produto surte os resultados prometidos. Juntou laudos que demonstrariam os benefícios do produto. Já a blogueira Gabriela Pugliesi comprometeu-se em futuras postagens a empregar linguagem adequada, recomendando a seus seguidores que consultem profissionais especializados sobre o consumo do produto.
A relatora não aceitou os argumentos da anunciante, considerando ser publicitária a postagem. Levando em conta que, pelo seu formato, ela já não mais está em exibição, propôs a advertência à Desinchá e Gabriela Pugliesi, sendo acompanhada por unanimidade.

A partir dos casos julgados, é possível observar as disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária sendo aplicadas *in concreto*, em especial a previsão do art. 48, que não desobriga o sujeito (anunciante ou alguém agindo por ele) pelo anúncio enganador, ainda que corrigido posteriormente. O fato de corrigir a publicidade após sua

publicação apenas tem concedido ao anunciante, a priori, o crédito de boa-fé. Vê-se, portanto, a tendência dos Conselheiros Relatores em proteger o consumidor independentemente da intenção e da boa-fé dos anunciantes. Ainda que, em defesa, estes últimos assumam o erro, o Conselho ainda assim aplica as sanções, não só como forma de repreendê-los, mas também a fim de que os consumidores, os destinatários finais do anúncio, não sofram – ou continuem sofrendo- dano em decorrência da publicidade ilícita. Assim, depreende-se das decisões acima colacionadas, que, no âmbito do CONAR, a natureza da responsabilidade civil dos influenciadores digitais pelos anúncios publicitários postados nas suas redes sociais, os chamados *publiposts*, é objetiva, uma vez que os Conselheiros não consideram a intenção no momento da publicação, ou seja, se havia culpa ou dolo pela publicidade ilícita, bastando omissão ou emissão de informação que ensejou a ilicitude, para que o influenciador sofra a aplicação da penalidade.

Cumprе ressaltar que, ao buscar-se casos concretos para fins de análise, uma situação foi observada: a escassez de jurisprudência que trate da responsabilidade civil de celebridades em geral sobre os anúncios publicitários. Deduz-se, portanto, deduzir que o controle realizado pelo CONAR é efetivo, pois os casos são julgados e repreendidos na própria esfera extrajudicial, sequer sendo encaminhados ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

Desse modo, conclui-se que os influenciadores digitais não estão alheios à responsabilidade pelos anúncios publicitários que realizam nas suas redes sociais, podendo, no âmbito do CONAR, sofrer penalidades desde advertência, alteração e sustação da postagem, até o dever de indenizar o seguidor-consumidor que sofrer danos pelos produtos ou serviços divulgados por aqueles, independentemente da intenção no momento da realização do anúncio. Ou seja, possui natureza objetiva.

2.3 Da ação regressiva do influenciador digital em face da empresa contratante

Não obstante a maioria dos Tribunais Pátrios adotarem o posicionamento do STJ, punindo tão somente o anunciante pelos danos causados pelos anúncios publicitários aos consumidores (o que justifica a baixa quantidade de demandas judiciais que tratem da responsabilização de influenciadores/celebridades em geral em decorrência dos anúncios publicitários postados nas suas redes sociais), adotando-se o entendimento de Tartuce & Neves quanto à possibilidade de se demandar não só o anunciante (fornecedor propriamente dito), mas também a agência (fornecedor por equiparação-influenciador digital) e o veículo, é possível vislumbrar o direito de regresso daquele que respondeu perante o consumidor em

face do real culpado pelos danos causados pelo anúncio publicitário. É o que afirmam Tartuce & Neves (2015, p. 302-303):

Trata-se daquilo que Álvaro Villaça Azevedo denomina uma responsabilidade objetiva impura, pela presença de culpa da outra parte. De toda sorte, como bem expõe Bruno Miragem, no sistema consumerista é possível que a empresa também responda por culpa de seu preposto, assegurado o direito de regresso em face do culpado, nos termos do art. 934 do CC/2002, após ter sido satisfeito o consumidor nos seus direitos.

Assim, o direito de regresso do influenciador digital, pela publicidade realizada nas mídias sociais, por desrespeito à legislação consumerista ou do CONAR, que, eventualmente, cause danos a seguidor-consumidor, quando não decorrer de culpa sua, mas comprovadamente do anunciante ou do veículo, com fundamento no art. 934 do CC cumulado com o parágrafo único do art. 13¹¹ do CDC, é possível.

Por fim, Tartuce & Neves (2015, p. 465) afirmam que a melhor doutrina salvaguarda a possibilidade do fornecedor equiparado condenado (no caso, o influenciador digital) a satisfazer o consumidor ingressar com outro processo em face do fornecedor culpado pelo dano a fim de receber o que pagou, caso não tenha culpa no evento danoso, ou não decorra de culpa exclusiva sua. Porém, por força do art. 88¹² do CDC, que veda a denunciação à lide nos processos consumeristas, esse direito fica condicionado ao ajuizamento de ação judicial própria, não podendo ser exercido nos mesmos autos em que ocorreu a indenização.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, observa-se que os influenciadores digitais, de meros formadores de opinião, passaram a ser reconhecidos como instrumentos de publicidade e propaganda, hoje encarada por muitos como uma profissão, muito embora não seja regulamentada.

A fim de que as atividades exercidas pelos influenciadores por meio de suas redes sociais ocorressem em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, os órgãos de controle (públicos e privados) passaram a defender a aplicabilidade de alguns diplomas jurídicos para regulamentarem as atividades desses sujeitos, inclusive as consequências jurídicas que tais atividades acarretam, como a responsabilização pelos chamados *publiposts*.

11 Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:
(...)

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

12 Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

A partir da análise legal, doutrinária e casuística, depreende-se que demandas judiciais que tratam da punição de influenciadores digitais pelos anúncios publicitários em suas mídias sociais ainda são novidade, pois o entendimento que prevalece entre doutrinadores e nos Tribunais Pátrios é o do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o de que dever de indenizar em caso de eventuais danos causados pelos anúncios é apenas dos anunciantes. Tal fato não significa que os influenciadores digitais não vêm sendo responsabilizados pelos produtos ou serviços divulgados nas mídias sociais. Eles são, mas de maneira mais branda, no âmbito do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, que, por meio do seu Conselho de Ética, julga os casos concretos com base no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, cujas penalidades são de natureza meramente administrativa, e, segundo os doutrinadores, acabam não reprimendo efetiva e proporcionalmente o influenciador pelos danos causados.

Com o objetivo de possibilitar a aplicabilidade de outros diplomas que reprimam de forma mais efetiva, de modo a alcançar as demais esferas judiciais (cível e penal), entende-se que, na relação influenciador-seguidor, no que concerne aos produtos e serviços anunciados nas suas redes sociais, a interpretação que deve ser empregada é a do enquadramento dos influenciadores digitais (e celebridades em geral) como fornecedor equiparado, situação que permite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos casos e, conseqüentemente a responsabilização objetiva e solidária destes juntamente com o anunciante e o veículo, garantindo, assim, a proteção integral ao consumidor.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Maria Augusta et al. **O impacto da utilização das redes sociais pelos digital influencers como ferramenta de marketing das empresas varejistas**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO, 1., 2017, Ponta Grossa. p. 1 – 11.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Decisões**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

EFING, Antônio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. **Os deveres anexos da boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo**: análise jurídica embasada em direitos fundamentais. Revista Opinião Jurídica,

Fortaleza, v. 11, n. 15, p.38-53, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/294/150>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. **Responsabilidade civil dos influenciadores digitais**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 19, n. 1, p.65-87, 9 abr. 2019. Centro Universitario de Maringa. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87>. Acesso em: 20 fev. 2020.

JEZLER, Priscila Wândega. **Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita**. 2017. 77 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25019>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SIMAS, Danielle Costa de Souza; SOUZA JÚNIOR, Albefredo Melo de. **Sociedade em rede: os influencers digitais e a publicidade oculta nas redes sociais**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, v. 4, n. 1, p.17-33, 21 ago. 2018. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito - CONPEDI. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0049/2018.v4i1.4149>. Acesso em: 20 fev. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015. (Revista, atualizada e ampliada).

VALLE, Alberto. **O que são influenciadores digitais**. Disponível em: <<https://www.academiadomarketing.com.br/o-que-sao-influenciadores-digitais/>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

A retroatividade do acordo de não persecução penal e sua aplicação nos processos em curso



ANA CAROLINA DE ARAÚJO SILVA

Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessora de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí.

E-mail: ana.carolina@mppi.mp.br

RESUMO:

O presente trabalho busca trazer o apanhado dos debates e discussões acerca do Acordo de Não Persecução Penal, bem como demonstrar as nuances da Justiça Negociada e suas vantagens para o Direito Criminal Brasileiro. Vê-se em grandes debates acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais o protagonismo da chamada Justiça Negociada, tema atual e recheado de discussões. Recentemente, com o advento da Lei 13.964/2019, houve maiores desdobramentos no que se refere ao modelo de Justiça Negociada aplicável no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a regulamentação do Acordo de Não Persecução Penal. Ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo, o Acordo de Não Persecução Penal torna-se meio adequado para a concretização desse modelo de justiça consensual. O Acordo de não persecução penal que já tinha previsão na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público ganhou maior envergadura com a regulamentação no Pacote Anticrime, vindo a ser inserido no Código de Processo Penal. Diante de tais modificações e inserções, surgiram discussões acerca da aplicabilidade temporal do referido benefício aos processos que já se encontram em andamento, permeando pelo debate acerca da natureza do instituto. Como já se era esperado variadas foram as decisões no que se refere à possibilidade de retroatividade para aplicabilidade do benefício, ficando a cargo dos Tribunais Superiores os precedentes. O método utilizado foi a pesquisa doutrinária, bem como análise da jurisprudência atinente ao assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal. Justiça Penal Negociada. Retroatividade. Precedentes.

1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, o sistema penal brasileiro passa por crise historicamente conhecida. Continuadamente vê-se o Judiciário abarrotado de processos, ações penais que não chegam a um julgamento, vários desses acometidos pela prescrição, etc, em virtude de uma sobrecarga dos órgãos de persecução penal.

Ademais, há que se falar da superlotação carcerária nas penitenciárias Brasil afora, caracterizada por falta de estrutura, com condições subumanas e insalubres, o que faz-se questionar se o papel primordial da pena privativa de liberdade, qual seja, o ressocializador, está, de fato, está sendo cumprido.

O estudo mais recente (2017) realizado pelo levantamento nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen) registrou que o Brasil alcançou a terceira posição no ranking mundial de maior população carcerária.

Tais dados adicionados às constatações da crise do sistema penitenciário brasileiro resultam em um colapso no sistema jurídico-penal. Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347, reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, visto que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios resultam em penas cruéis e desumanas.

É forçoso reconhecer, ainda, que em alguns casos, os presos encontram-se segregados preventivamente, ou quando condenados, por crimes de médio potencial ofensivo.

Diante deste cenário, a Lei 13.964/2019, em suas alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, tratou de regulamentar o chamado Acordo de Não Persecução Penal, instituto que já vinha sendo aplicado no Direito Brasileiro conforme os ditames da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Como uma nova vertente de Política Criminal tem-se a Justiça Negocial ou Consensual, caracterizada predominantemente pelo modelo de reação social restaurador ou integrador, em que o enfrentamento do fenômeno criminal foca na reparação dos danos e deve se pautar no direito penal mínimo, com a priorização de medidas alternativas à pena privativa de liberdade para resolução de conflitos (OLIVEIRA, 2020).

Em paralelo com a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal trata-se de instrumento da justiça penal consensual que tem como objetivos, dentre outros, proporcionar efetividade, elidir a capacidade de burocratização processu-

al, proporcionar despenalização, celeridade na resposta estatal e satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acordante ou acusado.

O acordo de não persecução penal pode ser conceituado como o ajuste passível de ser celebrado antes do início da ação penal (ou seja, da persecução penal em juízo), no âmbito da investigação criminal, entre o Ministério Público e o investigado, que, uma vez homologado judicialmente e cumprido, enseja a extinção da punibilidade (ALVES, 2020).

O presente trabalho busca analisar o debate a respeito da possibilidade de retroatividade ou não do referido instituto. Para fins de instigar a discussão, objetiva-se averiguar a natureza do acordo de não persecução penal, bem como quais são os requisitos objetivos e subjetivos para ser beneficiado, assim como as condições para a adoção do instituto, o respectivo procedimento para a efetivação do acordo, e sua aplicabilidade nos processos penais em curso.

Ademais, verificar-se-á a legislação pátria, bem como o posicionamento dos Tribunais Superiores diante da recente novidade legislativa, com as devidas averiguações acerca das deliberações favoráveis e contra a retroatividade do benefício, especialmente no que se refere à ce-leuma sobre natureza material ou processual do referido instituto.

2. JUSTIÇA CONSENSUAL, NEGOCIADA E RESTAURATIVA

O cenário atual instiga o debate acerca da hegemonia da prisão como sanção penal, questiona-se se o papel ressocializador está sendo devidamente cumprido, e a pena fazendo valer sua função de prevenção geral e individual, positiva e negativa, pois as sanções penais convencionais que produzem danos irreparáveis estão em crise, devido às suas drásticas consequências e patente ineficácia.

A par disso, há uma tendência mundial na busca do processo de resultados, que tem por objetivo solução ágil e eficaz de litígios, a desburocratização da Justiça Penal, buscando mais do que a mera solução de controvérsias submetidas à apreciação do judiciário, a verdadeira resolução do conflito, o fato gerador da controvérsia.

Diante da prática de um ilícito, a doutrina apresenta alguns modelos de resposta estatal, quais sejam, o dissuasório, o ressocializador e o restaurador (GOMES, 2007):

(a) modelo dissuasório clássico, fundado na implacabilidade da resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. A pena contaria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Neste Direito penal punitivista-retributivista não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos etc.). Ao mal do crime o mal da pena. Nenhum delito pode escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo. Razões de justiça exigem um Direito penal infle-

- xível, duro, inafastável, porque somente ele seria capaz de deter a criminalidade, por meio do contra-estímulo da pena;
- (b) modelo ressocializador, que atribui à pena a finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Acreditou-se que o Direito penal poderia (eficazmente) intervir na pessoa do delinquente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade;
- (c) modelo consensuado (ou consensual) de Justiça penal, fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (plea bargaining).

A doutrina subdivide a Justiça Consensual em alguns subtipos, pode-se por assim dizer: modelo reparador, pacificador ou restaurativo e modelo de justiça negociada:

- a) modelo reparador, tem o objetivo de reparar os danos e pode ser observado na conciliação;
- b) modelo pacificador ou restaurativo/justiça restaurativa, que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, reparação dos danos às vítimas e satisfação da expectativa de paz social da comunidade;
- c) modelo da justiça criminal negociada, que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, inclusive a prisional, perda de bens, reparação dos danos, formas de execução da pena, etc, ou seja, o plea bargaining;
- d) modelo de justiça colaborativa, cujo o alvo é obter a colaboração do acusado, materializado pela colaboração premiada.

Assim, a Justiça Penal Consensual vem cada vez mais tomado espaço no mundo jurídico, e assim também o é no Direito Brasileiro, frente a crise do sistema de justiça criminal do Brasil. Com o objetivo de tornar o Direito Penal e Processual Penal mais célere, eficiente e eficaz, surgiram diversas inovações no ordenamento jurídico, podendo ser citadas a Lei nº 9.099 (suspensão condicional do processo e transação penal), na Lei nº 12.850 (colaboração premiada).

Além desses, pode ser citado também o acordo de não persecução penal, de modo que, assim como um instituto da Justiça Restaurativa que dá maior importância aos interesses da vítima, não tem como principal objetivo a punição do infrator e flexibiliza a obrigatoriedade da ação penal, de modo que, por meio de mecanismos alternativos, possa haver a restauração do estado de paz entre as pessoas, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público.

Com efeito, a Justiça Restaurativa aparece como uma solução alternativa de conflitos frente ao cometimento de ilícitos, em virtude dos debates acerca da crise do sistema jurídico-penal, com ênfase na flexibilização de normas, buscando maior aplicabilidade e efetividade jurídica.

A doutrina aponta diversas vantagens com a aplicação deste modelo de Justiça Conciliativa, dentre eles: ocorrerá a rápida resolução da maioria dos conflitos no âmbito penal;

obsta-se os prejuízos advindos da demora de um processo; eleva-se o caráter educativo e pedagógico da pena, viabilizando a reabilitação do agente infrator; nota-se a eficiência no julgamento dos feitos penais, vez que há economia de recursos humanos e materiais.

Na literatura jurídica brasileira, tal modelo de reação social foi inaugurada com a Lei nº 9.099/95, a qual trouxe alguns institutos caracterizadores de Justiça Conciliativa, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil de danos, nos quais busca-se uma justiça mais célere e eficaz, com notável protagonismo dado à vítima.

A Lei nº 12.850/13, que dispõe sobre organização criminosa, também traz instituto da Justiça Consensual, vê-se na colaboração premiada, onde o agente dispõe de benefícios legais caso colabore com os órgãos judiciais na persecução penal.

Ao lado desses institutos, apareceu o acordo de não persecução penal, regulamentado pela resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem como objetivo tornar efetiva a justiça negociativa e trouxe elencados requisitos, condições, e o procedimento para fins de aplicação do acordo.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tal instituto é objeto do presente trabalho, face à importância e inovação trazida, bem como pela celeuma que fora causada sobre sua regulamentação, e após sobre sua aplicação.

Como já mencionado, dentre vários institutos da vertente de Justiça Restaurativa da Política Criminal no direito brasileiro, tem-se o acordo de não persecução penal. Este, por sua vez, foi criado e regulamentado, inicialmente, pela Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público de 2017.

A Resolução n. 181/2017, alterada pela Resolução 183/2018, ambas do CNMP, dispõe sobre “a instauração e tramitação do procedimento investigatório a cargo do Ministério Público”, bem como, no artigo 18, apresenta a figura do acordo de não-persecução penal.

Conforme explicitado na Resolução 181/17, a justiça negociada, recentemente, tem ganhado força no Brasil e não poderia ser diferente na justiça criminal, em virtude da grande sobrecarga de trabalho nos tribunais e dos órgãos de persecução penal, em especial do Ministério Público, e da “imprescindível agilização da investigação e promoção de sua efetividade” (CNMP, 2017).

O acordo de não persecução penal aparece como um negócio jurídico, um acordo de vontades, em que o investigado além de confessar o crime, aceita todo o avençado, sob pena de iniciar um processo criminal. Esse acordo deve ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado. E que, uma vez cumprido, ocorrerá o arquivamento da investigação.

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente. (CNMP, 2017)

Dessa forma, vê-se que o referido instituto tem como escopo a redução do número exacerbado de processos criminais envolvendo delitos de médio potencial ofensivo, dando ênfase no tratamento à vítima, além de ser um benefício ao autor do crime.

Ocorre que tal regulamentação foi objeto de deliberação acerca da constitucionalidade ou não do acordo de não persecução penal. Não havia lei em sentido estrito normatizando o instituto jurídico. Por tal razão, foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade de nº 5.790 e 5.793, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A celeuma acerca da inconstitucionalidade do acordo foi resolvida com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o qual inseriu o instituto no Código de Processo Penal no art. 28-A e incisos. Tais normas tratam da aplicação do acordo, dos requisitos e condições, bem como dos impeditivos ao seu cabimento.

Importante salientar que os dispositivos do CPP não revogam por completo o disposto na Resolução nº 181 do CNMP, visto que ocorrendo conflito entre estes diplomas, naturalmente prevalecerá o CPP, porém se houver qualquer ponto omissos no CPP é possível ainda invocar o teor da Resolução se nela houver previsão de determinada matéria.

De acordo com artigo 28-A do Código de Processo Penal, não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O texto legal veda a aplicação do instituto do ANPP nas hipóteses em que: I – for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual,

reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III – ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (art. 28-A, parágrafo 2º, incisos I a IV do Código de Processo Penal).

Nos termos dos incisos I a V do art. 28-A, caput do Código de Processo Penal, são as seguintes condições que podem ser pactuadas no âmbito do ANPP: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social a ser indicado pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes ao aparentemente lesados pelo delito; ou V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Importante ressaltar que uma vez descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (art. 28-A, parágrafo 10, CPP). Além disso, o descumprimento do ajuste pelo investigado também poderá ser utilizado como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público (art. 28-A, parágrafo 11, CPP).

Por outro lado, se devidamente cumpridas as condições estipuladas, o juízo competente declarará a extinção da punibilidade do agente, formando-se coisa julgada material. Outrossim, não ocorrerá prescrição enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

4. DA (IR) RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Apesar de o acordo de não persecução penal ter sido inserido recentemente na legislação pátria, muito já se discute sobre suas características, polêmicas, etc. O debate avençado no presente trabalho discorre sobre o debate nos Tribunais Superiores acerca da possibilidade

de aplicabilidade do acordo de não persecução penal nos processos em curso, e qual seria o limite temporal no curso processual para sua aplicação.

Uma corrente argumenta que o acordo somente pode ser celebrado até o recebimento da denúncia, pois se o acordo é denominado de “de não persecução” ele somente poderia ser celebrado até o início da persecução, cujo marco seria o recebimento da denúncia.

Outra parcela defende que o acordo de não persecução penal poderia ser celebrado até o início da instrução penal. Uma terceira corrente sustenta que o acordo de não persecução penal deve ser celebrado até a sentença. Por fim, existe uma quarta posição que entende que o ANPP pode ser celebrado a qualquer momento antes do trânsito em julgado.

O debate é caloroso e os diversos entendimentos já renderam muitas discussões nos Tribunais Superiores brasileiros, o que levou o Supremo Tribunal Federal a afetar o tema a julgamento pelo Plenário HC 185.913/DF.

O referido caso deliberado trata-se do Habeas Corpus nº 185.913/DF, em favor de paciente preso em flagrante delito transportando 26g de maconha, em 13.7.2018, sendo-lhe imputada a prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06). Condenado à pena de 1 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Após recursos nas instâncias superiores e no Superior Tribunal de Justiça, o paciente sustentou no Supremo Tribunal Federal que, no caso, teria aplicabilidade o instituto do acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido pela lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), considerando a admissibilidade da retroatividade da norma penal benéfica.

Ao apreciar o caso, o Ministro Gilmar Mendes constatou que o ANPP tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à sua natureza e consequente retroatividade mais benéfica. Diante disso, delimitou as seguintes questões-problemas:

a) O ANPP – acordo de não persecução penal pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?

b) É potencialmente cabível o oferecimento do acordo de não persecução penal mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?

O debate pertine na possibilidade de aplicação do ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do

trânsito em julgado. O referido Habeas Corpus será objeto de análise no plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que não tenha havido o julgamento do caso, existem decisões monocráticas no Supremo Tribunal Federal tratando sobre o tema, o caso mais recente é o Habeas Corpus 191464/SC.

Nos referidos autos, o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I e II, c/c o art. 12, I, da Lei 8.137/90, à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. A sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na instância extraordinária, o recurso especial interposto não foi admitido na origem, sucedendo série de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça visando ao seu conhecimento e provimento, sem êxito.

A parte agravante aduz que a decisão impugnada não está alinhada com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, alega que a Sexta Turma do STJ entende que “a norma em discussão é de natureza mista e mais benéfica ao réu e deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado”. Sustenta que o HC 191.464, Rel. Min. Gilmar Mendes, que trata da mesma matéria, foi remetido para deliberação do Plenário, o que torna “justo que o processamento da ação penal na origem seja suspenso”.

Com efeito, como visto alhures, após a entrada em vigor da Lei 13.964/19 surgiram questionamentos a respeito da natureza jurídica do acordo de não persecução penal, a fim de saber se se trata de natureza material ou processual.

Consoante o debate doutrinário e jurisprudencial, a Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida, visto que tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal, e tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal).

É cediço que para leis materiais aplica-se a retroatividade penal benéfica nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). Por outro lado, no que se refere à lei processual, adota-se o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, a regra é a aplicação imediata, ressaltando-se a validade de atos anteriores.

No que se refere às leis híbridas, possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo

(inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior.

No que se refere à retroatividade da norma despenalizadora, a doutrina a jurisprudência tem convergido acerca de sua possibilidade, reconhecendo seu legítimo caráter misto, entretanto, existe divergência acerca do limite da retroatividade.

Por força da sua natureza mista ou híbrida, a potencialidade material (penal) da norma processual determina sua retroatividade (*lex mittior*), de acordo com o comando constitucional contido no art. 5º, XL da Constituição Federal. Contudo, entendemos que a retroatividade seria limitada aos casos em que não tenha sido proferida sentença condenatória (encerramento da fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. (JUNQUEIRA, 2020).

Diante desse quadro, surgiram entendimentos jurisprudenciais e doutrinários diversos, vejamos.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 190855/PE relatado pela Ministra Rosa Weber entendeu pela retroatividade do ANPP por ser norma penal híbrida benéfica, causando efeitos na esfera processual, obstando o oferecimento da denúncia, mas também na seara material, porquanto gera extinção da punibilidade, o que reclama a referida retroatividade.

Debate-se ainda a possibilidade de ser oferecida após a sentença, mas quem entende pela retroatividade, normalmente costuma limitá-la até a prolação da sentença.

Nesse sentido, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, ao editar o Enunciado 98, deixou claro que é cabível oferecimento de acordo para ações em curso, limitado, todavia, até a sentença penal condenatória:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19 (Aprovado na 182ª Sessão Virtual de Coordenação, de 25/05/2020).

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela

defesa, quando haverá preclusão (Alterado na 187ª Sessão Virtual de Coordenação, de 31/08/2020).

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou que a aplicação do acordo em processos em curso torna-se possível até o recebimento da denúncia.

“da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau”. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020).

Ao passo que a Sexta Turma do referido Tribunal asseverou o cabimento do acordo para os processos em curso até o trânsito em julgado da condenação.

“o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”. (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020).

Deste modo, verifica-se uma divergência entre as turmas do STJ, visto que a quinta turma aplica o ANPP em processos em curso somente até o recebimento da denúncia, já a sexta turma aceita o emprego desse instituto em processos em andamento até o trânsito em julgado da condenação.

Portanto, independentemente do momento que ocorrerá a aplicação do ANPP, ambas as turmas citadas acima já deliberaram sobre a possibilidade dele retroagir, ao passo que, apesar dos dissentimentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, vê-se que é aceitável a retroação desse instituto.

Em Tribunais de segundo grau é essencial citar adoção de tal posição também no Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“O acordo de não persecução penal consiste em novatio legis in melius, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. 3. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. no 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma). 4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP”. (TRF 4, Correição Parcial 5009312-

O referido Tribunal debruçou-se na análise da natureza do acordo de não persecução penal e nos seus efeitos no direito intertemporal, assentando que o acordo traz causa extintiva de punibilidade, após satisfeitas as condições acordadas e, em que pese não se tratar de *abolitio criminis*, traz benefícios ao autor do delito, minimizando os efeitos da sua conduta praticada.

Dessa forma, presentes os requisitos objetivos, o Tribunal entendeu que não há óbice à abertura de fase para verificação de proposta de acordo de não persecução penal mesmo após o processo iniciado, ainda que em grau de recurso.

Considerando a possível ocorrência de tal debate em número expressivo de processos, e a divergência jurisprudencial sobre questão de tal importância, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Habeas Corpus 185.913 DF, menciona que “a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados”.

Diante de seus fundamentos, encaminhou a matéria para debate em plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo a assegurar-se a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais.

Tratando-se a questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados, caberá ao Supremo Tribunal Federal debater e decidir sobre a celeuma, para fins de que fosse criado um precedente representativo sobre o tema, com eventual fixação de tese a ser replicada em outros casos e juízos.

Ocorre que tal debate ainda não foi a julgamento em plenário, restando oportuno registrar a decisão monocrática mais recente do Supremo Tribunal Federal, qual seja:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução

penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

A hipótese cuida da possibilidade de se instaurar a discussão sobre o ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do trânsito em julgado.

O ministro Luís Roberto Barroso aduz que a leitura do art. 28-A do CPP evidencia que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. Não apenas porque o dispositivo refere investigado (e não réu) ou porque aciona o juiz das garantias (que não atua na instrução processual), mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28-A, §§ 8º e 10).

Dessa forma, o ANPP não se conforma com a instauração da ação penal, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade. Com efeito, a finalidade do acordo é evitar que se inicie processo, razão pela qual, por consequência lógica, não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia.

O Ministro Luís Roberto Barroso acrescentou que uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena –, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho possibilitou uma análise acerca do acordo de não persecução penal, vislumbrando-se seus requisitos, condições e demais características do referido instituto. Ademais, averiguou-se a discussão a respeito da retroatividade ou não do benefício para fins de ser aplicado em processos em curso.

A discussão atual é profunda e necessária diante da crise no sistema criminal brasileiro, vez que a Justiça Penal Negocial vem tomando espaço cada vez maior como paradigma de um Direito Penal Mínimo. Com isso muitos debates ainda serão proliferados face à necessidade de aprimorar nosso sistema penal.

Consoante explanado neste trabalho, a Justiça conciliativa se expressa no direito brasileiro por meio da Lei nº. 9.099/95, assim como pela Lei nº 12.850, e agora com o acordo de não persecução penal capitulado no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Como pode ser observado, o Acordo de não persecução penal trata-se de um instrumento de política criminal, vertente da Justiça Penal Negocial, que tem como principal objetivo a resolução de conflitos, priorizando a liberdade do investigado ao seu encarceramento, ao passo que, busca-se com o acordo devolver às vítimas e à sociedade aquilo que foi tomado pelo ato delitivo, de forma mais célere que a tramitação de um processo penal tradicional.

Conforme esmiuçado, o debate nos Tribunais Superiores percorrem por diferentes perspectivas: uma corrente sustenta que o acordo somente pode ser celebrado até o recebimento da denúncia; outra parcela defende que o acordo de não persecução penal poderia ser celebrado até o início da instrução penal; a terceira corrente delimita que o acordo de não persecução penal deve ser celebrado até a sentença; e por último, uma quarta posição que entende que o ANPP pode ser celebrado a qualquer momento antes do trânsito em julgado.

Diante desse quadro, tem-se que a posição que parece ser mais acertada é a favorável a da retroatividade da Lei nº 13.954/19, vez que, no que diz respeito ao acordo de não persecução penal, reveste-se de caráter penal, trazendo benefícios àquele que cumpre os requisitos para o cabimento do instituto.

Vislumbra-se evidentemente que o referido instituto representa uma boa opção político-criminal, vez que são garantidos os princípios constitucionais da celeridade e eficiência, e diante da benignidade da lei, deverá retroagir. Dessa forma, para os processos em curso, aplicar-se-á o benefício, desde que não transitado em julgado, vez que consiste em *novatio legis in melius*.

Nesse sentido, o acordo de não persecução penal manifesta-se como instrumento de política criminal, com o escopo de aperfeiçoar o sistema criminal pátrio, diminuindo os custos materiais e pessoais realizados na persecução de crimes de média gravidade, além de trazer mais resolutividade prática e eficiente face ao rotineiro processo lento e custoso que leva anos para ter julgamento, cujas sanções, quando muito, acabarão fixadas em regime aberto, se não

substituídas por restritivas de direitos, ou piormente vindo por muitas vezes o delito ser acometido pela prescrição.

Tal instituto vem como hasteador de uma justiça célere, eficaz e eficiente, preocupada com os interesses e impactos da vítima, do imputado e da sociedade, visto que abarca crimes de média gravidade, praticados sem violência ou grave ameaça, por pessoas que não ostentam antecedentes criminais, revelando-se instituto capaz de desobstruir o congestionado sistema de justiça criminal de modo a permitir que seja dada a necessária prioridade aos casos revestidos de maior gravidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal: parte geral**. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181 de 07 de Agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>> . Acesso em: 10 nov 2020.

BRASIL. Decreto n. 3.689 de 3 de outubro de 1.941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> . Acesso em 07 nov 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> . Acesso: 10 nov 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.850 de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> . Acesso em 10 nov 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm> . Acesso em 10 nov 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5790**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcID=52>> . Acesso em: 20 dez 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5793**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>> . Acesso em: 20 dez 2020.

BRASIL. STF. **Habeas Corpus n. 185.913/DF**. Min. Gilmar Mendes, decisão de 22.9.2020. Disponível em: <<https://images.jota.info/wp-content/uploads/2020/09/hc-185913-retroativ-anpp-hc-como-precedente-afetado-mgm.pdf?x65737>> . Acesso em: 20 dez 2020.

BRASIL. STF. **Habeas Corpus n. 191.464/SC**. Min. Roberto Barroso, decisão de 11.11.2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>> . Acesso em 20 dez 2020.

BRASIL. TRF 4ª REGIÃO. **Correição Parcial nº 5009312-62.2020.0000/RS**. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Diário da Justiça: 13 de maio de 2020. JusBrasil. 2020. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/845969655/correicao-parcial-turma-cor-50093126220204040000-5009312-6220204040000/inteiro-teor-845969660?ref=juris-tabs>>. Acesso em 05 jan 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça Penal Restaurativa: conciliação, mediação e negociação**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10051/justica-penal-restaurativa>> . Acesso em: 05 jan 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo et al. **Lei Anticrime Comentada: artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MPF – 2ª CÂMARA – CRIMINAL. **Acordos de não Persecução penal “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas”**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes>>. Acesso em: 7 jan 2021.

A tutela coletiva para o controle de políticas públicas



JOÃO PAULO SANTIAGO SALES

Promotor de Justiça (MP-PI). Especialista em Direito Processual Civil pela UFC.

Email: jpss@mppi.mp.br.



RICARDO MAGALHÃES DE MENDONÇA

Procurador da República (MPF/CE). Especialista em Direito Processual Civil pela UFC. Mestre em Direito pela PUC/SP.

Email: ricardomagalhaes@mpf.mp.br

A tutela coletiva para o controle de políticas públicas

João Paulo Santiago Sales, Promotor de Justiça (MP-PI). Especialista em Direito Processual pela UFC.

Email: jpss@mppi.mp.br

Ricardo Magalhães de Mendonça
Procurador da República. Especialista em Direito Processual Civil pela UFC. Mestre em Direito pela PUC/SP.

Email: ricardomagalhães@mpf.mp.br

Resumo: Este artigo objetiva analisar os instrumentos para controle judicial das políticas públicas, mediante o uso da tutela coletiva, abordando suas principais vantagens. Versa também sinteticamente sobre os mecanismos que o juiz dispõe para implementar sua decisão, inclusive mediante influência no orçamento público. O método é a análise da adequação dos instrumentos processuais e da atuação jurisdicional para efetivação dos direitos fundamentais ao modelo de Estado de Direito albergado pela Constituição Federal de 1988. Os resultados são tanto o exame dessa adequação, quanto os benefícios trazidos pelos instrumentos processuais para a prestação de tutela dos direitos fundamentais, repercutindo na vida da sociedade.

Palavras-chave: Ações coletivas. Políticas públicas. Participação democrática. Orçamento público

1 Introdução

O controle judicial de políticas públicas requer uma diferente postura do magistrado quer quanto à forma de entrega da prestação jurisdicional, quer quanto à condução do processo. Essa forma diferenciada tem em vista dois aspectos que não se encontram presentes na litigância habitual dos foros, a saber os impactos das decisões judiciais nas finanças públicas com repercussões por toda sociedade e a própria forma de adjudicação dos direitos postulados, que deve ser formulada não na tradicional lógica

retributiva e reparadora, mas mediante um caráter quase que prescritivo da jurisdição.

O processo civil no Brasil foi fadado durante a vigência do antigo Código Buzaid (CPC/1973) a solucionar as questões individuais com apenas uma parte em cada um dos polos, ou no máximo alguns litisconsortes, fruto da matriz romano-germânica. Os institutos não contemplavam a possibilidade de tratar de litígios com repercussões maiores, o que gerou a necessidade de criação de uma legislação própria voltada à tutela dos direitos supraindividuais.

O novo Código de Processo Civil (CPC/15) que entrou em vigor em 2016 rompe com essa visão individualista e incorpora vários dos princípios regentes da tutela coletiva. Percebe-se uma nítida interação entre o citado diploma e as leis que compõem o microsistema de tutela coletiva, tal qual um clássico caso de diálogo das fontes.

Alguns exemplos notáveis dessa interação são os incidentes de julgamentos de recursos repetitivos para fins de uniformização de teses jurídicas aplicáveis aos casos iguais- que já vinha sido acolhida pelo art. 543-B e 543-C do CPC/1973 (art. 1036 do CPC/15), que versam sobre os recursos extraordinário e especial; a notificação do Ministério Público e da Defensoria Pública para adoção das providências cabíveis (se for o caso a propositura da ação coletiva) quando em várias controvérsias individuais forem repetitivas e indicarem a presença de um substrato difuso ou coletivo dos direitos subjacentes às demandas individuais e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss. do CPC/15).

Apesar dos avanços da legislação processual ordinária, inegável que o microsistema da tutela coletiva ainda é o que apresenta melhores resultados na solução das controvérsias relacionadas às políticas públicas, pois conjuga os instrumentos adequados, como a legitimidade a partir da representatividade adequada por instituições ou órgãos notadamente especializados na defesa coletiva.

Não significa dizer que a tutela coletiva seja a panaceia de todos os males da judicialização, mas, a depender da correção e adequação do seu pedido, ela pode conferir um trato uniforme e coerente a vários dos problemas existentes em nossa coletividade. Figure a ação coletiva que postula a criação pelo poder público de unidades de tratamento intensivo em substituição às várias demandas individuais de pacientes que pedem sua inclusão na fila para internação ou realização de determinado procedimento.

2 Gênese e evolução da tutela coletiva no direito comparado e nacional

Para alguns autores (ALMEIDA, 2003, p. 39), a origem mais próxima das ações coletivas que conhecemos hoje no ordenamento brasileiro consiste no *Bill of peace* do Direito inglês do Século XVII, que, em suma, consistia no processamento coletivo de uma demanda individual, ainda que de forma rudimentar, para fins de envolver direitos de outras pessoas com aspectos comuns.

Embora alguns autores, tais como Stephen Yazell (YAZELL, 1977, p. 866-896), não identifiquem no *Bill of peace* uma necessária e única fonte das atuais *class actions*, não deixam de reconhecer que estas antigas controvérsias em torno das disputas agrárias entre camponeses e senhores de terras, com base no sistema da *equity*, tiveram importância para o desenvolvimento da teoria da representação adequada (dos interesses de terceiros não presentes no feito), que constitui um dos fundamentos das modernas ações coletivas.

Todavia, foi no direito norte-americano que o desenvolvimento profícuo das ações coletivas alcançou seu ponto culminante, com as *class actions for damages*. De acordo com Owen Fiss (FISS, 2003, p. 123-132), as *class actions* nasceram como fruto da necessidade de reparar danos fluídos causados a milhares de consumidores dispersos, e teve seu auge durante as décadas de 60-70 do século passado.

Com efeito, a primeira codificação naquele ordenamento ocorreu em 1942, com a *Federal Equity Rule 48*, que tinha o visionário objetivo de evitar o tumulto processual mediante a reunião das diversas reclamações relativas ao direito de classe numa só demanda sem o necessário comparecimento de todas as pessoas relacionadas ao direito material discutido. O tribunal aferia, no caso concreto, se os interessados estavam devidamente representados pelas partes do processo, dispensando a presença das demais quando prejudicasse o seu andamento (FISS, 2003, p. 121).

Neste esteio, a coisa julgada formada no processo coletivo tem o alcance regido pela figura do *class representative* (espécie de representante adequado da classe ou grupo). Tanto mais terá abrangência a decisão quanto mais representativa for a atuação do representante ou autor ideológico. Parte-se, pois, da premissa da existência de mecanismos adequados de aferição da representatividade do autor ideológico, pois sua atuação afetará todo o grupo ou classe representada no processo (GRINOVER, WATANABE, MULLENIX, 2011, p. 281). Porém, para equilibrar o sistema, a lei americana prevê modos eficientes de notificação ampla dos interessados para que manifestem sua vontade de se excluir face os efeitos da lide instaurada, através do *right*

to opt out.

Posteriormente, a Rule 23 apresentou algumas variações com relação aos regramentos anteriores, especificamente a adoção do modelo da notificação ampla dos interessados, que se presumem incluídos na ação de classe, ressalvada a hipótese de desistência expressa e manifesta (*right to opt out*), conforme prevê o item “C”, nº 2 (*Notice*)¹.

Mas os marcantes desenvolvimentos da doutrina italiana foram essenciais à profusão dos estudos sobre a tutela coletiva nos ordenamentos que não colheram diretamente das fontes anglo-americanas. Com efeito, no célebre congresso da Universidade de Pavia, na Itália, em 1974, Mauro Cappelletti fez a observação original de que os direitos coletivos *lato sensu* são caracterizados por sua indefinição de titularidade, bem como pela quebra da dicotomia público/privado que então permeava as relações intersubjetivas².

A partir deste histórico momento para os ordenamentos de *Civil Law*, pouco afeiçoados ao tratamento das questões de interesse público pelo processo civil, houve o reconhecimento de que as leis processuais então existentes não eram adequadas à solução dos novos conflitos de massa proporcionados pela modernidade e pelo avanço industrial, evidenciado pelo consumo em larga escala de bens e serviços, bem assim pelo aparecimento de classes ou grupos sociais mais ou menos homogêneos.

Era necessário estabelecer novas linhas de sistematização processual para fazer face a estes “novos direitos”, haja vista que o processo civil, especialmente nos sistemas de matriz romano-germânica, foi pensado para a resolução de lides entre pessoas determinadas e para dispor sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Com efeito, como destacam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50):

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam

¹ No sistema brasileiro, as coisas se passam de um modo pouco diverso. Haveria uma espécie de *right to opt in* no caso dos portadores de direitos individuais homogêneos *ex vi* do art. 104 do CDC. Neste caso, os autores de lides individuais podem sobrestar suas ações para se valerem dos efeitos da ação coletiva proposta em face do mesmo réu.

² As participações daquele congresso foram reunidas e compiladas em forma de artigos na coletânea *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. (Pavia, 11-12 giugno 1974)

bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Vale registrar as peculiaridades da litigância coletiva, tais como a *expertise* dos litigantes habituais- fruto de sua experiência no sistema judicial e sua economia de escala-, a difusão e desagregação dos interessados e os próprios custos e desvantagens que o processo judicial suscita, circunstâncias estas que militam em desfavor da defesa destes interesses pela via da ação individual.

Malgrado o desenvolvimento da doutrina italiana em matéria de tutela dos interesses coletivos, tal não se fez sentir, na mesma proporção, na Lei e na jurisprudência peninsulares. As modificações legislativas nesta seara só foram significativamente implementadas pela Lei nº 281, de 1998, que estabeleceu a defesa dos consumidores de produtos e serviços, mais em função da necessidade de adesão da italiana ao tratado da União Europeia, do que em virtude dos profundos estudos científicos sobre o tema. (MENDES, 2010, p. 111).

Todavia, antes, em 1965, a Alemanha já havia previsto o que seria o protótipo das ações associativas europeias, ao regular, nas leis de defesa da concorrência, uma espécie de tutela inibitória coletiva contra as condutas anticoncorrenciais. (MENDES, 2010, p. 119)

No Brasil, o tratamento legislativo pioneiro em matéria de tutela dos direitos difusos foi conferido pela Lei da ação popular, Lei nº 4.717, de 1965, que previu a legitimidade de todos os cidadãos para a ação que visa a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público, direito difuso por excelência

Posteriormente, a tutela de outro direito tipicamente difuso, o meio ambiente hídrico, veio a ser regulada pela Lei nº 6.938, de 1981, que, em seu art. 14, previu a legitimidade do Ministério Público para a responsabilização dos causadores de danos ambientais, que devem ser obrigados a indenizar e reparar os danos causados.

No entanto, somente com a promulgação da Lei nº 7.347, de 1985 (LACP), a ação civil pública foi erigida a instrumento da tutela geral dos interesses coletivos *lato sensu*, ao possibilitar sua propositura na defesa de um rol exemplificativo de direitos difusos e coletivos, conforme o art. 1º deste diploma. De outro giro, a referida lei admitiu os mais variados tipos de tutela para fins preservação dos direitos metaindividuais, ao reconhecer, em seu art. 3º, a possibilidade de pedidos de cominação de obrigações de

fazer e não fazer. Abria-se a porta para as tutelas específica e inibitória, algo inédito no direito brasileiro, pois as leis então existentes tinham mero caráter reparatório, herança nitidamente patrimonialista. Esta previsão foi definitivamente consagrada no microssistema da tutela coletiva pelos arts. 83 e 84 do CDC.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, pouco depois, da Lei nº 8.078, de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), perfectibilizou-se o microssistema da tutela coletiva, resultando no aprimoramento dos mecanismos de tutela coletiva já existentes e consolidando a posição de vanguarda do Brasil nesta matéria, que gerou até o desenvolvimento de princípios peculiares, tais como a da hipossuficiência do consumidor nas relações de consumo (do qual deriva, dentre outros, a inversão do ônus da prova), a primazia da reparação *in natura* dos bens difusos, a prioridade da satisfação da recomposição aos danos individuais etc.

O nível de aprimoramento do microssistema pátrio de tutela coletiva chegou a tal patamar que, hoje, o intérprete e aplicador deve procurar, com precedência, os instrumentos processuais nas principais leis que compõem esse sistema específico - a LACP e o CDC- e, apenas residualmente, no CPC. (DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 55)

3 Um necessário recorte metodológico: a ação civil pública

O controle de políticas públicas comporta amplo instrumental para sua discussão judicial. Não há uma técnica específica para o controle judicial nesta seara. Tudo dependerá do enfoque e das particularidades concretas nas quais se envolve o direito social negado ou violado.

Num enfoque abstrato e normativo as políticas públicas podem ser controladas pela ação de controle de constitucionalidade visando adequar as normas jurídicas aos princípios constitucionais vetores. Um exemplo disso pode se dar com um programa normativo aplicado à concretização de direitos sociais como o acesso universal e igualitário à educação. Figure a política nacional de cotas sociais para acesso às universidades públicas (Lei nº 12.711, de 2.012), que pode ser questionada a partir da perspectiva do controle abstrato da norma que a regulamenta aos princípios sensíveis como o princípio da isonomia.

Mas ainda há diversas outras esferas processuais nas quais a política pública pode ser questionada, tais como a ação popular, o mandado de injunção etc.

A respeito do mandado de injunção, vale destacar que a falta de normas regulamentadoras de direitos constitucionais, inclusive sociais, impede a fruição destes direitos tendo em vista as normas constitucionais que os asseguram serem dotadas de eficácia limitada. Figure o direito de greve do servidor público que, enunciado pelo art. 37, VII, da Carta Magna, tem sua disciplina e extensão relegada à lei específica, que até hoje ainda não foi promulgada.

Não obstante a consequência esperada pelo provimento do mandado de injunção seja a elaboração da norma no caso concreto para que o seu autor seja atendido, durante muito tempo era essa a interpretação conferida pelo STF, o qual preferia aplicação mais restritiva para o instituto ao inferir que do julgamento de procedência deste *writ* constitucional resultava tão somente na comunicação da mora ao Poder responsável. Tal posição que fez tábula rasa dessa importante garantia constitucional foi adotada no *leading case* resultante do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, relatado pelo Min. Moreira Alves, e julgado em 21/11/1989. Felizmente, em julgados recentes, o Pretório Excelso reviu sua posição, aplicando ao caso concreto uma solução normativa independentemente da existência de uma lei específica. Justamente no caso do direito de greve dos servidores públicos, pendente de regulamentação, o STF entendeu pela aplicação analógica das Leis nº 7.701, de 1988, e 7.783, de 1989, que regulamentam tal direito no âmbito privado, enquanto o diploma regulamentar não fosse promulgado³.

Já a ação popular tem o específico desiderato de anular atos lesivos ao patrimônio público (art. 1º da Lei nº 4.717, de 1965), cujo efeito pode desencadear uma mudança nas prioridades governamentais quanto à aplicação de recursos públicos. Cite-se o exemplo da ação popular que visa anular aplicação de um montante desarrazoado de recursos gastos em publicidade governamental, que, em virtude de sua procedência, podem muito bem ser remanejados para finalidades mais essenciais, como nas áreas de educação, saúde e saneamento básico. Aqui não se pode olvidar que a ação popular terá clara repercussão na política pública desatendida, que inclusive pode ser usada como parâmetro para o julgador aferir se aquele gasto era legítimo ou imoral.

Como visto, em que pese a existência de diversas ações para o controle das políticas públicas, tendo em vista os limites do nosso estudo, devemos efetuar esse recorte para fim de que a temática seja tratada no âmbito da ação civil pública. Essa metodologia tem ainda explicação diante das importantes e criativas soluções

³ MI nº 670/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007.

empregadas em recentes decisões judiciais proferidas em ações civis públicas que impõem ao poder público o cumprimento de direitos sociais em larga escala.

4 As políticas públicas no quadro dos direitos supraindividuais

O poder público deve desenvolver as ações administrativas derivadas dos direitos consagrados pela Carta Constitucional e aprimoradas pela atuação dos órgãos políticos mediante a regulamentação destas normas e a alocação de recursos públicos para seu cumprimento. Eis o elo indissociável entre as políticas públicas e as finalidades estatuídas pela Constituição.

As políticas públicas podem ser definidas como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, desde o processo eleitoral, passando pelos processos de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo, judicial, e com o fim de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos que são socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 39-41). Tal conceito é bastante similar àquele positivado pela Lei nº 12.288, de 2010, que cria o Estatuto da Igualdade Racial, cujo art. 1º, parágrafo único, V, define políticas públicas como as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais.

Quando se fala em políticas públicas logo vem à mente a vinculação do Estado às metas impostas pela Constituição em áreas sensíveis. Com efeito, as políticas públicas consistem no roteiro ou programa mediante o qual são concretizados os direitos sociais prestacionais estabelecidos pelo Constituinte em variadas áreas: saúde, educação, segurança, assistência social, meio ambiente etc., que se relacionam às finalidades essenciais de uma organização administrativa e social.

A título exemplificativo, o direito à educação é atendido mediante variadas formas, tais como a construção de escolas, a contratação de professores, a fixação de percentuais mínimos para aplicação nesta área; assim como o direito à saúde é satisfeito pelas políticas de fornecimento de medicamentos, contratação de leitos hospitalares em unidades particulares na impossibilidade de os hospitais públicos atenderem todos os agravados. Cada uma dessas ações pode ser reputada uma política pública de materialização de um direito.

Como se infere, portanto, os direitos sociais prestacionais são os fins aos quais as

políticas públicas almejam satisfazer, por isso ambos são esferas inseparáveis, embora inconfundíveis. As políticas públicas representam – registre-se novamente – as ações e planos encadeados para satisfação dos diferentes direitos sociais ou prestacionais.

Segundo preceitua o art. 81 do CDC, os direitos supraindividuais são divididos em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, segundo conceitua o primeiro inciso do citado dispositivo.

Restam assim as principais características dos referidos direitos: a indivisibilidade do objeto e a indeterminação dos possíveis sujeitos.

A indivisibilidade do objeto tem de ver com a impossibilidade de ser cindido em partes diversas para cada um dos titulares ou interessados, consistindo num todo. Essa nota implica que a satisfação do direito ou a sua lesão beneficia ou prejudica a todos indistintamente.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 103) ensina que:

essa característica advém do fato de que os interesses difusos apresentam uma estrutura peculiaríssima, devido ao fato deles não terem seus contornos definidos numa norma (como os direitos subjetivos), nem estarem aglutinados em grupos bem delineados (como os interesses coletivos), donde resulta que sua existência não é afetada, nem alterada, por conta de virem a ser exercitados ou não, remanescendo, por assim dizer, num estado fluído, ao interno da sociedade como um todo.

A indeterminação dos sujeitos tem relação imbrincada com a repercussão social do objeto, que diz respeito a toda a sociedade ou pelo menos a um segmento social expressivo, insuscetível de delimitação *prima facie* que impede a identificação dos sujeitos que podem ser afetados pelo referido direito ou interesse.

Neste passo, importante não confundir essa ligação entre os interessados com a origem fática comum, que pode consistir na causa de pedir comum dos interesses individuais homogêneos. É que não se pode confinar os interesses ou direitos difusos às hipóteses resultantes de uma ocorrência comum no plano fático, quando abrangem também uma série de situações em que nenhum fato anterior ocorreu para lesar ou causar dano a alguém. É dizer, muitas das vezes houve uma omissão do obrigado de agir

conforme a lei impunha dando ensejo a um feixe de prestações direcionadas a pessoas indeterminadas.

Isso fica claro quando se visualiza as prestações as quais o Estado está obrigado a destinar aos administrados indistintamente sem atentar suas condições particulares ou *status* e mesmo sua vinculação a um determinado grupo. Podem ser citados os direitos sociais tais como segurança, saúde e educação, que, a depender a forma como deduzidos em juízo, consistem em prestações que não resultam de nenhuma circunstância fática anterior ligando os administrados, mas simplesmente um direito que todos têm de receber serviços públicos adequados e eficientes (MELLO, 2006, p. 642). É o caso do dever de fazer funcionar as unidades intensivas de saúde e de atender em creche escola (art. 208, IV, CRFB/88)⁴.

Mas os interesses difusos vulnerados pelo descumprimento de uma obrigação de fazer não se esgotam nos direitos prestacionais; há outras condutas ilícitas como a omissão dos fabricantes de um produto ao não informar os riscos à saúde ou à segurança dos consumidores que ele pode causar, a omissão da publicidade dos atos estatais ou a do órgão ambiental que se abstém de fiscalizar e reprimir as degradações ambientais ou de proteger o patrimônio histórico e cultural, do qual se infere um nítido imperativo de conduta em proveito indiscriminado da coletividade.

É bom esclarecer este ponto para que não se confunda esta espécie com os direitos coletivos. Embora seja correto assinalar que o descumprimento de um dever ou obrigação esteja relacionado aos interesses ou direitos difusos, isso não implica confundi-los com os direitos coletivos posto que fundados numa relação jurídica base. É que no primeiro caso não há nenhuma relação jurídica entre os destinatários da obrigação, mas apenas o dever geral de concretizar os direitos em virtude de uma disposição normativa.

Já os direitos coletivos *stricto sensu* são transindividuais, de natureza também indivisível dos quais são titulares o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, CDC). Consoante pondera Sérgio Shimura (SHIMURA, 2006, p. 29), “um dos traços distintivos do interesse coletivo é a organização, visto que, sem ela, os interesses não podem aglutinar-

⁴ Não se ignora que referidos direitos sociais consubstanciam também serviços públicos, pois tratam-se de prestações estatais destinadas à coletividade em geral, e fruíveis individualmente, mas estes- os serviços públicos- não se confundem com algumas políticas públicas com ele conexas, como a construção de unidades hospitalares ou escolas, que não são propriamente serviços públicos, mas obras públicas, embora também sejam formas de atender o direito à saúde e à educação.

se de forma coesa e eficaz no seio de grupo.”

Os exemplos mais evidentes de direitos coletivos são os relacionados a uma relação tributária na qual posiciona-se de um lado o Estado, titular da exação respectiva, e do outro lado os contribuintes, que se encontram numa idêntica situação passiva, e aos integrantes de uma associação de classe ou grupamento que se sujeitam a um regramento ou relação jurídica comum.

Por fim os direitos individuais homogêneos são os de natureza divisível e decorrentes de origem comum com o que se relacionam sujeitos identificáveis. Tratam-se de direitos eminentemente individuais, mas tratados coletivamente para facilitação de sua tutela jurisdicional. De outro tanto, a importância de sua tutela coletiva decorre da massificação das relações sociais e das consequências jurídicas das lesões a direitos que repercutem na organização social (DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 78).

Certa doutrina (ZAVASCKI, 1995, p. 35) salienta que tais direitos não se diferenciariam ontologicamente das hipóteses autorizadoras do litisconsórcio facultativo por afinidade por um ponto comum de fato ou de direito (art. 46, IV, CPC). Contudo, parece que os interesses (ou direitos) individuais homogêneos, em que pesem serem essencialmente relacionados à condição singular dos seus interessados, devem ser tratados conjunta e indivisivelmente pelo menos até o seu reconhecimento. A doutrina majoritária, inclusive, fala na fixação da tese geral como o ponto culminante da ação coletiva que veicula tais direitos (DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 80).

Estabelecidas a conceituação e distinção legal para cada um destes interesses transindividuais, importante fazermos algumas considerações críticas.

Primeiramente, o *discrímen* baseado exclusivamente no liame fático ou jurídico para identificar de qual espécie de interesse transindividual se trata parece ser insuficiente. É necessário, para além disso, identificar o tipo de provimento buscado e associá-lo à dispersão ou fluidez dos interessados. É que, diante de um mesmo contexto, podem estar presentes todas as espécies de direito coletivo *lato sensu*. Imaginemos o consórcio de veículos, diante do qual pode estar em jogo o direito difuso de publicidade idônea e verídica, enquanto extensível inclusive àqueles que não integram os grupos (o público geral); o direito coletivo de não sofrer reajustes abusivos inerente à condição dos participantes do consórcio que possuem uma relação comum com a administradora do grupo, no que resultará um resultado no plano fático indivisível para o grupo; e, por fim, o interesse individual homogêneo dos participantes do consórcio em haverem a reparação dos danos por terem pago valores indevidos, que serão definidos de acordo

com a situação específica de cada um.

Portanto, o liame fático ou jurídico comum é critério deveras problemático para o fim de identificar a espécie em jogo. Para tal missão há que se buscar outros elementos, combinando-os com a causa de pedir e o pedido de tutela formulado.

Conforme Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, 2007, p. 54) preceitua:

É óbvio que não apenas os interesses coletivos em sentido estrito, têm origem numa relação jurídica comum. Também nos interesses difusos e individuais homogêneos há uma relação jurídica comum subjacente que une ao respectivo grupo. Contudo, enquanto nos interesses coletivos propriamente ditos, a lesão do grupo provém diretamente da própria relação jurídica questionada no objeto da ação coletiva, já nos interesses difusos e individuais homogêneos, a relação jurídica é questionada apenas como causa de pedir, com vista à reparação de um dano fático ora indivisível (como nos interesses difusos), ora, até mesmo, divisível (como nos interesses individuais homogêneos).

Em segundo lugar, a doutrina empreende uma análise bastante restrita sobre a ótica dos interesses ou direitos individuais homogêneos. Em geral fala-se na tese geral resultante da decisão condenatória genérica como desfecho exclusivo destas ações coletivas e, a partir disso, a reparação individual a ser alcançada em cada uma das pretensões executórias como o resultado destas ações. Em suma, as ações que veiculam estes direitos teriam como premissa um evento danoso e como objeto único a reparação civil⁵. Ainda que muitos não sejam expressos quanto a esse ponto, o fato de não abordarem precisamente as possíveis eficácias e técnicas processuais relacionadas aos direitos individuais homogêneos é um indicativo de que reina uma zona cinzenta a respeito do seu real alcance e tutela.

Por conseguinte, parece incorreto ou insuficiente, sob o ponto de vista da adequada prestação de tutela dos direitos, supor que as ações coletivas na defesa dos direitos individuais homogêneos tenham por objetivo exclusivo a reparação dos danos assim como que a causa de pedir da referida pretensão seja apenas o dano de espectro plural, ainda que haja capítulo dedicado a tais direitos consignando expressamente a tutela condenatória (art. 91 e ss. do capítulo II, do título III, do CDC). A provável explicação para esta previsão legal restritiva deve-se à influência das *class actions for damages* do direito norte-americano sobre nossa tutela coletiva (GRINOVER, 2004, p. 863-867).

A diversidade das situações substanciais que requerem a tutela jurisdicional porém

⁵ Parece ser este o entendimento de boa parte da doutrina: Cf., por todos, MAZZILLI, 2007, p. 55; e ZAVASCKI, 1995, p. 39.

indica que os interesses individuais homogêneos também sejam dotados de técnicas processuais que assegurem a satisfação do direito independentemente da existência do dano. A tutela específica é ínsita a qualquer espécie de direito, por força do art. 5º, XXXV, da Carta Magna, que impõe a efetividade da prestação jurisdicional como um corolário do direito de ação.

Ademais, o art. 83 do CDC estatui que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Sendo assim, uma interpretação sistemática do código consumerista indica que o capítulo II do seu título III regula apenas uma das eficácias possíveis das ações em defesa direitos individuais homogêneos, sem excluir v.g. a mandamental ou a executiva *lato sensu* (GRINOVER, 2004, p. 868). A explicação poderia residir na especificidade e importância que representa a condenação genérica, a qual exige uma positivação expressa do *iter* processual desde a fase de conhecimento até a execução, o que torna-se despropositado quanto às outras eficácias em virtude de o art. 84 do mesmo diploma já disciplinar a tutela específica, aplicável a todos os direitos supraindividuais.

Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 169), realizando uma leitura constitucional da tutela dos direitos coletivos, foi preciso quanto à admissibilidade de todas as espécies de provimento para os diversos direitos metaindividuais:

Torna-se claro que, ao prever e garantir os direitos coletivos e individuais de massa, implicitamente a Constituição Federal exigiu do legislador ordinário o desenvolvimento de mecanismos eficientes de proteção desses interesses. Tivesse o legislador restringido a proteção conferida aos interesses de massa exclusivamente à via ressarcitória subsequente, estaria ele violando a delegação conferida pelo constituinte, impondo-se a conclusão da inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional. Entretanto, é de se ver que não há, no direito brasileiro, negativa formal de tutelas outras (que não a condenatória) para os direitos individuais homogêneos. Em vista desse dado, e impondo-se uma interpretação sistemática do direito nacional, à luz dos princípios constitucionais, cabe a conclusão de que, se não estão proibidas outras modalidades de tutela, elas estão permitidas, cabendo para proteção dos interesses individuais de massa qualquer forma de tutela, preventiva ou repressiva, admissível pelo direito

brasileiro.

Após essa análise, parece possível concluir que as políticas públicas, como medidas de efetivação dos direitos sociais, podem se enquadrar em qualquer uma das espécies de direito supraindividual. A sua configuração vai depender da causa de pedir e do pedido formulado para sua concreção. Não se pode aprisionar, como querem alguns, a discussão das políticas públicas à feição dos direitos difusos porquanto a adequação da tutela e seu modo de ser deverão ser buscados na necessidade de tutela manifestada pelo autor na ação.

É que os direitos sociais que imprimem um imperativo de ação ao poder público, via políticas públicas, manifestar-se-ão de formas variadas conforme o grupo interessado, desde as formações sociais mais extensas até os indivíduos particularmente afetados que farão jus à prestação estatal como decorrência de sua condição. Sendo assim, os beneficiários serão todos os integrantes de uma coletividade, considerados indistintamente, no caso de algumas das políticas públicas de segurança pública e assistência social (art. 203 da CRFB/88). Em menor grau, mais ainda assim com grande indeterminabilidade dos interessados, figurarão os residentes de um dado município com relação ao atendimento em creche escola⁶. Ainda nesses casos a prestação será indivisível pois ofertada aos cidadãos sem ter em conta suas condições particulares.

Com um menor grau de indeterminabilidade dos sujeitos interessados, mais ainda assim com objeto indivisível, figuram as políticas públicas relacionadas ao bem-estar das comunidades indígenas e tutela das terras ocupadas tradicionalmente por elas (art. 231 da CRFB/88), que deverão observar a condição dos integrantes de determinada etnia e sua organização social. Tratam-se evidentemente de direitos coletivos os quais o Estado deve observar e garantir ao grupo ou organização coletivamente considerados.

5 A vocação da tutela coletiva para a discussão das políticas públicas

As desvantagens da litigância individual ou atomizada, consoante já sinalizado, é um dos fundamentos mais fortes para o desenvolvimento dos mecanismos de tutela coletiva. Com efeito, são vários os obstáculos para que os indivíduos tenham seus direitos reconhecidos judicialmente quando a pretensão disser respeito a direitos que

⁶ STF, 2ª T., AgRg no RE 273.834-4/RS, DJU 02.02.2001; e RE 436.996/SP, j. 22.11.2005, ambos relatados pelo Ministro Celso de Mello. RE 410.715-AgR/SP.

afetem a textura social de uma forma mais ou menos homogênea. Muitas das vezes os benefícios e proveitos a serem auferidos em virtude de uma judicialização são menores que os custos (econômicos, psicológicos) do processo (CAPPELLETTI, 1993, p. 59).

Note-se, ademais, que as despesas podem ser potencialmente aumentadas se essas pessoas confrontam os chamados litigantes habituais ou qualificados, que compreendem as grandes empresas e o próprio Estado, que possuem um corpo de profissionais especializados para a defesa judicial de seus interesses. Obviamente, os sucessivos recursos apresentados por estas partes, além de outras estratégias processuais, prolongam o andamento do processo e, por conseguinte, tornam seu custo inacessível à maior parte da sociedade.

O microssistema brasileiro de tutela coletiva, neste contexto, fornece uma solução para estes conhecidos óbices à judicialização do conflito de massas, porque de um lado defere a legitimidade para a tutela destes direitos a um rol de entidades reconhecidamente especializadas na defesa dos direitos transindividuais, e de outro minimiza os custos financeiros do processo, pois desonera os autores do dever de pagar as verbas decorrentes da sucumbência processual, tais como custas e honorários advocatícios- ressalvados os casos de reconhecida litigância de má-fé-, bem como dispensa do adiantamento dos honorários periciais, nos termos do art. 13 da Lei nº 4.717/1965, e dos arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/1985.

No sistema norte-americano, que inspirou mais proximamente nosso modelo de processo coletivo, é comum a litigância de interesse público (*public law litigation*), que envolve geralmente a discussão de medidas governamentais, em larga escala, próprias do sistema do *Common Law*, que historicamente cria normas e as aplica em forma de precedentes.

Mas de uma forma geral, o sistema do *Common Law* traz mecanismos sofisticados de resolução de questões jurídicas que não se resumem na obtenção de condenações pecuniárias. De efeito, o regime da *equity* tem aplicação justamente quando em jogo direitos que não podem ser simplesmente reduzidos à pecúnia, mas antes de tudo implicam obrigações de conduta extraídos de valores do sistema jurídico. Pode-se dizer, por conseguinte, que os remédios encontrados na *equity* são o protótipo da tutela da prevenção do ilícito (DAWSON, 1959, p. 499).

Em suma, pode dizer que a *equity* constitui um instituto do Direito inglês, como forma de conferir completude ao ordenamento da *Common Law*, ou seja aos remédios previstos na legislação anglo-saxônica. É que, diante da necessidade de tutelar situações

que não se resumiam à reparação de danos disciplinadas legalmente naquele sistema, os juízes valeram-se de instrumentos para emitir ordens para cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer (*non monetary remedies*). Esse momento histórico geraria, inclusive, a criação jurisprudencial do Direito pelas cortes inglesas, no que depois gerou o sistema de precedentes que qualifica e individualiza a produção normativa do *Common Law* (DOBBS, 1993, p. 48).

Em geral, o manejo das ações coletivas para a tutela dos direitos sociais, enfim para discussão das políticas públicas, é bem tolerada pelo sistema jurídico, pois possibilita o debate amplo das questões com praticamente todas as esferas envolvidas; possibilitam a universalização da prestação reconhecida pela decisão judicial a todos os que se encontram na situação de direito material subjacente à demanda, independentemente de serem partes; e oferecem parâmetros para a administração pública programar os gastos com a efetivação da política pública, algo impensado no tratamento atômico e disperso das ações individuais. Neste último caso, a administração pública poderia elaborar uma programação a médio prazo mediante a inclusão de verba necessária no orçamento do exercício financeiro seguinte (MARINONI, 2001, p. 120), o que pode ser obtido, dentre outras formas, mediante o emprego de multa.

É consistente, neste aspecto, a crítica de importantes setores doutrinários (BARROSO, 2010, p. 894) contra a tutela individual das políticas públicas, como comumente ocorre no direito sanitário, cuja quantidade disseminada de ações individuais pode dificultar, quiça impossibilitar, o planejamento da máquina administrativa. De fato, ainda que não seja desejável, tampouco constitucionalmente admissível, o cerceamento das ações individuais, não podemos deixar de reconhecer sua desvantagem quando comparada à tutela coletiva, tanto no pertinente aos reflexos administrativos como no plano da cognição judicial, que fica fragilizada pelos parâmetros altamente inseguros de sopesamento dos direitos.

Sem embargo da importância da ação coletiva para contornar os óbices supramencionados ao acesso à justiça nas questões que envolvam direitos metaindividuais, ainda temos a vantagem de resolver, num único processo, a crise de direito instalada com a aplicação de solução isonômica a todos os sujeitos que tenham alguma implicação com o direito litigioso (MANCUSO, 2008, p. 234).

A um só tempo, por conseguinte, satisfazem-se dois escopos do direito processual: aplica-se a decisão a todos quantos se encontrem na mesma posição jurídica diante do objeto litigioso, atendendo ao princípio maior da isonomia; e aglutina num só processo

as aspirações de toda uma coletividade, em substituição a um sem número de ações individuais, encarnando o princípio da economia processual (BARCELLOS, 2010, p. 129-130).

Vale destacar, mais uma vez, que aqui não estamos adotando uma posição de rejeição à tutela individual dos direitos sociais, porque tais direitos são, como ocorre com os direitos fundamentais previstos no rol do art. 5º da Carta Magna, inseridos dentro da esfera jurídica das pessoas individualmente consideradas. É dizer, direitos como educação, saúde e segurança embora sejam direitos sociais extensíveis a toda a coletividade, também são fruíveis individualmente, pois não haveria nenhum sentido em condicionar-lhes o exercício apenas a título coletivo.

Entretanto, não se pode negar que a litigância individual em matéria de direitos sociais, quando considerado um universo de ações individuais, envolve repercussões financeiras e um planejamento que não pode ser minimamente dimensionado pelo julgador. Cada juiz tem diante de si apenas o custo do direito a ser implementado naquela demanda, sem sequer imaginar o impacto que os demais inúmeros processos que pleiteiam similar objeto, que correm perante diversos órgãos jurisdicionais, pode gerar. Exemplo disso pode ser facilmente encontrado nas ações individuais em que se postula a obtenção perante o Poder Público de medicamentos de alto custo.

Vale atentar que, mesmo para os que advogam a franca tutela jurisdicional individual dos direitos sociais, são inegáveis as vantagens da litigância coletiva. Esse é o caso de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2012, p. 300):

Por outro lado, se é possível afirmar a correção do entendimento de que a tutela coletiva (especialmente em nível preventivo) deva assumir caráter preferencial, já que possui a incensurável virtude de minimizar uma série de efeitos colaterais mais problemáticos da tutela jurisdicional individual na esfera dos direitos a prestações sociais, também é certo- de acordo com o que se extrai da decisão do STF já referida, que assegurou o fornecimento de medicamento de alto custo em demanda individual promovida pelo Ministério Público Federal, - que a eliminação da possibilidade de demandas individuais poderá, por si só, representar uma violação de direitos fundamentais...

O poder público reclamado e o autor coletivo também podem contribuir com toda

sua *expertise* no tratamento da questão, possibilitando ao julgador conhecer todos os variados quadrantes e repercussões que envolvem a execução da política pública, desde os impactos financeiros da implantação de determinado direito social até o rol de políticas que deixariam de ser atendidas em face daquele.

Conforme já foi assinalado noutra oportunidade, o dever de colaboração positivado no novo Código de Processo Civil tem inteira aplicação às lides que discutem políticas públicas (MENDONÇA, 2016, p. 338):

Pensamos que o processo, como instrumento público, malgrado discuta questões de direito disponível, deve sempre ser interpretado a partir das eminentes finalidades da jurisdição, e portanto não deve transmutar-se meramente numa arena onde as partes digladiam-se em busca da vitória da melhor tese jurídica, tudo sob a complacência do julgador. Uma opção mista que privilegia tanto a livre disposição das partes - baseada no princípio dispositivo -, conjugada com boa dose de poder investigativo do juiz, é a que se mostra mais consentânea com os escopos da jurisdição.

O dever de colaboração, para além de constitui princípio inato ao devido processo legal e ao contraditório, ganha reforço após sua positivação no art. 6º do novo CPC, que preconiza que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Desse dever podem ser deduzidas diversas aplicações no controle jurisdicional das políticas públicas. É o caso das ações que postulam o atendimento de direitos fundamentais que exigem que o poder público esgote todos os meios disponíveis para atendê-los, em caso de justificativa da reserva financeira do possível. Podemos extrair do dever de colaboração supracitado a exposição clara da peça orçamentária e da viabilidade financeira do atendimento da política pública vindicada.

Alguns institutos recém-egressos no processo civil brasileiro podem fornecer instrumentos muito úteis à formação da convicção do julgador e contornar os argumentos baseados no *deficit* de legitimidade e técnica da atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas: o *amicus curiae* e a audiência pública. Tais instrumentos possibilitam a colaboração técnica de setores especializados da sociedade, bem assim

dotam a decisão judicial de uma maior legitimidade, pois informada pelo pluralismo. Destarte é recomendável que o julgador utilize-os pois tal proceder tem fulcro na democratização dos provimentos judiciais em matéria de lides de interesse público. Como as soluções aplicam-se amplamente a um expressivo segmento social, nada mais coerente que envolverem a participação tanto quanto possível maior de diversos atores sociais.

Com efeito, o art. 138 do CPC/15 admitiu a participação do *amicus curiae*, pessoa jurídica ou física, a quem compete se manifestar sobre a temática tratada na lide, quando ela ou a especificidade do seu objeto forem relevantes ou quando houver repercussão social da controvérsia. Como se discute o interesse público relacionado a uma política pública, nada mais razoável que admitir os subsídios fornecidos pelo amigo da corte os quais poderão ser úteis para o julgador posicionar-se em qualquer um dos sentidos do processo, a favor ou contra a postulação; portanto, não se pode falar em quebra da parcialidade, porque a razão que inspira o ingresso do *amicus curiae* não é a mesma que legitima o ingresso da figura do assistente, por exemplo, a saber a possibilidade da decisão afetar o interesse jurídico deste terceiro.

Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, 2010, p. 160) fala em interesse institucional, apartando-o do interesse individual que qualifica as formas ordinárias de intervenção presentes nos capítulos V e VI do título II do livro I do CPC. O interesse institucional consistiria num interesse metaindividual titularizado por segmentos sociais relativamente bem definidos.

Imaginemos uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra determinado empreendimento hidrelétrico por causar impactos ambientais. Haverá uma série de interesses gravitando sobre o conflito, que nem sempre são trazidos ao juízo em toda sua perspectiva, podendo ser citado o interesse dos produtores rurais e das famílias afetados pelo represamento da água, em contrapartida ao dos possíveis interessados em laborar nas construções cuja pretensão visa obviar. O mesmo pode ser dito das ações que tutelam direitos agrários e de comunidades tradicionais, que envolvem grupos complexos como os produtores rurais afetadas pela possível demarcação e titulação de terras e as etnias silvícolas ou ainda remanescentes de quilombolas, as quais podem inclusive disputar o mesmo espaço territorial. Por aí se vê o quanto é amplo e complexo o fundamento que baseia as possíveis intervenções, recomendando o ingresso do *amici curiae* para que a decisão seja mais completa possível em termos de atendimento a todos os interesses afetados (BUENO, 2010, p. 162).

Na mesma linha, a audiência pública tem o condão de proporcionar ao julgador um contato com os agentes sociais e o conhecimento dos impactos que a decisão pode ocasionar a eles. Seria um modo informal de conhecer os interesses subjacentes à lide coletiva e possibilitar o melhor planejamento das soluções empregadas na resolução do conflito. Tal instrumento também seria uma forma de democratizar o processo e exercitar o poder de influência de grupos com interesses os mais diversos na formação da convicção do julgador.

Assim como a admissão do *amicus curiae* no processo ordinário ocorreu na nova codificação processual, a audiência pública passa a ser admitida no incidente de resolução de demandas repetitivas cabível nas hipóteses de efetiva repetição de processos que contenham a mesma controvérsia de direito, ou em risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (arts. 976 e 983, § 1º, ambos do CPC/15), assim como no julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1038 do CPC/15).

Vale registrar que esses últimos institutos aqui referidos— o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos - são fulcrados eminentemente na necessidade de tratar as causas idênticas da mesma forma a fim de que seja observado o princípio da isonomia, daí porque jamais poderiam pôr em risco a utilidade da ação civil pública enquanto instrumento de tutela das políticas públicas.

É que para além da uniformização de teses e soluções a casos concretos, busca-se nesta via a solução da crise quanto à aplicação de direitos fundamentais, mediante a correção de políticas ineficazes ou a cessação de omissões violadoras daqueles direitos.

6 O controle judicial e o orçamento público

O orçamento público não pode consistir em forma de negativa indiscriminada da implementação de direitos sociais. Para fins de cumprir uma decisão judicial relativamente a estes direitos, em alguns casos, o Poder Executivo deverá adotar medidas de contenção de gastos e remanejamento de despesas com relação ao orçamento corrente.

Uma vez reconhecido que os direitos postulados referem-se ao mínimo existencial, ou que se trata de direito social relacionado às normas constitucionais de densidade suficiente para serem aplicadas independentemente de ponderação legislativa ulterior, o poder público poderá ser compelido a usar os recursos disponíveis ou, se for o caso,

realocar recursos dentro do orçamento atual, retirando gastos relacionados a outras políticas menos importantes e redirecionando tais verbas ao cumprimento imediato da decisão que tutela direitos fundamentais.

O fundamento para o controle judicial do orçamento público pode ser colhido em vários precedentes do STF, em especial do voto do Min. Celso de Mello, relator, no julgamento da famosa ADPF nº 45/DF:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Carácter relativo da liberdade de conformação do legislador: considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração) (...) Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência".Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁷.

Como nem todas as políticas públicas poderão ser atendidas por essa relocação de

⁷ STF, ADPF-MC 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU 29.4.2004, Informativo/STF nº 345/2004

recursos, os demais gastos deverão ser incluídos dentro da peça orçamentária para serem executados nos exercícios subsequentes. Essa será uma maneira mais coerente de se efetivar direitos prestacionais sem fugir das possibilidades financeiras do Estado, através da readequação do orçamento corrente e a programação do futuro.

Não vemos como correta a solução que relega ao precatório a execução quanto ao que não for exequível dentro do rearranjo da peça orçamentária corrente. Isso implicaria em submeter indevidamente os direitos sociais prestacionais ao sistema de execução dos créditos pecuniários contra a fazenda pública, tratando, em ofensa ao princípio da isonomia, direitos fundamentais e patrimoniais disponíveis da mesma forma em matéria de execução civil.

A relatividade do princípio orçamentário em face de outros direitos fundamentais considerados essenciais e a inadequação da transformação da obrigação respectiva vem a pelo nas decisões reiteradas dos tribunais que admitem o sequestro de recursos públicos e a execução específica das decisões com o custeio de prestações relacionadas ao direito à saúde⁸.

Em situações urgentes que demandam uma atuação pronta do poder público, é legítimo conferir o poder-dever ao Poder Judiciário de utilizar formas subrogatórias que contornem a inércia do agente público e realizem na prática os direitos fundamentais. Seria o caso de o juiz determinar a transferência de pacientes para a rede hospitalar privada e o custeio, às expensas do erário, dos serviços médico-hospitalares prestados, tudo sem necessidade de programação orçamentária.

Nos demais casos que envolvam maior programação financeira, o julgador poderá-
fiado na possibilidade de influir no orçamento público mediante a ponderação dos princípios constitucionais em jogo - utilizar de mecanismos de coerção para que a verba necessária à efetivação das políticas públicas futuras seja incluída no orçamento relacionado ao exercício seguinte. Seria o caso de obras de infraestrutura que realizem concretamente alguns direitos fundamentais, como a construção de escolas e presídios, para acomodar alunos e detentos, que dependem de alocação de recursos em maior escala, que nem sempre estão disponíveis em caixa, bem assim a efetivação de prestações sociais que impliquem na necessidade de incremento do quadro de pessoal da

⁸ O STJ admitiu, em reiterados precedentes, a aquisição de medicamentos com recursos obtidos a partir do sequestro de numerário de contas públicas: REsp 912247/ RS, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, Julgamento: 10/04/2007, DJ 23/04/2007 p. 250; REsp 832.317/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 08.11.06; REsp 851.760/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.9.2006, p. 238; REsp 815.277/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.8.2006, p. 261; REsp 824.164/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 28.6.2006, p. 253

administração pública, tais como a contratação de professores, médicos etc.

7 Conclusão.

As demandas recorrentes contra o poder público buscando a efetivação de direitos sociais trouxeram um esquema inédito no processo judicial brasileiro. Com o advento da Constituição Federativa de 1988, uma série de direitos prestacionais foram outorgados aos cidadãos, com implicações notáveis para a nova forma de relacionar o Estado e seus súditos e também para o processo, como instrumento de efetivação destes direitos.

Por isso a realidade trazida a lume pelo espectro constitucional exige uma nova dinâmica do processo para que o magistrado possa solucionar os intrincados problemas relacionados à forma de implementar os direitos sociais a toda uma parcela da população, com reflexos relevantes sobre as finanças públicas.

Exige-se, portanto, a abertura democrática do processo até mesmo para que sejam superados os eventuais óbices ao controle jurisdicional das políticas baseados em argumentos de ilegitimidade e falta de conhecimento técnico de magistrados.

Neste tocante o princípio da cooperação exerce destacado papel pois impõe deveres permanentes de consulta às partes processuais e participação a fim de melhor qualificar o provimento judicial e tornar o processo mais democrático. Os institutos da audiência pública e *amicus curiae* auxiliam decisivamente nesse desiderato.

Da mesma forma, não se pode ignorar a possibilidade de interferência judicial no orçamento público como consectário do discutido controle das políticas públicas. O poder público não pode desprestigiar direitos fundamentais de primeira grandeza em favor de políticas que não se acomodam devidamente ao interesse público.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos*

fundamentais. Orçamento e reserva do possível. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado,, 2010, p. 101-132.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial *In* SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direitos sociais- fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2010, p. 875-903.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro *In* DIDIER JR., Fredie; CALMON Filho, Petrônio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O terceiro no processo civil e assuntos correlatos: Estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro*. São Paulo: RT, 2010, p. 160-167.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1988.

DAWSON, John P. Specific performance in France and Germany *Michigan Law Review*, v. 57, nº 4, nov., 1959, p. 495-538;

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*, v. 4. 7ª ed. Salvador: Juspodium, 2012.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages-equity-restitution*, 2ª ed. Saint Paul: Hornbook west group, 1993.

FISS, Owen. *The law as it could be*. New York and London: New York University Press, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*,

8ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: RT, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. As soluções consensuais para as controvérsias sobre políticas públicas. In VITORELLI, Edilson Lima. *Temas atuais do Ministério Público Federal*. Salvador:Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos In *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 78, abril/1995.

As práticas agropecuárias sustentáveis

Ferramentas para possibilitar o equilíbrio
entre o desenvolvimento do agronegócio
e a preservação do meio ambiente



GABRIELA COSTA PEREIRA SIQUEIRA

Advogada. Graduada em Bacharelado em Direito - Universidade Estadual do Piauí. Pós-graduada em Direito Empresarial, Negócios e Gestão - Escola Superior de Advocacia do Piauí.
E-mail: gabcostaps@gmail.com

AS PRÁTICAS AGROPECUÁRIAS SUSTENTÁVEIS:

ferramentas para possibilitar o equilíbrio entre o desenvolvimento do agronegócio e a preservação do meio ambiente

GABRIELA COSTA PEREIRA SIQUEIRA¹

RESUMO

Este trabalho analisa a necessidade da busca por técnicas alternativas que possibilitem a existência e desenvolvimento do agronegócio como principal atividade econômica do país em equilíbrio com o meio ambiente de forma que os recursos naturais sejam preservados. O artigo inicia demonstrando o quão imprescindível é a manutenção do equilíbrio entre: o direito a um meio ambiente equilibrado e o direito à livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como forma de proporcionar uma vida digna e justiça social para os cidadãos. Em seguida, explana-se a realidade do agronegócio sendo a principal atividade da economia brasileira e também o principal fator de destruição do meio ambiente, violando determinações constitucionais. Por fim, apresentam-se exemplos práticos de técnicas sustentáveis utilizadas dentro das atividades do agronegócio, chegando-se a conclusão que essas técnicas são alternativas às práticas tradicionais e não-sustentáveis do agronegócio, e essas alternativas quando bem aplicadas possibilitam a existência menos danosa e mais equilibrada entre recursos naturais e as atividades da agroindústria.

Palavras-chave: Agronegócio. Preservação Ambiental. Agropecuária Sustentável.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) consagra em seu artigo 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo obrigação do Estado e da sociedade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹ Advogada. Graduada em Bacharelado em Direito – Universidade Estadual do Piauí. Pós-graduada em Direito Empresarial, Negócios e Gestão – Escola Superior de Advocacia do Piauí. E-mail: gabcostaps@gmail.com.

Assim como determina o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito dos cidadãos, postula também em seu artigo 170 que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa com o objetivo de assegurar aos cidadãos vida digna e garantir a justiça social.

Possuir um meio ambiente equilibrado é de extrema importância para o bem-estar dos cidadãos, a destruição dos recursos naturais é a causa para o aquecimento global que impacta profundamente a vida de toda a sociedade por meio extinção de espécies animais e vegetais, alteração na frequência e intensidade de chuvas (interferindo, por exemplo, na agricultura), elevação do nível do mar e intensificação de fenômenos meteorológicos (por exemplo: tempestades severas, inundações, vendavais, ondas de calor, secas prolongadas), entre outros.

Para a ordem econômica nacional brasileira, se trata o agronegócio de atividade imprescindível, por corresponder a 26,6% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro em 2020 como demonstrou o Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA) da Universidade de São Paulo (USP).

No entanto, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que em 18 (dezoito) anos, o Brasil perdeu aproximadamente 8,34% de cobertura vegetal, sendo que dessa porcentagem 42% foi transformada em pastagem para o gado e 19% foi transformada em plantação, e que houve impacto direto desse desflorestamento no regime de chuvas e no aumento da temperatura climática no país afetando inclusive a atividade agropecuária como apontam pesquisas realizadas pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE). Esses dados deixam claro que medidas urgentes precisam ser adotadas para equilibrar a necessidade de preservação do meio ambiente e a necessidade de incentivo ao crescimento econômico do Brasil relacionado à agroindústria.

Dessa forma, percebe-se que quando se discute a respeito do agronegócio e da preservação ambiental, parece existir dissidência entre os artigos 225 e 170 da CRFB/88, no entanto este trabalho busca demonstrar que é possível existir harmonia na aplicação dos supracitados artigos constitucionais dentro do contexto da atividade agroindustrial, bem como mostrar como as práticas de sustentabilidade podem ser valiosas ferramentas para o melhor desenvolvimento dessa atividade e, conseqüentemente, da economia brasileira, além de serem indispensáveis para a preservação ambiental.

Para composição deste artigo científico utilizou-se o método de análise bibliográfica por meio de revisão integrativa de doutrinadores e estudiosos do tema, bem como o

embasamento legal através da Constituição de 1988 e legislação correlata, e ainda a utilização de publicações jornalísticas em *sites* de grande circulação. Além disso, analisou-se dados estatísticos disponibilizados em canais oficiais do Governo Federal, de Universidades, entre outros Institutos no âmbito da agroindústria.

2 O EQUILÍBRIO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E AO DESENVOLVIMENTO ECONOMICO NACIONAL

O ordenamento jurídico brasileiro traz inúmeros direitos e deveres para a sociedade distribuídos pelos diversos diplomas legais, todos os direitos e deveres são importantes, por isso um não pode se sobrepor ao outro, faz-se necessário que haja equilíbrio entre os direitos e deveres que precisam ser executados harmonicamente.

Isto posto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 expõe em seu texto os artigos 170 e 225, que postulam sobre os direitos de um meio ambiente equilibrado e da ordem econômica nacional fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, direitos esses que nem sempre são aplicados de forma harmônica. (ANGHER, 2021)

É importante assinalar que houve uma evolução do direito ambiental brasileiro ao longo dos anos, inicialmente não existia nenhuma norma que regulasse o uso e extração de recursos naturais.

Posteriormente, saiu-se da completa omissão e alguns textos legais foram sancionados, mas ainda preocupando-se com a grande quantidade de recursos naturais existentes no país e como isso poderia ser proveitoso economicamente, ainda não havia a preocupação com a preservação do meio ambiente em si, por exemplo, o Código Florestal de 1965 e os códigos de Pesca e de Mineração, ambos de 1967. A esse respeito vale destacar o que diz Sarlet e Fensterseifer:

Há, sem dúvida, tanto na experiência jurídica brasileira quanto comparada e internacional, inúmeros diplomas legislativos que se ocuparam de assegurar a proteção jurídica dos recursos naturais antes da Década de 1970. No entanto, o móvel dessa tutela jurídica pautou-se quase que exclusivamente em vista de interesses puramente econômicos ou, em alguns casos, também em razão da tutela da saúde pública. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 147-152)

No entanto, foi na década de 80 que o Brasil passou a ter legislação ambiental que objetivava a proteção e preservação do meio ambiente, como aponta Sarlet e Fensterseifer em sua obra “Direito ambiental: introdução, fundamentas e teoria geral”:

No caso da legislação ambiental brasileira, conforme o leitor poderá verificar em diversas passagens desta obra, a "superação" de um tratamento legislativo em matéria ambiental atrelada aos interesses econômicos (ou mesmo no tocante à saúde pública) tardou um pouco mais a se verificar, de modo que apenas com a edição da Lei 6.938/81 é que tal viés "instrumental" da Natureza resultou efetivamente superado, emergindo, a partir de então, um Direito Ambiental brasileiro propriamente. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p.151)

Ademais, defesa e proteção do meio ambiente é um direito garantido pela constituição em várias oportunidades, no artigo 225 da CRFB/88 o legislador deixou mais explícito o dever de proteção ambiental para o Poder Público e para a sociedade. (ANGHER, 2021)

Cabe salientar uma outra garantia postulada pela Constituição de 1988 em seu artigo 170, a ordem econômica nacional, que protege a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como forma de proporcionar uma vida digna e justiça social para os cidadãos. (ANGHER, 2021)

Frisa-se que o artigo 170, inciso VI, traz como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente garantindo inclusive tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, demonstrando que há uma interligação entre a busca pelo desenvolvimento econômico do país e a obrigação de proteção ao meio ambiente. (ANGHER, 2021)

Todavia, uma das mais relevantes atividades econômicas para o Brasil, bem como a atividade que mais recebe investimento no país é também uma das maiores responsáveis pelo desflorestamento e consequente extinção de espécies de animais dos biomas brasileiros, se trata do agronegócio responsável por grande parte do Produto Interno Bruto – PIB brasileiro. (MONITORAMENTO, 2021)

Dessa forma, fica claro que por vezes a aplicação dos artigos 170 e 225 da CRFB/88 não é feita de maneira equilibrada e o direito à livre iniciativa e ao desenvolvimento econômico são sobrepostos ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, portanto é necessário buscar formas de harmonizar a necessidade de preservar os ecossistemas brasileiros com a necessidade de dar continuidade ao desenvolvimento do agronegócio como forma de impulsionar a economia nacional

3 AGRONEGÓCIO: FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E CAUSADOR DE DANOS AO MEIO AMBIENTE

O Produto Interno Bruto brasileiro é uma ferramenta que possibilita monitorar o andamento da economia brasileira, apontando quem consome, quem produz e a renda gerada pela produção, podendo ser dividido em serviços, indústria, agropecuária (um dos setores do agronegócio), mais os impostos sobre produção, sendo essa apenas uma das formas de analisar o PIB. (CUCOLO; DUCROQUET, 2020)

Salienta-se que o agronegócio correspondeu no ano de 2020 a 26,6% do PIB brasileiro (PIB, 2020), além disso ao final de 2020 a quantidade de pessoas empregadas pelo agronegócio correspondia a 20,39% das pessoas empregadas no Brasil, dados do CEPEA (MERCADO, 2021), portanto a agroindústria é uma das atividades mais importantes para a economia brasileira gerando emprego, renda e contribuindo para o crescimento do PIB nacional.

Apesar de toda a contribuição da atividade agroindustrial para o desenvolvimento econômico nacional, é importante ressaltar que em 18 (dezoito) anos o Brasil perdeu aproximadamente 8,34% de cobertura vegetal, sendo que dessa porcentagem 42% foi transformada em pastagem para o gado e 19% foi transformada em plantação, ou seja, 61% das terras desmatadas em 18 anos foram destinadas para a manutenção do agronegócio. (SILVEIRA, 2020)

Como consequência da supracitada destruição ambiental, que tem perdurado por mais ou menos 20 (vinte) anos, segundo o estudo publicado na Revista *Nature*, houve impacto em 90% das espécies de animais e plantas da Amazônia. (INCÊNDIOS, 2021)

A destruição dos recursos naturais, além de ir de encontro ao que determina a Constituição de 1988, ocasiona problemas como extinções em massa de componentes da fauna e flora nacional, ainda prejudica o desenvolvimento das atividades do agronegócio, é notável que agronegócio e preservação ambiental são dois opostos que precisam ser mantidos em equilíbrio, é o que aponta artigo publicado pela BBC News:

Agrônomos, biólogos e entidades como a Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária) alertam que a destruição da vegetação nativa e as mudanças climáticas têm grande potencial para prejudicar diretamente o agronegócio no Brasil, porque afetam diversos fatores ambientais de grande influência sobre a atividade agrícola. (MORI, 2019)

Vale ressaltar que, segundo dados da Confederação Nacional de Agricultura e Pecuária no Brasil (CNA), no segundo trimestre de 2021 o setor registrou uma queda de 2,8% se comparado ao trimestre anterior em decorrência das mudanças climáticas atípicas decorrentes do aquecimento global, observa-se o que explana a Assessoria de Comunicação CNA:

“As baixas temperaturas que acometeram as regiões Sul e Sudeste nos últimos meses devem prejudicar o desempenho do PIB da agropecuária no próximo trimestre. As pastagens passaram pela seca, e quando houve certa recuperação, geadas acometeram os pastos, prejudicando ainda mais a situação no setor”, ressalta o Comunicado Técnico. (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO CNA, 2021)

Com mudanças climáticas extremas, além da frente fria atípica, a falta de chuvas também é um fator que vem prejudicando o agronegócio no Brasil, como aponta Fernando Lopes em seu artigo:

A escassez de chuvas que prejudica o campo desde o segundo semestre de 2020 foi determinante para a queda de 2,8% do Produto Interno Bruto (PIB) da agropecuária do país entre abril e junho deste ano ante o trimestre imediatamente anterior, como divulgou na manhã de ontem o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (LOPES, 2021)

Cabe ainda frisar que, um dos principais impactos no meio ambiente das mudanças climáticas que também afeta o agronegócio é a mudança nos regimes de chuva no país, que são essenciais para a produção, pois apenas 10% das lavouras brasileiras são irrigadas, o desmatamento ocasiona altas temperaturas afetando a umidade, a qualidade do solo, a existência de agentes polinizadores, o surgimento de pragas, etc. (MORI, 2019)

Esses dados deixam claro a necessidade de uma mudança na maneira de atuar no agronegócio brasileiro, é preciso buscar a harmonia entre o desenvolvimento do setor agropecuário e da preservação ambiental, pois a primeira depende da segunda para continuar existindo.

4 A ADOÇÃO DE NOVAS PRÁTICAS AGROPECURÁRIAS COMO FORMA DE DESENVOLVER O AGRONEGÓCIO E PRESERVAR O MEIO AMBIENTE

A necessidade de manter a atividade agropecuária em desenvolvimento e ao mesmo tempo preservar os ecossistemas brasileiros resultando na busca por alternativas para conseguir conciliar o desenvolvimento do agronegócio e a preservação do meioambiente.

Em razão disso, novas formas de atuar no setor agropecuário vem sendo discutidas por

pesquisadores e instituições como a EMBRAPA. A pesquisadora Patrícia Perondi traz a alternativa, que vêm sendo trabalhadas na Embrapa Pecuária Sudeste, e possui três linhas de desenvolvimento: intensificação das áreas de pastagem; uso de consórcio de gramíneas e leguminosas; e a integração dos sistemas de produção, por meio da utilização de árvores exóticas (introduzidas no Brasil) e árvores nativas. (FIORATTI, 2019)

Na intensificação das áreas de pastagem é feito um manejo correto da fisiologia da planta, além da correção e adubação do solo possibilitando a maior lotação de animais em uma área o que diminui a pressão sobre a floresta e evita o desmatamento. Já no uso de consórcio de gramíneas e leguminosas a introdução de leguminosas possui dois objetivos: é uma fonte de proteína para os animais e diminui a necessidade do uso de adubo nitrogenado. E a integração dos sistemas de produção, por meio da utilização de árvores exóticas (introduzidas no Brasil) e árvores nativas tem a finalidade de diversificar as atividades rurais, tendo também uma maior fonte de renda e auxílio na questão do balanço de carbono nos sistemas. Retira-se CO₂ da atmosfera durante o processo de fotossíntese e crescimento das árvores. (FIORATTI, 2019)

Uma técnica muito conhecida que auxilia na preservação do solo utilizado no agronegócio é a rotação de culturas, que é a alternância de ajuda o solo a repor os componentes do solo auxiliando para que não haja o empobrecimento do solo naquele local, como explica Franchini em publicação no site da EMBRAPA:

Conceitualmente, a rotação de culturas (Figura 2) consiste em alternar no tempo, o cultivo de espécies vegetais numa determinada área, preferencialmente com culturas que possuem sistemas radiculares diferentes (gramíneas e leguminosas, por exemplo) onde cada espécie deixa um efeito residual positivo para o solo e para a cultura sucessora. (FRANCHINI; *et al.*, 2007)

Um exemplo de sucesso de aplicação de práticas sustentáveis aliadas ao cultivo no agronegócio é o projeto “Tomatec” ou “Tomate em Cultivo Sustentável” realizado pela Embrapa no Paraná em 15 municípios paranaenses. O projeto é realizado por meio de técnicas como plantio direto, rotação de culturas, plantio em nível e fertirrigação por gotejamento, garante um tomate limpo, resistente e de melhor qualidade. Mais saudável para o consumidor, também garante ao agricultor um preço melhor pelo produto. (TOMATE, 2005)

Outrossim, é também exemplo de prática sustentável aliada ao agronegócio na criação de gado o sistema de Pastoreio Racional Voisin – PRV, que vêm sendo aplicado no Amazonas e foi criado pelo pesquisador francês André Voisin. O PRV se trata do

confinamento do gado em parcelas cercadas para pastar e, depois de consumir aquela pastagem, é movido para a próxima parcela, enquanto o solo e a vegetação da primeira se recuperam. (RIBEIRO, 2020)

Antes da utilização do sistema PRV, os criadores de gado de acordo com os costumes da região, soltos em uma área de alguns hectares de terra, entretanto o gado começou a morrer, pois o solo estava empobrecido, como aponta o artigo da jornalista Maria Ribeiro para o “Uol Ecologia”:

Nos anos 90, Otacílio Soares Brito comprou uma área de 100 hectares na Amazônia, no Médio Solimões. Criar gado era um sonho de infância moldado pela falta de leite na região. Brito acomodou as suas 35 cabeças na área e tudo corria bem. Até que, em 2015, o jogo virou. Os animais começaram a morrer e o diagnóstico veio rápido: o pasto estava empobrecido de nutrientes, culpa do tempo e do mau uso do solo, uma situação comum no modelo da pecuária extensiva. (RIBEIRO, 2020)

Cabe mencionar ainda o que mostra a jornalista Maria Ribeiro a respeito do que entendem os especialistas ouvidos durante a produção de seu artigo acima mencionado:

No PRV, segundo especialistas ouvidos pela Mongabay, o comportamento do gado muda porque se antes ele precisava ir atrás do alimento — o que amplia a possibilidade de assoreamento dos rios —, comida e água agora ficam disponíveis em cada cercado, o que também diminui a energia gasta pelo animal. "Muda o princípio filosófico da criação", diz Brito. "Isso facilita e é melhor para todo mundo. O consumidor vai comer uma carne de primeira, sem agrotóxico, com manejo correto". (RIBEIRO, 2020)

O autor do sistema explica que o benefício da aplicação do PRV é que essa técnica acaba com a necessidade de que novas áreas florestais sejam derrubadas para servir de pasto, o que torna o sistema sustentável, além disso é uma técnica rentável, pois os gastos para a criação de novas áreas de pastagens passam a não existir mais, bem como a área utilizada passa a ser menor assim como os custos para a sua manutenção. (RIBEIRO, 2020)

Fica claro que a adoção de práticas sustentáveis no contexto do agronegócio é possível e necessária para que o meio ambiente possa ser preservado e para que haja a continuidade e desenvolvimento das atividades agroindústrias de maneira menos danosa e mais equilibrada, mitigando os prejuízos aos ecossistemas brasileiros.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho possibilitou demonstrar a importância e necessidade da busca por

práticas sustentáveis alternativas as práticas agroindustriais tradicionais, para que seja possível desenvolver o agronegócio e, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente, garantindo assim o cumprimento de preceitos constitucionais que postulam sobre o desenvolvimento econômico e sobre o direito ao meio ambiente equilibrado.

Para atingir-se a compreensão dessa realidade o primeiro passo foi, por meio de uma análise de diplomas legais e de textos doutrinários, mostrar o papel fundamental da manutenção do equilíbrio entre dois direitos constitucionalmente garantidos: o direito a um meio ambiente equilibrado e o direito à livre iniciativa e a valoração do trabalho humano como forma de proporcionar uma vida digna e justiça social para os cidadãos.

O segundo passo foi apontar a contradição que existe quando se trata do agronegócio que é a principal atividade da economia brasileira correspondendo a mais de 20% do PIB e é também o principal fator de destruição do meio ambiente, essa realidade apontou a necessidade de busca por soluções para a supracitada contradição de forma que não se torne necessário o abandono da principal atividade econômica do país, bem como busque-se alternativas que não destruam os ecossistemas brasileiros.

Posteriormente, verificou-se que a destruição ambiental por parte da execução de atividades agroindustriais não apenas viola as determinações constitucionais, como também, a longo prazo, trazem prejuízos para o desenvolvimento do agronegócio, pois contribuem para as mudanças climáticas que afetam o regime de chuvas influenciando na qualidade do solo e das plantações.

Observou-se ainda que existem estudiosos que pesquisam e aplicam novos métodos na execução de atividades do agronegócio, com a aplicação de técnicas sustentáveis que contribuem para a execução das atividades e para a preservação ambiental, essas técnicas vêm apresentando bons resultados, demonstrando assim que existem alternativas à forma como vem sendo realizada as atividades agroindustriais.

A partir das supracitadas conclusões é possível afirmar que o agronegócio e os recursos ambientais precisam ser mantidos em equilíbrio para que os dois possam existir e que existem práticas agroindustriais sustentáveis sendo desenvolvidas e aplicadas que podem e precisam ser disseminadas para todos produtores brasileiros, pois apenas com a adoção de tais práticas em massa será factível a concretização do supramencionado equilíbrio.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 31. Ed. São Paulo: Rideel, 2021.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO CNA. Clima afetou desempenho da agropecuária no 2º trimestre de 2021, avalia CNA. Disponível em: <https://www.cnabrazil.org.br/noticias/clima-afetou-desempenho-da-agropecuaria-no-2o-trimestre-de-2021-avalia-cna/>. Acesso em: 02 de outubro de 2021

CUCOLO, Eduardo; DUCROQUET, Simon. Como é composto o PIB. Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/mercado/2020/entenda-como-e-feito-o-pib/>. Acesso em: 24 de outubro de 2021

FIORATTI, Carolina. Agropecuária sustentável: novos caminhos para um serviço limpo. Disponível em: <http://www.usp.br/aun/index.php/2019/06/05/agropecuaria-sustentavel-novos-caminhos-para-um-servico-limpo/>. Acesso 03 de outubro de 2021.

FRANCHINI, Julio Cezar; *et al.* Rotação de culturas. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/CNPSO-2009-09/27612/1/circtec45.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2021.

INCÊNDIOS já impactaram 90% das espécies da Amazônia. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/extra/2021/Inc%C3%AAndios-j%C3%A1-impactaram-90-das-esp%C3%A9cies-da-Amaz%C3%B4nia>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

LOPES, Fernando. Falta de chuvas foi determinante para a queda da agropecuária. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/09/02/falta-de-chuvas-foi-determinante-para-queda-da-agropecuaria.ghtml>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

MERCADO de trabalho do agronegócio. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/mercado-de-trabalho-do-agronegocio.aspx/>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

MONITORAMENTO do território: mudanças climáticas. Disponível em: <http://www.inpe.br/faq/index.php?pai=9/>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

MORI, Letícia. Por que o futuro do agronegócio depende da preservação do meio ambiente no Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48875534>. Acesso em: 24 de outubro de 2021.

PIB brasileiro alcança participação de 26,6% no pib brasileiro de 2020. Disponível em: <https://www.cnabrazil.org.br/boletins/pib-do-agronegocio-alcanca-participacao-de-26-6-no-pib-brasileiro-em-2020>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

RIBEIRO, Maria Fernanda. Desmatamento Zero: Modelo Sustentável Inovar a Criação de Gado na Amazônia. Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/colunas/noticias-da-floresta/2020/05/28/desmatamento-zero-modelo-sustentavel-inova-a-criacao-de-gado-na-amazonia.htm/>. Acesso em: 26 de outubro de 2021.

ROTAÇÃO de culturas. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/CNPSO-2009-09/27612/1/circtec45.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito ambiental: introdução, fundamentas e teoria geral. São Paulo, 1ª. Ed. Saraiva. 2014.

SILVEIRA, Daniel. BRASIL PERDEU 8,3% DA VEGETAÇÃO NATURAL EM 18 ANOS; 42% VIROU PASTO E 19%, PLANTAÇÃO, DIZ IBGE. Disponível em:

<https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/09/24/brasil-perdeu-83percent-da-vegetacao-natural-em-18-anos-42percent-virou-pasto-e-19percent-plantacao-diz-ibge.ghtml/>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

TOMATE em cultivo sustentável – Tomatec. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-solucoes-tecnologicas/-/produto-servico/1245/tomate-em-cultivo-sustentavel---tomatec/>. Acesso em: 03 de outubro de 2021.

Crimes cibernéticos e investigação policial



EMANUELY SILVA COSTA

Servidora do Ministério Público do Estado do Piauí. Bacharela e Licenciada em Psicologia pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Atua na área clínica com o público de jovens e adultos, principalmente com transtornos de ansiedade. Bacharela em Direito pelo Instituto Camillo Filho-ICF. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Penal e Processual Penal. Discente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública pela Universidade Federal do Piauí.



RAÍLA DA CUNHA SILVA

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Ademar Rosado.

CRIMES CIBERNÉTICOS E INVESTIGAÇÃO POLICIAL

RESUMO: O estudo dos crimes cibernéticos é relevante à medida que se considera a utilização da internet como meio hábil e eficaz de comunicação fornecendo ao Direito Penal outros vieses tipológicos. Os crimes cibernéticos apresentam-se como de difícil definição, e consequentemente, classificá-los não se torna uma tarefa fácil. O objetivo da pesquisa é identificar as condições de investigação policial quando da demanda desses crimes. Para isso utilizou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica de caráter exploratório com base no método dedutivo. O propósito do estudo não é o esgotamento do tema, mas sim levantar mais discussões para estudos posteriores. Encontrou-se como principal dado conclusivo a dificuldade de aparelhamento do Estado para subsidiar a investigação policial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e Informática. Crimes Cibernéticos. Investigação Policial.

ABSTRACT: The study of cybercrime is relevant as one considers the use of the Internet as a skillful and effective means of communication, providing the Criminal Law with other typological biases. Cybercrime is difficult to define, and therefore classifying it does not become an easy task. The objective of this work is to identify the conditions of police investigation when the demand for these crimes. The methodology of exploratory bibliographic research was carried out based on the deductive method. The purpose of the present study is not the exhaustion of the theme but raise further discussions further studies. It was found as the main one given the difficulty of equipping the State to subsidize the police investigation.

KEYWORDS: Law and Informatics. Cybercrimes. Police Investigation.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa acerca da conjugação entre crimes cibernéticos e a investigação policial em sua conjectura atual. Partindo do fato de a internet ter crescido muito nos últimos anos, ampliando cada vez mais o número de usuários de vários países do mundo e faixas etárias, nota-se que surge também a questão dos crimes cibernéticos. Sendo algo recente, por vezes é comum pensar que a internet é uma “terra sem lei” e, portanto, alguns crimes começaram a ser reproduzidos também no meio *online*, como invasão de privacidade, espionagem, ataques pessoais como o *bullying*, dentre outros.

Para o estudo é trazido o seguinte problema de pesquisa: “Quais as condições da investigação policial em casos de crimes cibernéticos?”. Tem-se como objetivo geral analisar as condições e dificuldades de investigação policial de crimes cibernéticos no contexto brasileiro. Como objetivos específicos traçou-se os seguintes pontos a serem discutidos: conhecer as peculiaridades da investigação policial a partir das características específicas de crimes cibernéticos; analisar as condições de investigação policial relacionando com o aparato

legislativo e infraestrutura de trabalho; identificar meios de suporte para a investigação policial de crimes cibernéticos.

Realizar-se-á uma pesquisa bibliográfica tendo como eixo de trabalho os seguintes pontos: revisão histórica do tema, atualização sobre o tema, respostas aos problemas formulados e discussão dessas respostas por meio de levantamento de paradoxos.

A pesquisa bibliográfica, conseqüentemente, tem a finalidade de explorar problemas a partir de pressupostos teóricos sobre a abordagem do tema em pesquisas científicas, de forma que esta referência "não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras" (MARCONI; LAKATOS, 2006, p.71).

Os dados serão coletados por revisão bibliográfica ou de literatura, cujos dados secundários serão obtidos na Constituição Federal, nas Leis Codificadas, na legislação ordinária e doutrina.

2 A INTERNET COMO CAMPO FÉRTIL PARA PRÁTICA DE CRIMES

É sabido que a sociedade vem evoluindo a cada dia, e em detrimento da evolução humana, é acrescentado ao ser humano, como meio de sobrevivência, o Direito. Assim sendo, este Direito ganhou amplitude, em razão da capacidade de direcionar o homem tanto em sua vida física, quanto também em sua vida virtual.

Cumprir destacar que a vida humana virtual vem acontecendo por meio das necessidades de comunicação: no mundo contemporâneo, a informação é ponto essencial para a sobrevivência do homem. Portanto, o Direito vem ganhando diferentes ramos de atuações, e a tecnologia é um destes, no caso do Direito Processual Civil que já utiliza a tecnologia para acessar dados virtuais, com a conhecida penhora *online*, como forma de segurança jurídica, dando acesso ao bloqueio de determinada conta bancária, ao poder judiciário.

Da mesma forma, acontece com o Direito do Consumidor, instruindo que há uma necessidade de informar, divulgar produtos para o conhecimento de diversas pessoas com a propaganda via internet, pois é de conhecimento que a grande massa da população tem a internet como atração maior no mundo tecnológico.

Portanto, no que tange ao Direito Penal e Processual Penal, a nova realidade jurídica, em seu meio virtual vem abrindo portas para mais regularizações, como forma de combater os pontos negativos que advém como consequências de tamanha amplitude na comunicação e informação. A internet vem se mostrando um caminho facilitador para também cometimentos

de crimes e impunidades, haja vista que hoje há a necessidade da regulamentação jurídica específica.

A vida humana se tornou totalmente dependente do meio digital, assim é perceptível que na sociedade é quase que inimaginável ter uma população sem a utilização de aparelhos eletrônicos, bem como também de aplicativos, pois a imediatividade tornou-se um desejo de muitos, com o avanço da tecnologia. O mundo virtual ganha, portanto, seu próprio espaço, chamando-se de ciberespaço, como exemplifica o autor logo a abaixo:

O ciberespaço encoraja um estilo de relacionamento quase independente dos lugares geográficos (telecomunicações e telepresença) e da coincidência dos tempos (comunicação assíncrona) (...) a extensão do ciberespaço acompanha e acelera uma virtualização geral da economia e da sociedade (LÉVY, 1999, p.49).

Como destaca-se acima, a comunicação se tornou algo fácil, independe do local onde se esteja, o homem tem a agilidade de receber e passar informações em tempo hábil. Conforme o autor, a facilidade é o motivo de tamanha relevância para as relações humanas estarem enquadradas no ambiente virtual. A internet está sendo um retrato mais fácil da realidade, mas diante de tamanho crescimento virtual vem com ele a vulnerabilidade dos direitos assegurados à humanidade.

Há atualmente uma necessidade de controle quanto ao uso da internet, pois os fatos da vida humana estão sendo colocados no mundo virtual; desde o momento em que se publica uma foto, por exemplo, deixando exposta a localização de tal pessoa, por conta de aplicativos que os rastreia. Cabe também salientar os pontos negativos trazidos por conta desta agilidade do ambiente digital, e o Direito precisa acompanhar o andamento das inovações tecnológicas para tentar combater a inviolabilidade dos direitos inerentes ao homem, ressaltando que os crimes podem tornar-se velados.

O excerto abaixo aponta que há quatro vertentes de condutas praticadas na internet, e indica que na busca da proteção e vigilância do meio cibernético, acaba-se por tornar todos os usuários da internet em criminosos potenciais pela facilidade de acesso e velocidade de disseminação da ação.

De Acordo com Assange *et al* (2012), essa perspectiva se legitima sobretudo por meio da ideia de que há quatro cavaleiros do apocalipse da informação: pornografia infantil, terrorismo, lavagem de dinheiro e guerra contra as drogas, de modo que, sob o argumento de garantir a maior segurança da população, acaba-se legitimando a ampliação dos mecanismos de vigilância e transformando, portanto, todos os indivíduos em criminosos potenciais (MOTA, HAYASHI, FERNANDES, 2016, p.125).

Agora, conseqüentemente, o Código Penal, de 1940, não se deve atentar somente para os crimes do meio físico, pois é chegada a hora de atentar para os chamados crimes de informática. É notório que a facilidade das trocas de comunicações e informações por meios virtuais diminui a segurança entre as pessoas que se utilizam destes, uma vez que entra em risco a divulgação das intimidades, privacidades, de seus usuários. Sabe-se que os benefícios desta evolução tecnológica são perceptíveis, porém também deve-se atribuir uma ferramenta de estabilidade na segurança dos usuários, devendo isto ser alvo de debates para os legisladores.

Vale ressaltar então o texto da carta magna em seu artigo 5º, *caput* e inciso X, da Constituição Federal Brasileira de 1988, que traz o seguinte:

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:
X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Deste modo, é de direito a todo e qualquer cidadão ter segurança jurídica quanto a sua vida íntima, não podendo, de forma alguma, sofrer violações de tais garantias dadas pela Constituição Federal Brasileira. Porém, em decorrência de elevadas condutas humanas ilícitas adentrando ao mundo virtual, houve a necessidade de se especificarem determinadas regulamentações jurídicas que fossem diretamente ao ponto dos chamados crimes cibernéticos.

3 INTRÓITO AO ESTUDO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

O Direito é um mecanismo que tem como dever orientar a vida em sociedade, por meio de seus instrumentos legais. Deve-se conforme a legislação não só aplicar a lei, mas também buscar melhorias nos departamentos especializados, proporcionar aos agentes que executam as leis uma condição humana de buscar resultados satisfatórios, dando assim incentivos no âmbito do trabalho, fiscalizando os mesmos, para lograr êxito nas punições dos autores.

Neste caso têm-se o surgimento da Lei de nº 12.735/12, que com base na necessidade de especialidades para tal crime, deu-se a criação de polícia especializada na tentativa de

combater crimes cibernéticos, e veio também a incriminação da conduta, caracterizando assim o crime virtual, no artigo 154-A, do Código Penal Brasileiro, que diz:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita [...] (BRASIL, 1940).

Conforme citado, há uma conceituação do que seria a consumação de tal crime, uma vez que, se em períodos da antiguidade houve guerras sangrentas, de povos contra povos, surge nos tempos modernos a necessidade de demonstrar formas de prevenir as guerras atuais por meio da internet, pois já se tem uma grande massa de crimes realizados, detectados na chamada “Era Digital”. Portanto, é válido concretizar em palavras a dimensão do crime.

Invadir, como traz o artigo acima mencionado, é o verbo predominante, onde pode-se entender que se trata de uma ação executada contra coisa alheia sem o conhecimento dela, em dispositivos informáticos, para fins de violar intimidades de outrem. Agindo de forma ilícita, o agente adentra na privacidade de alguém com objetivo de oferecer danos a determinado aparelho o qual tenha o acesso sob falha de segurança ou até mesmo burlando tal segurança colocada pelo proprietário legal do bem, formando assim todas essas condutas, elementos de um crime.

A lei de nº 12.737/12, trouxe de modo perceptível benfeitorias no que tange a área dos crimes virtuais, complementando e aperfeiçoando, em busca de resguardar os direitos da informática. A denominação do crime cibernético ainda não pode ser vista como a predominante, uma vez que a doutrina não deixa claro o conceito, podendo assim variar, sendo chamado também de crime de informática, crime virtual e outros. Diante do que se pode estabelecer, têm-se a explicação de Castro:

[...] São denominados de crimes de informática as condutas descritas em tipos penais realizadas através de computadores ou voltadas contra computadores, sistemas de informática ou os dados e as informações neles utilizados (armazenados ou processados) (CASTRO, 2003, p.1).

A conceituação a qual o autor acima determina, traz o entendimento que, crime cibernético é quando existe uma ação ilegal, se utilizando do meio tecnológico de informática, como exemplo, praticar invasões contra sistemas utilizados no meio virtual de uma empresa, com a finalidade de furtar dados não autorizados pela empresa proprietária.

3.1 CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Doutrinadores costumam discutir sobre classificações de crimes existentes no Código Penal Brasileiro, assim, os meios utilizados para o crime, os danos provocados, a natureza das ações e suas motivações são fatores adicionais para classificação do crime cibernético (GARCIA; MADACAR; LUCIANO, 2018). Pois sendo no ramo do crime digital, diante das discussões, prevalecem duas divisões conhecidas como: puros, mistos e comuns; e próprios e impróprios.

3.1.1 Puros, mistos e comuns

Esta classificação traz consigo a ideia de que crime puro é todo e qualquer crime praticado de modo ilegal, que tenha a finalidade de atacar o alvo de modo objetivo, podendo ser o computador em si. Já em razão do crime de modo misto, tem-se o entendimento que o mundo digital é a forma indispensável para a ação delituosa se concretizar.

Sendo assim ao crime comum, a conceituação é de crime já existente no mundo real, fazendo parte do Código Penal vigente, mas que necessita de uma ação humana ilícita, com o uso dos meios tecnológicos, para ratificar tal crime.

3.1.2 Próprios e impróprios

Sabe-se que o Código Penal, não pune infrações que não estão previstas em leis, e seguindo essa linha, vale ressaltar que neste ponto encontra-se uma dificuldade de punir criminosos quanto ao cometimento do chamado crime cibernético, uma vez que para receber a classificação de crime próprio, precisa estar com sua devida previsão legal. Em contrapartida, no que tange ao crime impróprio, é quando se utiliza recursos informáticos para auxiliar o autor ao cometimento dos delitos, no entanto não depende somente deste meio para a efetivação do crime cometido, podendo neste caso caber punição.

No caso de crime impróprio, pode ser perceptível na situação de um crime de homicídio, quando através de dados de informações sobre medicação, um agente de forma ilícita acessa uma rede de informática de determinado estabelecimento hospitalar, induzindo os profissionais de saúde a medicar o paciente com uma dosagem elevada, levando o mesmo ao óbito.

Exemplificando um tipo de conduta que acarretaria a classificação para crimes próprios, seria o cometimento do crime que traz o art.313-B, incluído no Código Penal pela

lei nº 9.983/03, como segue: Art.313-B. *Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: pena- detenção, de 3 (três) meses a 2(dois) anos, e multa.*

O artigo em epígrafe retrata a sociedade atual, que tem como direito receber do poder estatal um amparo quanto a segurança jurídica em razão dos crimes inovadores, através das redes de informática, atentando-se para as transformações sociais, que elevam os campos para cometimentos de delitos. Portanto, o Legislativo vem buscando soluções quanto as punições e investigações do crime cibernético, sendo o artigo mencionado, uma inovação feita através da lei ora citada.

3.1.3 Lugar do crime

O local do crime é um tema relevante para a doutrina, pois há discussões no Direito Penal, em detrimento da punição do autor do delito, quanto a regulamentação de determinado lugar. Em razão dos crimes comuns, prevalece o entendimento que será dada a punição ao autor, conforme a legislação local de onde se consumiu tal delito.

Diante de tal conhecimento, atualmente a questão vai muito além do simples espaço dos atos executórios ou consumados, pois com as evoluções da sociedade seguidas de crescimentos no mundo digital, é necessária a percepção de enquadrar-se a nova denominação de lugar, quando se trata de crimes cibernéticos.

Nesta linha, segue o entendimento a seguir:

Sob uma ótica prática, uma pessoa que vive no Brasil pode modificar dados armazenados na Itália, transferindo-os para Alemanha de modo a obter vantagem ilícita. Da mesma forma um vírus de computador pode ser desenvolvido em um país e disseminado por milhares de máquinas por todo o globo terrestre. A transmissão de dados pode envolver diversos países, de modo que o lugar do crime seja determinado de forma quase fortuita (CRESPO *apud* ROCHA, 2013).

Assim, é possível perceber a fragilidade da segurança jurídica quanto a questão da denominação de espaço territorial do lugar do crime, quando se trata de mundo virtual.

3.1.4 Competência

O artigo 70 do Código de Processo Penal traz o texto que diz ser o foro competente para julgar os crimes comuns, aquele onde foi consumado ou no caso de tentativa, onde foi

feito os últimos atos executórios, porém a questão é que tratando deste crime específico, não é tão fácil assim determinar a Justiça competente.

Doutrinadores discutem sobre qual seria a justiça competente para julgar os crimes digitais, uma vez que nem mesmo sua classificação, e nem sua conceituação, ainda possuem uma estabilidade. Apesar de terem conquistado inovações na legislação que determina tal crime, e pune o criminoso, ainda precisa ter uma atenção maior do Estado, pois trata-se de um tipo de crime global.

E o que define a maioria da doutrina, é que mesmo sendo um crime de expansão territorial, com inúmeras redes de internet espalhadas, não será da competência Federal, se não for contra a União e preencher os requisitos do artigo 109, incisos IV e V da Constituição Federal, ficando, portanto, responsável o Estado onde tenha sido cometido o delito, conforme identificação da atuação do autor. O que parece é que existe a falha ainda do Estado, visto que é necessária uma legislação que delimite a competência para ações e julgamentos dos crimes cibernéticos.

4 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO NO BRASIL

Em verdade, o que acontece no campo do Direito Penal é que, enquanto um determinado bem não adquire a necessidade de proteção pelo ordenamento, este não causa lesão ou ameaça relevante para devida repreensão pelo Estado, configurando-se como uma realidade jurídica diversa e notadamente coadunada ao universo tecnológico e até mesmo de um novo ramo jurídico denominado Direito Informático.

De tal sorte que os delitos praticados por meio do espaço cibernético podem ter implicações no campo constitucional, civil e/ou penal. Até o ano de 2012 a legislação pátria era omissa quanto à tipificação dos delitos que ocorriam por utilização do meio internet. Em obediência ao previsto no artigo 5º, XXXIX, Constituição Federal de 1988, o princípio da legalidade, os delitos assim cometidos não poderiam ser repreendidos, se não devidamente tipificados em Lei. Em razão da imprevisão de regramentos específicos, a disseminação de tais condutos foi rápida e diversificada.

A lacuna deixada pelo rastro da internet instalou discussões acerca da necessidade de o ordenamento jurídico atentar as novas condutas realizadas pelos meios informáticos. Tal debate acalorou-se quando da repercussão do episódio ocorrido com uma figura pública, em que esta teve vazadas por meio de invasão do seu computador fotos de sua intimidade.

Este cenário culminou na publicação da Lei 12.737/2012, pela qual o Código Penal Brasileiro foi alterado, através da tipificação penal para os crimes cibernéticos. Especificamente o dispositivo 154-A do Código Penal Brasileiro, o qual tipifica a conduta de:

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

A publicação da Lei também trouxe alterações aos artigos 266 e 298 do Código Penal, conforme resumem os seguintes autores:

A Lei 12.737/12 introduziu no ordenamento jurídico 3 tipificações penais no Código Penal: o artigo 154-A que versa sobre a invasão de dispositivo informático alheio, o artigo 266, §1º e 2º que fala sobre a interrupção ou perturbação de serviço telefônico, telegráfico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública, artigo 298, § único, que tipifica falsificação de cartão de crédito ou débito (MAUES, DUARTE, CARVALHO, 2018, p.173).

A nova Lei ainda alterou a redação do artigo 266 do Código Penal, que acrescentou ao crime de “interrupção ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento”, o parágrafo 1º que dispõe que incorrerá na mesma pena aquele que interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento, bem como também acrescentou ao artigo 298 o parágrafo único, o qual dispõe que para fins de falsificação ou alteração, equiparasse o documento particular o cartão de crédito (HARAKEMIV; VIEIRA; 2014, p. 425).

A crítica tecida a esse dispositivo diz respeito a não determinação do que seriam dos dispositivos informáticos e as vulnerabilidades, bem como a responsabilização dos provedores de internet (ROCHA, 2013).

Ainda, Harakemiv e Vieira (2014) diz que mesmo os artigos inclusos no Código Penal 154-A e 154-B, presentes no título I do Código, referindo-se aos crimes contra honra, referem-se também a intimidade, a vida privada e o direito ao sigilo de dados constantes em dispositivos informáticos, tutelam também o patrimônio do titular do dispositivo violado.

No que concerne ao sujeito ativo dos crimes cibernéticos poderá ser qualquer pessoa, sendo classificado como crime comum, e quanto ao sujeito passivo considera-se qualquer pessoa que utilize ou não o meio eletrônico.

No crime em questão, adicionado ao Código Penal pela Lei 12.737/12, considera-se que pode incorrer como sujeito ativo qualquer pessoa, já que o seu tipo penal não exige nenhuma qualidade especial do seu agente, sendo, portanto, um crime comum. Quanto ao sujeito passivo dos crimes informáticos considera-se que possa ser qualquer pessoa que utilize ou não o meio eletrônico, podendo existir mais de um indivíduo desde que tenham seus bens jurídicos ameaçados ou lesados pela mesma conduta delituosa, como por exemplo, uma série de e-mails contendo o mesmo

conteúdo viral cujo objetivo é lesar quem os recebe (HARAKEMIV; VIEIRA, 2014, p.424).

São crimes que não necessitam de um resultado material, portanto, crimes formais, aonde a invasão do dispositivo ou instalação de vulnerabilidades no equipamento, admitido em sua forma tentada e somente suportando a forma dolosa da conduta.

A lei estabelece como pena para a prática deste tipo de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, o parágrafo único estabelece que na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com intuito de permitir a conduta descrita no *caput* do artigo 154-A. E se resultar em prejuízo econômico a pena aumenta de um sexto a um terço. Ainda, o artigo discorre a forma qualificada do crime, nos parágrafos 3º e 4º que prenunciam “se da invasão resultar na obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto de dispositivo não autorizado”, a pena de reclusão será de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, sendo aumentada de 1 a 2 terços se houver divulgação, comercialização, ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas, caso a conduta não constitua crime mais grave.

Ainda, a Lei nº 12.735/12, que foi proposta à época pelo deputado federal Eduardo Azeredo (PSDB), e teve como objetivo alterar o Código Penal, o Código Penal Militar e a lei contra o racismo, tipificou condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados (MAUES; DUARTE; CARVALHO; 2018, p.172).

Ainda, cita-se o marco civil da internet, Lei nº12.965/2014, que no âmbito civil estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, especialmente assegura em seu artigo 3º: liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato previsto no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal. A lei trouxe, conforme acentua Maues, Duarte e Carvalho (2018, p. 176) “a guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicação, apontando medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e parâmetros para a apuração e fiscalização de infrações”.

Ainda é válido ressaltar que Barreto e Brasil (2016) aponta que a própria Constituição Federal Brasileira através dos dispositivos que capitulam os princípios e garantias das liberdades fundamentais dos indivíduos aplica-se aos cibercrimes, a exemplo dos artigos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 215, 218, 219, 220.

5 CRIMES CIBERNÉTICOS E A INVESTIGAÇÃO POLICIAL

É sabido que as atribuições da Polícia Judiciária foram descritas no artigo 144 da Constituição Federal Brasileira de 1988. As polícias são instituições de Direito Público que buscam manter junto à sociedade a paz pública e a segurança. Desta forma cabe à Polícia duas funções, uma de cunho administrativo e uma de cunho judiciário. Assim, a atuação se dá preventiva e repressivamente para disciplinar, regular e fiscalizar direitos e interesses dos cidadãos (BRENE; LEPORE, 2017).

A magna carta preceitua em seu artigo 144, Parágrafo 4º, que cabe às polícias civis, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, ressalvadas as competências que tocam a Polícia Federal e militares, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

De certo é que quando da investigação policial as diligências tomadas em sede de inquérito policial são importantes e determinarão a efetividade na apuração dos delitos. Especialmente, a apuração de crimes cibernéticos traz especificidades para a investigação policial, de forma que a necessidade de utilização de recursos adequados é evidente, e torna-se, por vezes, um entrave a elucidação destes crimes. Outro ponto a ser discutido seria o destacado por Rocha (2013) no trecho transcrito abaixo:

Estudiosos sobre o tema ainda afirmam que uma alteração no Código Penal não é *conditio sine qua non* para que se possa combater e coibir de forma eficaz os cibercrimes. O professor de Direito Penal da Faculdade Federal de Minas Gerais e Mestre em Ciências Penais pela UFMG Túlio Lima Vianna assevera que o nosso ordenamento não necessita de lei regulamentadoras e sim, um aparato técnico e específico nas investigações forenses por parte das polícias quanto a estes delitos e uma ação conjunta entre os diversos entes que corporificam o Poder Judiciário e o Ministério Público (ROCHA, 2013, p.8).

Anteriormente, a regulação pelo ordenamento brasileiro destas condutas tinha como problema a tipificação, aspecto importante, pois evidencia que é de responsabilidade do Estado encontrar formas de prevenção e combate às ilicitudes realizadas no meio virtual (MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018).

Atualmente, as dificuldades que as instituições apresentam perpassam a necessidade de modernização da gestão, e consequente aquisição de um aparato qualificado, especializado, que atenda a demanda desses delitos, que por sua natureza proporcionam um uso de uma carga tecnológica diferenciada.

Além do mais, considera-se que a motivação para a prática de crimes virtuais é diversificada: Garcia, Macadar e Luciano (2018) apontam que esta depende de dois fatores, um a recompensa final e outro o risco envolvido, além de diferenças individuais. Os autores

enumeram categorias de classificação, conforme a motivação para a prática do crime, dos autores de crimes cibernéticos: *novatos*, *punks* cibernéticos, *insiders* ou colaboradores, pequenos ladrões, *hacker* da velha guarda, criminosos profissionais, guerreiros da informação (ROGERS, 2006 *apud* GARCIA, MACADAR e LUCIANO, 2018).

O fato de os crimes cibernéticos serem praticados em espaços que não têm fronteiras dificulta a identificação do criminoso e ainda essas inúmeras motivações acabam por dificultar a tarefa do Estado, que tem como incumbência essencial a identificação do autor do delito, conforme explica Harakemiv e Vieira (2014) no trecho abaixo:

Contudo, da mesma forma que é fácil identificar um crime cibernético, a identificação do autor do delito é praticamente impossível, tendo em vista que para acessar a internet não há nenhuma forma de controle e nem a necessidade de identificação. Desta forma qualquer pessoa pode ser autora do crime, e sua identificação é muito difícil, pois os usuários se conectam à rede através de uma tecnologia conhecida como *Tcp/ip (transmission control protocol –internet protocol)* cujo software normalmente reside no sistema operacional, onde todos os programas e aplicativos utilizados na máquina compartilham do mesmo número (ip) que é único e se altera automaticamente a cada novo acesso à internet, sendo assim o agente pode se conectar de qualquer dispositivo eletrônico e de qualquer lugar cometer o ilícito penal utilizando apenas conhecimentos próprios e se valendo indiscriminadamente desse meio ciente de que após cometer a infração e se desconectar da internet a única forma possível para sua identificação, ou seja, o número de ip utilizado momentos antes pelos programas empregados na prática delituosa foi apagado, sendo gerado um novo ip em uma conexão à internet futura (HARAKEMIV; VIEIRA, 2014, p.424).

Além da identificação do autor do crime, um aspecto que permeia a investigação policial nesses casos é a preservação das provas, e a primeira medida a ser observada é a identificação do Protocolo de internet – IP. Protocolos assim podem ser classificados como fixos ou dinâmicos. Tais medidas podem perpassar a preservação de conteúdo através da salvaguarda da *Uniform Resource Locator* - URL, bem como o horário de acesso (provedor *Universal Time Coordinated* - UTC), conforme indica Barreto e Brasil (2016): “[...] Para verificar a autoria de um crime praticado no ambiente virtual, deve-se buscar todo o registro de conexão, a fim de verificar para qual o usuário aquele IP fora atribuído, no dia e na hora do delito com o fuso horário respectivo”. Este conjunto de informações é denominado de registro de conexão, e é de grande valia na investigação policial.

As aplicações de internet que são as redes sociais, sites, contas conectadas, podem fornecer dados importantes relacionados ao crime praticado, podendo ser solicitado ao provedor de aplicações que preste informações de IP, conta de *e-mail*, data, hora, fuso horário (BARRETO; BRASIL, 2016, p.15).

Uma medida de preservação de conteúdo que pode ser adotada nos casos de identificação de crime virtual, é a elaboração de ata notarial em cartório, de modo a emitir um

instrumento público que narre um fato ou situação apresentada por uma parte. Ainda há a possibilidade de utilização da ferramenta de *software* que possa fazer o *download* dos dados, evitando-se utilizar *printscreen* ou *screenshot*, que tem a validade jurídica questionada. Em consonância, Barreto e Brasil (2016) citam que poderá ser utilizada a certidão elaborada por servidor público dotado de fé pública, a exemplo do escrivão de polícia.

Ainda segundo os autores, é mencionado que quanto a preservação do conteúdo até apresentam a diferença entre preservação e arquivo de dados: na preservação, os dados existem e estão assegurados de alterações ou deteriorações, e no arquivo de dados, há o armazenamento e manutenção dos dados com produção de dados contínua. A preservação implica, portanto, na identificação, coleta e análise da evidência pelo aparelho estatal de forma correta. A preservação pode ser efetuada solicitando-se um mandado de busca ou oficiando junto aos provedores de aplicação de internet solicitando os registros de conexão.

O provedor de aplicação de internet Facebook disponibiliza uma plataforma denominada *Law Enforcemen Online* utilizada para preservação de perfis *online*, neste caso, para solicitação de dados dessa plataforma é necessária obrigatoriamente investigação policial em curso. Importante observar que no que se refere aos dados de registro, obrigatoriamente, a autoridade deverá apresentar a ordem judicial, e no caso de acesso aos dados de comunicação deverá ser apresentado um mandado de busca de dados telemáticos (BARRETO; BRASIL, 2016).

Dados cadastrais podem ser solicitados diretamente aos provedores, sem necessidade de ordem judicial. Em casos como risco de morte ou risco a integridade de crianças e adolescentes, as informações podem ser conseguidas pela autoridade policial, sem necessidade inicial de autorização judicial.

Por outro lado, há a possibilidade de a parte acompanhada pelo seu advogado peticionar diretamente aos provedores, por exemplo, solicitando retirada de conteúdo da rede de computadores através de requerimento de exclusão de conteúdo em Provedor de Aplicação, como medida além das providências a serem tomadas pela polícia. Barreto e Brasil (2016) ressaltam que os advogados só poderão requerer registros nos casos de crimes que forem de ação privada ou quando atuantes enquanto assistentes de acusação.

Dias (2007) aponta como o raciocínio que a utilização de políticas de informação preventiva e programas de facilitação de denúncias que contem com o auxílio de provedores de internet, contribuiriam para aplicação da lei, facilitando também a desburocratização das demandas.

É salutar que a principal questão quanto à investigação policial, como já abordado, seria em relação ao desenvolvimento tecnológico, que demanda dos profissionais especialização na área, além da consideração de que há um excesso de tutela penal. Inclusive, a própria Lei nº 12.735/2012 previu no seu artigo 4º que “os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado”. Ainda os autores Maues, Duarte e Cardoso (2018) fazem um apontamento além da necessidade de especialização policial, conforme explicitado abaixo:

Ou seja, delegacias de polícias precisam ser especializadas em crimes cibernéticos, os juízes devem se atualizar nas jurisprudências e doutrinas que envolvem delitos informáticos e os advogados, públicos ou privados, devem acompanhar a evolução do Direito Digital para que possa haver uma melhora no funcionamento da Justiça no Brasil (MAUES, DUARTE, CARDOSO, 2018, p.178).

Portanto, a melhora da prestação do serviço à sociedade vai além da melhora do aparelhamento estatal em termos de infraestrutura: é necessário o investimento em conhecimento especializado na área, inclusive de profissionais na área de informática, conjugando-se as disciplinas na prática, pois não basta o excesso de tutela penal. Anteriormente as tipificações já se tornavam difíceis às investigações, e na atualidade, a dificuldade perfaz-se na expertise que a área requer.

É certo que pela evolução da prática e crimes cibernéticos e o próprio desenvolvimento das investigações tem-se como principal consideração a necessidade de especialização dos profissionais. Ainda, aponta-se que esse envolvimento pode ser alcançado através da cooperação institucional através do intercâmbio de informações de investigação e de soluções de tecnologia da informação (SILVA, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste seguimento, entende-se que a principal demanda apontada frente ao combate dos crimes cibernéticos é a premente necessidade de aperfeiçoamento contínuo dos policiais que trabalham diretamente com a investigação criminal. No entanto, verifica-se que a adoção de medidas como a identificação do prosseguimento a tomar nesses casos já vem sendo discutida na doutrina, o que torna o enfrentamento a essas condutas mais eficazes. Dentre essas medidas, destaca-se o trabalho realizado pela polícia junto aos provedores de aplicação

de internet, que contribuem para elucidação destes crimes. Outro ponto a ser ressaltado, seria a necessidade de cooperação entre as polícias estaduais e federal, e também a necessidade de troca de informações entre as polícias internacionais, de modo a sempre incrementar as práticas. Em suma, não se buscou o esgotamento da temática, porém, a apresentação do cenário atual da investigação destes crimes e algumas alternativas a precariedade do aparato estatal.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alessandro Gonçalves; BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de Investigação Cibernético à luz do Marco Civil da internet**. Rio de Janeiro: Bransport, 2016.

BRASIL, **Código de Processo Penal Brasileiro**: promulgado em 03 de outubro de 1941. Decreto-Lei nº 3.689 de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 14 de dezembro de 2018.

BRASIL, **Código Penal**: promulgado em 7 de dezembro de 1940. Lei Nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 15 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988.

BRENE, Cleyson; LEPORE, Paulo. **Manual do Delegado de Polícia Civil**: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodvim, 2017.

CASTRO, Aldemario Araujo. **A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13308-13309-1-PB.pdf>. Acesso em 14 de dezembro de 2018.

DIAS, Virgínia Soprana. **Aspectos da segurança jurídica no âmbito dos crimes cibernéticos**. 2007. Disponível em: <http://icofcs.org/2007/ICoFCS2007-pp12.pdf>. Acesso em 14 de dezembro de 2018.

GARCIA, Plínio Silva; MACADAR, Marie Anne; LUCIANO, Edimara Mezzono. A influência da injustiça organizacional na motivação para a prática dos crimes cibernéticos.

Jistem usp, Brazil, vol. 15, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/jistm/v15/1807-1775-jistm-15-e201815002.pdf> . Acesso em 01 de junho de 2019.

HARAKEMIW, Rafael Antônio; VIEIRA, Tiago Vidal. Crimes Cibernéticos. **Anais do 2º Simpósio Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais**, 2014. Disponível em : <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/crimes-virtuais-an%C3%A1lise-do-processo-investigat%C3%B3rio-e-desafios-enfrentados>. Acesso em 15 de dezembro de 2018.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. (Coleção TRANS).

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliografia, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAUES, Gustavo Brandão Koury; DUARTE, Kaique Campos; CARDOSO, Wladerson Ronny da Silva (2018). CRIMES VIRTUAIS: Uma análise sobre a adequação da legislação penal brasileira. **Revista Científica da FASETE**. Disponível em : http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes_virtuais_2.pdf . Acesso em 01 de junho de 2019.

MOTA, Bárbara Maria Farias; HAYASHI, Renato; FERNANDES, Antônio Alves Tôrres. Hacking político: crime cibernético ou manifestação legal de protesto. **Argum**. Vitória, v.8., n.3, p.122-132, set/dez. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/emanu/Downloads/13396-40958-1-PB.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2019.

ROCHA, Carolina Borges (2013). **A evolução criminológica do Direito Penal: aspectos gerais sobre os crimes cibernéticos e a Lei 12. 737/2012**. Disponível em: http://www.amab.com.br/fileadmin/user_upload/A_evolucao_criminologica_do_Direito_Penal.pdf. Acesso em 14 de dezembro de 2018.

SILVA, Paulo Quintiliano. **Crimes cibernéticos e seus efeitos internacionais**. 2006. Disponível em: <http://icofcs.org/2006/ICoFCS2006-pp02.pdf> . Acesso em 14 de dezembro de 2018.

Direito ao esquecimento e o alcance dos true crimes brasileiros



KEVIN KESLEY RODRIGUES DA COSTA

Bacharel em Direito pela Faculdade do Piauí (FAPI), desde 2018. Servidor público comissionado do Ministério Público do Estado do Piauí.

E-mail para contato: kevin.ccosta28@gmail.com

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O ALCANCE DOS TRUE CRIMES BRASILEIROS

Kevin Keslley Rodrigues da Costa*

RESUMO

O direito ao esquecimento não possui um tratamento expreso na Constituição Federal, sua previsão legal é amparada nos direitos e garantias fundamentais, como uma forma de proteção ao ex-detento, garantindo a sua ressocialização após o cumprimento de pena. O direito ao esquecimento consiste em manter no passado, fatos e acontecimentos que marcaram a vida de um indivíduo. Nesse ponto, surge um gênero do entretenimento denominado “true crime”, que ganhou destaque utilizando casos de crimes reais que chocaram a sociedade. As mídias sociais buscam esse tema para vender conteúdo, sem considerar que esses fatos marcaram as pessoas envolvidas, inclusive o ex-detento, que mesmo após cumprir toda a sua pena, passa a ser associado novamente a esses fatos, dificultando a sua reinserção social. Partindo desse pressuposto, o objetivo deste trabalho é analisar os efeitos do “true crime” em casos específicos brasileiros, destacando o ocorrido de Suzane Von Richtofen e dos irmãos Cravinhos na mídia, e ainda das ações pleiteadas por Suzane ao seu direito ao esquecimento. A pesquisa é uma pesquisa de natureza aplicada, com abordagem qualitativa, e a técnica empregada foi a pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados indicam que esse tema encontra destaque relevante no Brasil, pois o Supremo Tribunal Federal se posicionou a respeito da matéria, e a busca pelo gênero “true crimes” no ano de 2021 obteve um crescimento significativo, sendo um deles, o caso Von Richtofen, tema de dois filmes. Portanto, é necessária maior discussão acerca da violação dos direitos à privacidade do ex-detento.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. “True crimes” brasileiros. Liberdade de Expressão. Direito de Imprensa.

1 INTRODUÇÃO

A busca pelo entretenimento alavancou os serviços de “streaming” pelo mundo, dessa forma, plataformas dos mais variados tipos oferecem conteúdos como filmes, séries, documentários e novelas para diversos públicos com idades, etnias e gêneros diferentes, sem precisar sair de casa, pagando apenas pela utilização das plataformas. Com o crescimento desses serviços de entretenimento, o público vem procurando significativamente pelo gênero “true crimes”, cuja tradução literal é “crimes reais ou crimes verdadeiros”, todavia, a expressão em inglês é a mais utilizada pela mídia para nomear o gênero (TALARICO, 2020).

O “true crime” tenta divulgar ou evidenciar um caso verdadeiro de um crime, geralmente os que tiveram grande repercussão na mídia, o passo a passo das investigações e a

*Bacharel em Direito pela Faculdade do Piauí (FAP), desde 2018. Servidor público comissionado do Ministério Público do Estado do Piauí, e-mail para contato: kevin.costa28@gmail.com

motivação que levou o indivíduo a praticar aquela conduta. Este gênero procura focar literalmente nas provas colhidas e repassar exatamente como o crime ocorreu, podendo ser compreendido como um gênero de não-ficção, diferente das mídias baseadas em situações verídicas que procuram adaptar ou às vezes até modificar fatos reais, para a criação do conteúdo (TALARICO, 2020).

A procura por um bom entretenimento fez com que os serviços de “streaming” mergulhassem em busca de material e crimes que tiveram grande repercussão midiática e, no Brasil, a repercussão de casos de “true crime”, se torna global. Em contrapartida, muitas pessoas condenadas ou até mesmo as famílias envolvidas nos casos, relatam que tiveram sua privacidade invadida por mídias que divulgam um assunto que gerou traumas e problemas durante anos.

Assim, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas envolvidas no caso, são colocados em oposição aos direitos de liberdade de expressão, de comunicação, liberdade de imprensa e a proibição da censura, pela divulgação do fato de uma memória histórica coletiva (COÊLHO, 2017). Nesse cenário, emerge alguns questionamentos: Até que ponto uma pessoa pode requerer que suas informações possam ser apagadas das mídias sociais? Qual o posicionamento dos tribunais superiores quanto a esses conflitos de direitos fundamentais?

No Brasil, as penas de caráter perpétuo são vedadas pela Constituição Federal, mas a reprovação social é “ad aeternum”, ou seja, enquanto os fatos persistirem na memória das pessoas, mesmo após o cumprimento da pena, o ex-detento será sempre perseguido pelos seus atos praticados, e nestes casos a mídia possui um papel fundamental, a de não deixar que esses acontecimentos caiam no esquecimento, dificultando a reinserção do ex-detento no convívio social (SANTOS, 2020).

Casos emblemáticos como Doutor Castor, João de Deus, menino Evandro e Elize Matsunaga, foram temas de séries de vários serviços de “streaming”, recentemente o caso Von Richtofen foi retratado em dois filmes, cada um focando nas versões dos autores dos crimes, intitulados “A menina que matou os pais” e “O menino que matou os meus pais”, ambos disponibilizados pela plataforma “Amazon Prime” (ROSA, 2021). Assim, o presente artigo abordará este último caso, visando analisar os efeitos do “true crime” de Suzane Von Richtofen e dos irmãos Cravinhos na mídia e as ações pleiteadas por Suzane ao seu direito ao esquecimento.

Quanto a metodologia, esse trabalho apresenta pesquisa de natureza aplicada, já que objetiva gerar conhecimentos práticos, dirigidos à solução do problema em análise. A abordagem é qualitativa, uma vez em que considera a existência de uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito. Quanto aos procedimentos técnicos, foi adotada a pesquisa bibliográfica e documental, a qual se baseou em material já publicado, com utilização de fontes primárias ou diretas de coleta de dados, a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os artigos científicos disponíveis na “internet”. Deste modo, o método empregado foi o indutivo, pois tem como ponto de partida o uso de dados suficientemente constatados, inferindo-se uma verdade geral ou universal (PRODANOV; FREITAS, 2013).

No percorrer desta análise, será demonstrado a relevância da discussão do tema proposto em virtude de decisões recentes sobre a matéria, o posicionamento dos tribunais superiores quanto o direito ao esquecimento, a participação da mídia por meio do gênero do “true crimes” para difusão de casos de crimes reais brasileiros pelo mundo, bem como se estabelecer uma pesquisa concreta aos limites naturais de exercício ao direito à liberdade de imprensa. Salienta-se que o exercício à liberdade de expressão e de imprensa, é amplamente assegurado pelos Estados Democráticos, porém esse direito encontra-se limitado pela garantia de personalidade do outro, assegurado pela vítima das exposições desses fatos, em cada caso concreto, e o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1 Conceito

O direito ao esquecimento não possui um tratamento expresso na Constituição Federal de 1988, sua origem é derivada dos direitos e garantias fundamentais a intimidade, vida privada e a honra, previstos no Artigo 5º, inciso X, da CF/88 e na legislação infraconstitucional, no Artigo 21 do Código Civil de 2002, portanto, o direito ao esquecimento está relacionado com a proteção à privacidade (BRASIL, 2002).

Para Comerlato (2014) o direito ao esquecimento consiste em fatos pretéritos que necessariamente não têm necessidade de serem lembrados, relacionando-se ao conceito do desdobramento do direito à privacidade e à intimidade, presentes na Constituição Federal no Art. 5, inciso X. Apesar disso, salienta-se a subjetividade deste direito, em função de se referir como uma necessidade e não uma obrigatoriedade.

O Direito ao Esquecimento é aquele que uma pessoa tem de não permitir que um fato, mesmo que verdadeiro, acontecido em determinado momento da sua vida, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos e sofrimento (CAVALCANTE, 2014).

Ainda que não seja um tema novo na doutrina, o direito ao esquecimento veio à tona novamente com o lançamento em massa de filmes, séries, documentários, programas de televisão, pelas empresas de entretenimento e os usuários dessas plataformas, que vêm buscando cada vez mais pelo gênero de não-ficção denominado “true crime”. Um grande marco da visibilidade desse direito ocorreu em 2013, quando o Conselho da Justiça Federal trouxe uma orientação doutrinária com base na interpretação do Código Civil, Enunciado 531, que estabelece a garantia de ser esquecido entre os direitos da personalidade, para garantir a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2013).

O Enunciado 531 estabelece que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento, a justificativa respaldada para esta prerrogativa é que “os danos provocados pelas novas tecnologias da informação vêm-se acumulando nos dias atuais” (CJF, 2013, p. 89).

O direito ao esquecimento surge historicamente a partir do campo das condenações criminais, exercendo uma importante parcela para a garantia de ressocialização dos ex-detentos, nesse contexto, destaca-se que tal direito não indica o apagamento de fatos a possibilidade de escrevê-los, no entanto, apenas assegura a discussão do uso de fatos pretéritos, preferencialmente o modo e a finalidade como são recordados (CJF, 2013).¹

Assim, o Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil (2013), estabeleceu um posicionamento quanto o direito ao esquecimento, o amparando aos direitos de personalidade, fundamental para a garantia da dignidade da pessoa humana, tanto na esfera civil, quanto na esfera penal, assegurando assim que fatos pretéritos merecem ser analisados, para estabelecer se esses casos podem ser lembrados e se possuem algum papel relevante para a sociedade (CJF, 2013).

Quanto a esfera penal, o direito ao esquecimento também se fundamenta no Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, garantindo ao preso o direito fundamental à intimidade, a vida privada e a honra, cabendo ao estado a proteção dessas garantias (BRASIL, 1988). Nota-se assim a constituição do cumprimento do princípio da dignidade da pessoa

1 Extraído de: CJF. Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>>. Acesso em 6 out. 2021.

humana, previsto no Art. 1º, III, da CF/88 e ainda no direito à ressocialização, após o cumprimento de pena.

Portanto, o direito ao esquecimento possui previsão legal nas cearas do Direito Constitucional, Civil e Penal, estando diretamente ligado à ressocialização do ex-detento, que após o cumprimento da sua pena, tem uma nova oportunidade para se reintegrar à sociedade, conseguir emprego e restaurar sua dignidade, sem sofrer preconceitos e constrangimentos (LEITE, 2019).

2.2 Evolução Histórica

Moraes (2016) ressalta que o primeiro fato que se tem notícia referente ao direito ao esquecimento, aconteceu na Alemanha em 1973, conhecido como Caso “Lebach” (Caso BVerfGE 35, 202). Assim sendo, conforme a autora, foi proposta uma Reclamação Constitucional referente a um crime de latrocínio ocorrido em Lebach, envolvendo quatro soldados que estavam responsáveis por um depósito de munição e foram assassinados por dois homens, com o apoio de um terceiro, as armas e as munições foram roubadas e os principais envolvidos foram condenados à prisão perpétua, em 1970. Após o ocorrido, o canal televisivo alemão Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF), desenvolveu um documentário sobre o crime, reproduzindo o nome e a foto do reclamante.

O Tribunal Constitucional alemão julgou procedente a Reclamação Constitucional, por considerar uma violação do direito de desenvolvimento da personalidade (conforme Artigo 2 I, da Lei Fundamental alemã), perpetrada pelos Tribunais, considerou necessário uma intervenção na liberdade de rádio difusão, materializado em uma decisão de proibição de transmissão do documentário, reconhecidamente uma intervenção na liberdade de rádio difusão, determinada pelos Tribunais competentes, sendo assim um deferimento do pedido do reclamante, portanto, justificada (MORAES, 2016).

No Brasil, esse tema começou a ser discutido com mais abertura através do julgamento dos recursos especiais REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, na quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (OLIVEIRA; BARROS; PEREIRA, 2017). Sendo admitido o direito ao sujeito de deixar fatos sobre a sua existência, apesar de verdadeiro, no passado, logo, “o direito ao esquecimento é concebido assim, em última análise, como o direito de não ser citado no corpo de um relato

atual sobre eventos pretéritos de caráter público” (MARTINS NETO, 2014, p. 811 *apud* OLIVEIRA; BARROS; PEREIRA, 2017, p. 582).

Nos dois casos de recursos especiais em comento, os recorrentes sustentam que os fatos foram esquecidos com o passar do tempo, porém, a mídia televisiva cuidou de reabrir as antigas feridas causadas pelos acontecimentos, veiculando novamente informações sobre as tragédias, inclusive, explorando a imagem dos autores e vítimas dos crimes (BRASIL, 2011).

O direito ao esquecimento possui a sua origem no campo das condenações criminais, assegura a possibilidade de discutir o uso de fatos pretéritos, preferencialmente o modo e forma como são lembrados, assegurando que ex-detentos tenham uma nova possibilidade de reintegração social (CJF, 2013). Desse modo, no campo do direito civil, esse direito está voltado para a proteção dos direitos de personalidade dos indivíduos envolvidos no caso, sejam eles autores ou vítimas, assegurando-se à indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação. Quanto aos efeitos do direito ao esquecimento no campo penal, ele está direcionado para a proteção dos direitos a personalidade do ex-detento, garantindo assim a dignidade da pessoa humana e a ressocialização do condenado após o cumprimento da pena (SANTOS, 2020).

2.3 Posição dos Tribunais Superiores quanto o direito ao esquecimento no Brasil

Como destacado anteriormente, a discussão sobre o direito ao esquecimento no Brasil começou mais veementemente em 2013, pelo julgamento dos recursos especiais REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, conhecidos popularmente como o Caso Aída Cure e o acontecimento da Chacina da Candelária, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

Acercas dos casos, destaca-se que em 1958, Aída Jacob Curi foi vítima de violência seguida de morte, três homens (sendo um menor de idade) a atiraram do alto de um edifício em Copacabana, no Rio de Janeiro, o principal dos acusados foi Ronaldo Guilherme de Sousa, submetido a três julgamentos e condenado por homicídio e tentativa de estupro, condenado a oito anos e nove meses de reclusão (SZANIAWSKI, 2021). O caso gerou grande repercussão na mídia da época e levantou questões a respeito da falta de punibilidade da justiça, sendo considerado um marco para o Movimento Feminista no Brasil.

Nesse contexto, Moraes (2016) ressalta que em 2003, a Rede Globo de Televisão, por meio do Programa Linha Direita, que trazia crimes de grande repercussão na mídia, narrou a reconstituição dos fatos que gerou o crime, a vida da vítima e dos acusados, revisitando

novamente, após décadas, o caso de Aída Cure. Os irmãos da vítima ficaram indignados com o programa da emissora, pois esta rememorava um fato já esquecido, levando-os a propor a inicial de indenização por danos morais, desse modo, dentre as alegações apresentadas, destacam-se os fatos de que o crime fora esquecido com o decorrer do tempo, e que o programa estava sendo responsável por reconstruí-lo, reavivando na memória dos familiares, os traumas emocionais experienciados e não superados (MORAES, 2016).

Após alguns anos de tramitação o processo chegou no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro-relator do caso, Luís Felipe Salomão, no seu voto reforçou que existe um conflito visível entre a liberdade de expressão, manifestada na liberdade de imprensa e nos atributos individuais da pessoa humana, tais como a intimidade, a privacidade e a honra, sendo estes regulamentados no Art. 5 IV, V, IX, X e XIV e Arts. 220 e 221 da Constituição Federal, tal interpretação revela que as decisões tomadas refletem valores constitucionais em confronto (BRASIL, 2013).²

O voto do então ministro foi no sentido de que a imagem da vítima não foi usada de forma degradante, nem com fins comerciais ou lucrativos, uma vez em que no passado, o caso fora amplamente divulgado pela imprensa, discutido e noticiado ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos, sendo considerado, portanto, um importante fato histórico da memória coletiva, não cabendo assim o direito ao esquecimento para os familiares da vítima (BRASIL, 2013).

Por outro lado, diferente do que ocorreu no caso de Aída Cure, o mesmo tribunal tomou posicionamento completamente contrário no caso da Chacina da Candelária. Em resumo, no dia 23 de julho de 1993, antes da meia-noite, cerca de cinco policiais, em traje civil, desceram de dois carros que tinham placas escondidas, e atiraram à queima-roupa contra mais de setenta crianças e adolescentes em situação de rua próximo à Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, no total foram mortas oito pessoas (SORDI, 2021).

Após a grande repercussão na mídia, o caso gerou indignação nacional e internacional, inclusive através de protesto da Comunidade Econômica Europeia, que pressionou o Brasil a punir os culpados, como consequência, três pessoas foram presas e, um dos suspeitos de praticar o crime, Jurandir Gomes de França, foi inocentado. Em 2006, o Programa Televisivo Linha Direta da Rede Globo, trouxe à tona novamente o massacre, inclusive divulgando

2 Extraído de: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153-RJ**. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 06 out. 2021.

imagens de Jurandir Gomes, já inocentado dos fatos, levando-o a ingressar com uma ação contra a Rede Globo (MORAES, 2016).

Ainda conforme a autora, Jurandir Gomes de França, propôs ação de indenização por danos morais em desfavor da Rede Globo de Televisão, a partir das seguintes contestações: a emissora noticiou que ele foi indiciado como autor/partícipe dos homicídios, no episódio da “Chacina da Candelária”; foi relatado que Jurandir Gomes foi submetido à Júri tendo, por consonância, a absolvição por negativa de autoria; além disso, ele foi procurado pela produção do programa Linha Direta, todavia, se recusou a dar entrevista ou conceder autorização para veiculação de sua imagem e, mesmo sem permissão, foi apontando o seu envolvimento como autor do crime (MORAES, 2016).

A tese do ministro foi no sentido que o autor fazia jus ao direito de ser esquecido, reafirmando que qualquer pessoa deve ter garantido a possibilidade de afastar informações que as cause prejuízos, sejam eles pela dor ou trauma, ou as impossibilite do seu convívio social e de reestruturar suas vidas após os acontecimentos (MORAES, 2016).

No voto, o ministro Luís Felipe Salomão, descreveu, com efeito, a afirmação do direito ao esquecimento para os condenados que cumpriram integralmente a pena e, especialmente, para os que foram absolvidos em processo criminal, além disso, foi sinalizado que a evolução cultural da sociedade, concede concretude a um ordenamento jurídico, que conecta a memória (presente e passado) com a esperança (vínculo do futuro com o presente), optando-se, evidentemente, pela segunda, dessa forma, o direito ao esquecimento, mostra a sua nobreza ao afirmar-se como um direito à esperança, em conformidade, com a presunção legal e constitucional que permite a regenerabilidade da pessoa humana (BRASIL, 2013).³

Moraes (2016) ressalta que ambos os julgamentos ocorreram no mesmo dia, pelo mesmo relator do tribunal, os autores pleiteavam o direito ao esquecimento, de fatos pretéritos, que anos depois foram novamente ressuscitados pela mídia televisiva e nos dois casos tiveram decisões diferentes. No caso da Chacina da Candelária, o ministro reconheceu o direito a ser esquecido do autor, prevalecendo a proteção da privacidade, enquanto no caso de Aída Cure, a garantia ao esquecimento não fora concedida, prevalecendo a liberdade de informação sobre os fatos, desse modo, conforme o próprio ministro, as situações foram analisadas a partir da premissa do direito, em cada caso concreto.

3 Extraído de: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ**. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 08 out. 2021.

Conforme Szaniawski (2021) Os irmãos de Aída Cure recorreram da decisão do ministro para o Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário foi protocolado em 2016 e só pautado para julgamento em 2021, após a confirmação da repercussão geral, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Assim, no dia 4 de fevereiro de 2021, foi iniciado o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1010606, e no dia 11 do referido mês, o ministro no seu voto, negou provimento ao recurso extraordinário e indeferiu o pedido de reparação de danos formulados contra a recorrida (SZANIAWSKI, 2021).

O Tribunal, por maioria, analisando o tema 786 da repercussão geral, indeferiu provimento ao recurso extraordinário e negou o pedido de reparação de danos elaborados contra a recorrida, nos termos do voto do Relator, e vencendo parcialmente os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes (SZANIAWSKI, 2021). Para esta decisão, foi estabelecida a tese de que é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, compreendido como o poder de impedir, em decorrência do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos conquistados e publicados nos meios midiáticos; além disso, situações envolvendo excessos ou abusos no exercício da liberdade de informação, devem ser analisado mediante os parâmetros constitucionais (ênfase na proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral), e as condições específicas que envolvem previsões legais nas esferas penal e civil (BRASIL, 2021).⁴

Desse modo, foi estabelecido pela corte do Supremo Tribunal Federal (STF), que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, prevalecendo a liberdade de expressão e a informação nos limites naturais do direito à personalidade dos envolvidos, cabendo noticiar apenas os fatos ou dados veridicamente provados ao tempo do acontecimento dos crimes, sendo que eventuais acessos ou abusos cometidos pela mídia, devem ser analisados conforme cada caso, assim, a regra geral é que a garantia ao esquecimento não é absoluta, sendo necessário o estudo de cada caso, de modo particular (BRASIL, 2021).

O STJ, no Recurso Especial REsp 1.736.803/RJ⁵, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto, compreendeu a seguinte decisão:

4 Extraído de: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução 672/2020/STF**. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786>>. Acesso em: 08 out. 2021.

5 Extraído de: BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp 1.736.803/RJ**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-nao-embasar.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2021.

7. A exploração midiática de dados pessoais de egresso do sistema criminal configura violação do princípio constitucional da proibição de penas perpétuas, do direito à reabilitação e do direito de retorno ao convívio social, garantidos pela legislação infraconstitucional nos artigos 41, VIII e 202 da Lei nº 7.210/1984 e 93 do Código Penal. 8. Diante de evidente interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de delito notório, incabível o acolhimento da tese do direito ao esquecimento [...] (BRASIL, 2020, p. 4-5).

Assim, o STJ, no presente caso, reconheceu a existência de um aparente conflito onde convivem, de um lado, o próprio direito ao esquecimento, os direitos à personalidade e à vida privada e, de outro, a liberdade de manifestação do pensamento, a vedação à censura prévia e o interesse público no cultivo à memória coletiva (BRASIL, 2020). Sendo necessário a ponderação entre os direitos mencionados a partir da análise minuciosa do caso, aplicando o entendimento adotado pelo STF, no tema 786 da repercussão geral.

Como meio de penalizar a conduta de violação do direito à privacidade, o STJ aprovou a Súmula 403, onde dispõe que independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, portanto, gera o direito de indenizar quando os veículos midiáticos violam a privacidade das pessoas objetivando o lucro (BRASIL, 2009).

Portanto, infere-se que os Tribunais Superiores do Brasil, adotaram o posicionamento do direito ao esquecimento ser incompatível com a Constituição Federal, porém, é necessário a aplicação da ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes, sendo eles, os direitos de personalidade, e o direito de liberdade de expressão e de imprensa. Ocorre ainda a necessidade de analisar a garantia de ressocialização do ex-detento após o cumprimento de pena, cabendo ao órgão jurisdicional a resolução desses conflitos.

Quanto o Ministério Público, a Constituição Federal de 1988, no caput do seu Artigo 127, elevou o Ministério Público como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988). Assim, o Ministério Público brasileiro é o instrumento para a proteção e efetivação dos Direitos Fundamentais, garantia da própria Constituição e de seus princípios (DIAZ, 2007).

O Ministério Público é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, reconhecido com um perfil inédito até mesmo no Direito Comparado, sendo, portanto, uma instituição forte para lutar contra um cenário também forte de negações e reducionismos de direitos, tardiamente declarados. Dessa maneira, o *parquet* atua na defesa dos direitos e garantias fundamentais, sejam eles da vítima ou do acusado, como nas

audiências de custódia, seguindo o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores quanto à aplicação das leis e princípios constitucionais, defendendo os direitos da coletividade, em ações que pleiteiam o direito ao esquecimento, garantida da inviolabilidade da vida privada, como na defesa da garantia da liberdade de expressão e de imprensa (DIAZ, 2007).

3 DE CRIMINOSO A VÍTIMA: O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA CONSTRUÇÃO DA VIDA DO EX-DETENTO

É dever do estado a proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas condenadas, postas em cárceres, retiradas do convívio social, garantindo a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana de não serem submetidas a situações degradantes, penas cruéis e de torturas. Após o cumprimento da pena, o instituto do direito ao esquecimento na esfera penal é voltado para a proteção do direito de personalidade do ex-detento, ou seja, garantir que o mesmo possa ser novamente inserido no convívio social, por meio da ressocialização (SANTOS, 2020).

Como pontua Leite (2019), o direito ao esquecimento serve para beneficiar aqueles que praticaram fatos delituosos, que estão passando por um processo de ressocialização e desejam que seu passado tortuoso, já superado, não seja divulgado ao público novamente. Todavia, é evidente que neste trabalho não se pretende discutir a ilicitude ou gravidade do ato praticado pelo indivíduo que teve seu nome e privacidade impactado pela exposição na mídia em geral, ou o grau do dano experimentado pelos familiares.

Com o avanço das novas tecnologias dos meios de comunicação, principalmente da “internet”, os fatos e os acontecimentos que marcaram a vida de um ex-detento, da vítima ou dos familiares envolvidos em determinado caso, ficam disponíveis em sites de busca. Desse modo, informações podem ser acessadas e divulgadas a todo o momento, com um elevado grau de propagação, ficando disponíveis por tempo incalculável e podem ser evidenciadas a qualquer momento pela mídia, dificultando o esquecimento de delitos que prejudicaram a vida das pessoas (LEITE, 2019).

Sendo assim, para Leite (2019), o direito ao esquecimento não significa apagar um fato que faz parte da história da memória coletiva das pessoas, mas sim, manter no passado os fatos que marcaram a vida dos envolvidos e causaram grandes prejuízos, sejam eles psicológicos ou materiais, permitindo que essas pessoas possam reconstruir suas vidas e

proporcionar a oportunidade de reescreverem as suas histórias, a partir da discussão do que de fato merece ficar no passado ou ser lembrado.

Tomando por base o caso de Aída Cure, no período do acontecimento do crime, o mesmo foi amplamente divulgado pela mídia televisiva e marcou profundamente a sociedade da época, sendo até hoje um dos casos retratados quando se levanta a discussão dos direitos feministas. Assim, esses fatos não prosperam cair no esquecimento, pois fazem parte da história coletiva, devendo se limitar apenas aos acontecimentos divulgados à época, as provas obtidas e o passo a passo das investigações (BRASIL, 2011).

O direito ao esquecimento está diretamente ligado a ressocialização do ex-detento. Nesse sentido, o Artigo 202 da Lei de Execuções Penais, estabelece que cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial, ou por auxiliares da justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal, bem como em outros casos expressos em lei (BRASIL, 1984).

Assim, é dever do Estado manter sob sigilo, os dados e informações da vida do ex-detento, após o cumprimento da pena imposta, para garantir o apenado a oportunidade de novamente conviver em sociedade, reconstruir a sua vida e restabelecer laços apagados pelo tempo (LEITE, 2019).

Quando esse direito é cerceado do ex-detento, consequências graves são geradas para o indivíduo e também para a sociedade, visto que o sistema prisional desrespeita a Constituição da República, bem com a Lei de Execução Penal, em seus Artigos 10 e 11, pois não propicia assistência integral ao preso e ao internado nos âmbitos jurídico, educacional, esporte, social e religioso e da saúde, “visando prevenir o delito e a reincidência orientando o retorno do interno ao convívio social, com obrigatoria de extensão a toda comunidade carcerária, e não uma restrita percentagem da população penitenciária que ora se beneficia” (SANTOS, 2015, n.p).

O apenado torna-se vítima do próprio sistema que tem a função de garantir o estrito cumprimento da sua pena e os seus direitos fundamentais inerentes a toda pessoa humana (LEITE, 2009). Desse modo, infere-se que o processo de ressocialização fica em segundo plano, e em muitos casos, esses apenados são inseridos no convívio social novamente sem nenhum preparo e voltam a praticar os mesmos delitos.

Como pontua Leite (2019), não havendo o respeito a esses direitos, a sua reintegração à sociedade é prejudicada devido ao preconceito contra ex-presidiários, que recebem poucas

oportunidades de emprego, e até mesmo a possibilidade de se relacionar com alguém, isso se torna ainda mais difícil, quando existem pessoas que fazem questão de sempre estarem reacendendo na memória as ações daquela pessoa no passado, impedindo, dessa forma, o indivíduo de proceder na sua busca por uma vida normal.

Nesse sentido os “true crimes”, um gênero de entretenimento, possui um papel fundamental para eternizar um caso que chocou a sociedade brasileira, difundindo mundialmente os acontecimentos de um crime bárbaro, da vida privada dos sujeitos envolvidos, da motivação e como estão essas pessoas anos depois desses fatos (TALARICO, 2020). Esse gênero, com alto grau de alcance global pode afetar diretamente a vida de um ex-detento, que em passos lentos, busca uma ressocialização e sua inclusão no convívio social.

4 O ALCANCE DOS “TRUE CRIMES” BRASILEIROS NA MÍDIA INTERNACIONAL

“True crime” consiste em um gênero do entretenimento de não-ficção, baseado em um crime real, que tem por finalidade mostrar ao espectador os acontecimentos que levaram a realização do crime, o passo a passo das investigações e o desfecho do caso (TALARICO, 2020). O gênero é amplamente difundido na mídia internacional, e recentemente a indústria começou a despertar interesse para as produções brasileiras.

Com o lançamento da série documental “Elize Matsunaga: Era uma vez um crime”, pela plataforma de “streaming” “Netflix”, que figurou com um alto índice de sucesso internacional para uma estreia de “true crime”, levantou discussões sobre a possibilidade de se retratar cada vez mais casos que chocaram a sociedade brasileira, como já ocorre em vários países (GUGLIELMELLI, 2021).

No dia 24 de setembro de 2021, a plataforma de streaming “Amazon Prime”, lançou dois filmes baseados no caso Von Richtoffen, intitulados “A menina que matou os pais” e “O menino que matou os meus pais”, cada filme é baseado em uma das versões apresentadas pelos condenados Suzane Von Richtoffen e Daniel Cravinho, as produções tiveram alta repercussão na mídia nacional e internacional (CASTELO, 2021).

A repercussão dessas séries e filmes que abordam a temática dos “true crimes” geraram discussão na mídia brasileira acerca da glamourização de crimes e delitos, porém, há muito tempo esse gênero já havia sendo trabalhado principalmente pela indústria norte-americana, produções assim pairam não circulam apenas nos serviços “streaming”, mas

também no cinema, obras literárias e até mesmo em canais abertos televisivos (TALARICO, 2020).

O interesse por crimes é alto e mais antigo do que se imagina, uma vez em que especialistas da área cinematográfica apontam que a mitologia grega e diversas obras de literatura ao longo da história abordam crimes reais, a exemplo de Édipo Rei, sendo mais antigo que as atuais exposições na TV e no cinema (SIMMER, 2021).

Nesse contexto, infere-se que essas produções, em muitos casos, narram a vida de pessoas condenadas pelo crime que já cumpriram a pena imposta pela Justiça brasileira, contribuindo para que o caso antes conhecido apenas nacionalmente, seja difundido pelo mundo. A narrativa leva ao fato de que para o ex-detento já era difícil de restabelecer sua vida após o cumprimento da pena, agora, com a difusão dos “true crimes”, tornou-se ainda mais, pois existe o risco de que algo obscuro que aconteceu no seu passado seja mostrado para o mundo todo.

Como já mencionado anteriormente, é incompatível o direito ao esquecimento com a Constituição Federal de 1988, sendo necessário avaliar conforme cada caso, os abusos praticados pelo direito à liberdade de expressão e informação, assim o ex-detento só terá jus a esse direito de personalidade se forem extrapolados a violação da garantia à privacidade, porém, os acontecimentos do crime divulgados na mídia da época, as provas obtidas, as investigações e o julgamento, poderão sempre ser lembrados e difundidos na mídia (BRASIL, 2021).

Foi como aconteceu no ano de 2018, quando Suzane Von Richtofen ingressou com uma ação para suspender a publicação de uma obra editorial com biografia não autorizada a seu respeito, intitulada “Suzane – Assassina e Manipuladora” de autoria do jornalista e escritor Ulisses Campbell. Segundo Suzane, o autor violou seus direitos líquido e certo, a imagem e a privacidade, ao escrever uma biografia não autorizada (BRASIL, 2020).

O pedido de Suzane foi apreciado em primeira e segunda instância, o livro acabou sendo censurado e proibida a publicação, ocorre que em 2019 a ação chegou no Supremo Tribunal Federal, sob a Reclamação nº 38.201, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que em decisão monocrática decidiu pela suspensão da publicação, divulgação e comercialização de obra literária, uma vez em que se impôs uma censura prévia, marcada por um caráter preventivo e abstrato de restrição à livre manifestação de pensamento, repelida frontalmente pelo texto constitucional, em virtude de sua finalidade antidemocrática (BRASIL, 2020).

Assim, o ministro julgou procedente o pedido do autor para cassar a decisão proferida pelo Juízo de segundo grau e liberar a circulação do livro. Suzane ingressou com um Mandado de Segurança (nº 36.901) contra a decisão do ministro, porém fora julgada extinta pelo Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2020).

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o direito à liberdade de expressão e de imprensa é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional, expressa no Inciso IV, do Artigo 60, menos ainda por norma de hierarquia inferior (Lei Civil), ainda que sob o argumento de resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, a garantia da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, como expresso pelo Ministro Alexandre de Moraes, na Reclamação nº 38.201 (BRASIL, 2020).

Portanto, entende-se que as decisões do STF, quanto a ponderação de direitos constitucionais, como no caso de Aída Cure, já abordado anteriormente e ainda na ação proposta por Suzane Von Richtofen para barrar a publicação de sua biografia, em ambos os casos prevaleceu o direito à liberdade de expressão em face aos direitos de personalidade, assim entendido como direito ao esquecimento.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro vem passando por transformações para adaptar-se a evolução social, com os avanços da tecnologia, o acesso às informações tornaram-se praticamente instantâneas e a nova realidade social são os serviços de “streaming”, que vem substituindo os canais abertos televisivos. Consequente, ao longo deste trabalho foram levantadas algumas discussões recentes quanto a colisão de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de imprensa, e os direitos de personalidade, como a vida privada.

Verifica-se que com esse alto grau de conectividade ficou muito difícil que acontecimentos marcantes fiquem no passado, informações sobre a vida das pessoas não podem ser simplesmente apagadas, pois, existem fatos que permanecem na memória coletiva, porém é importante destacar que certos acontecimentos podem ser removidos das mídias sociais, por conta da violação ao direito da inviolabilidade da vida privada, dando origem ao direito subjetivo do esquecimento.

Em uma importante decisão quanto a matéria, o Supremo Tribunal Federal, instituição guardiã da Constituição Federal, se posicionou pela incompatibilidade do direito ao

esquecimento com a Carta Magna brasileira, ressaltando que cada caso deve ser analisado, aplicando a técnica da ponderação e proporcionalidade para dirimir a colisão dos direitos fundamentais conflitantes no caso concreto.

O avanço dos serviços de “streaming” e a busca pelo entretenimento, fizeram com que o gênero “true crime” alcançasse grande número de telespectadores brasileiros, tornando mais recorrente ou popular a utilização de casos de crimes que tiveram grande repercussão na mídia e geraram grande impacto social como tema de séries e filmes. Esses casos que até então eram de conhecimento apenas no território brasileiro, passaram a ser divulgados em outros países.

Portanto, é necessária uma maior discussão sobre o tema, em virtude da violação dos direitos à privacidade do ex-detento, que mesmo após o cumprimento da pena, carrega as consequências da reprovação social, dificultando a sua ressocialização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado trata do direito ao esquecimento na sociedade da informação**. Matéria Vinculada ao Portal de Notícias da Justiça Federal. Cjf, 2013. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 07 out. 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.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Andamento do Processo n. 38.201** - Reclamação - 03/02/2020 do STF. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/804628118/andamento-do-processo-n-38201-reclamacao-03-02-2020-do-stf>>. Acesso em 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 36.901**. São Paulo. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Pe%C3%A7as%20Jur%C3%ADicas/54178/deciso-do-stf-que-nega-pedido-de-suzane-von-richthofen-para-barrar-biografia-livrol-assassina-e-manipuladora-do-jornalista-ulisses-campbell>>. Acesso em 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial REsp 1.736.803/RJ**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 28 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-nao-embasar.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.334.097/RJ**. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 28 maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 403**. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 28 de outubro de 2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.335.153/RJ**. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 28 maio de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 1.010.606**. Recorrente: Nelson Curi e outro(a/s). Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução 672/2020/STF (Tema 786)**. Relator: Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: <

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786>>. Acesso em: 08 out. 2021.

CASTELO, Kauanna. **"Caso Richthofen"**: filmes baseados no crime estreiam na amazon. filmes baseados no crime estreiam na Amazon. 2021. Postado no Portal Portal o Povo. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/vidaarte/2021/09/24/caso-richthofen-filmes-baseados-no-crime-estreiam-na-amazon.html>>. Acesso em: 20 out. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e do STJ comentados**. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

CJF. Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. 180 p. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2021.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Liberdade de expressão e seus limites**: imagem, honra e intimidade. 2017. Postado no Portal Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-29/constituicao-liberdade-expressao-limites-imagem-honra-intimidade>. Acesso em: 20 out. 2021.

COMERLATO, Marília Bachi. A efetividade do Direito ao Esquecimento. In: Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação, 7, São Paulo. **Anais...** São Paulo: FMUpress, 2014, p. 111-120. Disponível: < https://www.researchgate.net/publication/281355932_A_EFETIVIDADE_DO_DIREITO_A_O_ESQUECIMENTO>. Acesso em: 10 out. 2021.

DIAZ, Gustavo Mereles Ruiz. **A missão constitucional do Ministério Público na defesa do regime democrático**: acesso à justiça dos direitos fundamentais. 2007. 105 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp068852.pdf>>. Acesso em 26 out. 2021.

GUGLIELMELLI, Alexandre. **Após Elize Matsunaga**: os crimes brasileiros que podem virar série na netflix. Os crimes brasileiros que podem virar série na Netflix. 2021. Postado no Portal Observatório do Cinema. Disponível em: <<https://observatoriodocinema.uol.com.br/series-e-tv/2021/07/apos-elize-matsunaga-os-crimes-brasileiros-que-podem- virar-serie-na-netflix>>. Acesso em: 16 out. 2021.

LEITE, Allana Sheila Brito. Direito ao esquecimento: Eternização do crime e do criminoso, 2019. **Âmbito Jurídico**. Direito penal. Revista 187. 12 de setembro de 2019. Disponível

em:<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-ao-esquecimento-eternizacao-do-crime-e-do-criminoso/>>. Acesso em: 06 de out. de 2021.

MORAES, Melina Ferracini de. **O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil**. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/2885/5/Melina%20Ferracini%20de%20Moraes.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; BARROS, Bruno Mello Correa de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O Direito à Privacidade na Internet: Desafios para a Proteção da Vida Privada e o Direito ao Esquecimento. **Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 561 - 594, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1863>>. Acesso em: 19 out. 2021.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2 ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

ROSA, Natalie. **10 filmes e séries documentais sobre crimes reais brasileiros**. 2021. Postado no Portal Canal Tech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/entretenimento/filmes-series-documentais-sobre-crimes-reais-brasileiros-185527/>. Acesso em: 25 out. 2021.

SANTOS, Andryelly Lohany dos. **Direito ao esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro: proteção da imagem, honra e integridade moral do ex-detento**. 2020. 36 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, Gama, 2020. Disponível em: <https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/410/1/Andryelly%20Lohany%20dos%20Santos_0003480.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

SANTOS, Deivid Rodrigues dos. Ressocializar e reeducar o detento: uma missão quase impossível dentro do sistema penitenciário atual do Brasil. **JurisWay**. 2015. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14713>. Acesso em: 07 out. 2021.

SIMMER, Guilherme. Séries sobre crimes brasileiros viram tendência e geram controvérsia. **Metrópoles**. Entretenimento. 17 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/entretenimento/series-sobre-crimes-brasileiros-viram-tendencia-e-geram-controversia>>. Acesso em 14 out. 2021.

SORDI, Amanda De. Relembrando a chacina da Candelária. **Monitor do Oriente Médio**. [s.l]. 2021. Disponível em: <<https://www.monitordo Oriente.com/20210723-relembrando-a-chacina-da-candelaria/>>. Acesso em 07 out. 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi - Parte 1. **Consultor Jurídico**. [s.l]. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/direito-civil-atual-supremo-tribunal-federal-julgamento-aida-curi>>. Acesso em 09 out. 2021.

TALARICO, Fernanda. **O que é o true crime e como ele tem aparecido cada vez mais na cultura pop**. 2020. Postado no Portal Jovem Nerd. Disponível em: <https://jovemnerd.com.br/direto-do-bunker/o-que-e-o-true-crime-e-como-ele-tem-aparecido-cada-vez-mais-na-cultura-pop/>. Acesso em: 20 out. 2021.

Judicialização do direito à saúde, mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social



MARIANA KAIRES ALVES BRANDÃO

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Ademar Rosado - ALEPI.

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Mariana Kaires Alves Brandão¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, representou um marco significativo no que diz respeito ao direito à saúde, trazendo consigo princípios e normas que evidenciam a importância do tema. Ocorre que, apesar do grande conteúdo legislativo voltado à saúde, o problema da falta de efetividade desse direito persiste no contexto brasileiro, sendo necessária em diversas situações a intervenção do poder judiciário para concretizá-lo. Dessa forma, o judiciário passa a ter funções mais significativas na garantia da saúde, com o intuito de suprir as omissões inconstitucionais. A importância do debate e estudo acerca do tema é indiscutível, visto que questões como a reserva do possível e limites orçamentários são frequentemente utilizados como mecanismo condicionante para a efetivação dos direitos sociais. Contudo, tais argumentos não podem servir como barreira intransponível para efetivação do direito ao mínimo para uma existência digna do ser humano, no sentido de se buscar sempre a vedação ao retrocesso, bem como a progressividade dos direitos sociais. Diante disso, o presente artigo tem por objetivo o estudo da judicialização do direito fundamental à saúde, sua relação com o mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social. Para a construção metodológica do trabalho, foi utilizada uma abordagem de pesquisa qualitativa, centralizada na análise doutrinária, de artigos científicos online, periódicos e pesquisa jurisprudencial relacionada ao tema apresentado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Política Pública.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Pós-graduanda em Mediação, Conciliação, Negociação e Arbitragem pela faculdade Legale.
Endereço eletrônico: marianakaires@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco na proteção dos direitos sociais no país, em especial no que tange à saúde pública, sendo a primeira a reconhecer o direito à saúde como um direito fundamental. Ademais, além da previsão desse direito no artigo 6º da CRFB/88, foi alargado o seu conteúdo no artigo 196 a 200, onde à saúde passa a ser reconhecido como direito de todos e dever do Estado.

Entretanto, apesar de inserida no texto Constitucional como um direito fundamental, a saúde pública ainda sofre com graves problemas de efetividade, tornando-se cada vez mais frequente a busca do Poder Judiciário como meio de garantir a sua implementação. Essa situação, denominada de “judicialização da saúde”, caracteriza-se, em suma, por inúmeras demandas que objetivam assegurar, perante o poder judiciário, o acesso aos mais diversos tipos de tratamentos e medicamentos através de ações judiciais.

Com enfoque na atuação do judiciário nas questões envolvendo direitos sociais, o trabalho se desenvolveu através do estudo do direito à saúde como um direito fundamental, bem como sua relação com o mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social, com o fim de compreender se a judicialização seria um meio eficaz para garantir o mínimo existencial nas demandas de saúde e impedir o retrocesso.

A importância do debate e estudo acerca do tema é indiscutível, principalmente no panorama atual da nossa jurisdição, onde a falta de planejamento do setor público acarreta em difíceis consequências para sociedade. Dessa forma, a escolha do tema justifica-se pela grande relevância do estudo da judicialização da saúde na sociedade brasileira, demonstrando a sua essencialidade e relação com o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, como também os fatores que limitam a concretização de tal direito.

Para construção metodológica deste trabalho foi utilizada uma abordagem de pesquisa qualitativa, tendo como seu objetivo compreender os fatos através da coleta de dados narrativos, examinando aspectos subjetivos e particularidades que envolvam o tema.

A pesquisa qualitativa apresenta um caráter exploratório permitindo assim a formulação de hipóteses sobre o tema, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica relacionada à judicialização da saúde.

Desse modo, a fundamentação teórica foi realizada por meio da análise e citação de diversos autores e juristas especialistas no assunto abordado, como Sarlet (2006), Bonavides (2017), Barcellos (2011), Scaff (2018), dentre outros.

No que tange a natureza das fontes aplicadas para a pesquisa, foi utilizado o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica e análise de materiais já elaborados compostos principalmente de livros, artigos científicos online, periódicos, e análise jurisprudencial relacionada ao tema.

Dessa maneira, todo transcorrer do trabalho foi organizado de forma a contribuir com as pesquisas já realizadas sobre tema, trazendo novas perspectivas acerca do conteúdo. Objetivando assim uma maior contribuição no âmbito acadêmico, como também para a população em geral.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: ESTADO LIBERAL E A TRANSIÇÃO PARA O ESTADO SOCIAL

A Constituição da República de 1988 outorgou de forma bastante incisiva os direitos sociais, ato esse que não ocorria de forma tão taxativa nas constituições anteriores que eram deficitárias no privilégio a estes importantes direitos para a população em geral.

Até se chegar ao modelo de constituição que privilegia os direitos sociais não só no Brasil, como também ao redor do mundo, passamos por diversas transformações ao longo do tempo, partindo de um constitucionalismo antigo, passando pelo constitucionalismo liberal e transformando-se em um constitucionalismo social.

O Constitucionalismo do Estado Liberal teve seu início no final do século XVIII com as revoluções liberais (francesa e americana), segundo os doutrinadores Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), embora as vertentes do constitucionalismo tenham suas origens mais remotas podendo ser encontradas já no período medieval, as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) demarcaram o momento inicial do constitucionalismo moderno, estando estes movimentos ligados à limitação normativa do poder político, como também, a garantia de direitos individuais e indisponíveis, livres de intervenção estatal.

Outrossim, foi com o início dessas revoluções que ocorreu o advento das primeiras constituições escritas. O objetivo dessas revoluções era a liberdade dos cidadãos em relação ao autoritarismo do Estado, rompendo com os valores e modo de viver das sociedades anteriores. Alicerçado nesse momento de transformação trazido pelas revoluções, principalmente a francesa, constatou-se a necessidade de delimitar quais eram os direitos de cada indivíduo, evitando o poder absoluto e arbitrário do Estado contra o cidadão, garantindo por meio de leis as liberdades individuais.

De acordo com Bonavides (2017), o constitucionalismo liberal foi o primeiro modelo de Estado que se preocupou com as liberdades individuais, privilegiando os valores referentes ao individualismo. Nesse momento tinha-se a finalidade e preocupação de que o poder estatal não limitasse as liberdades, dessa forma o que deveria ser restringido era a atuação do Estado.

De forma bastante evidente o constitucionalismo liberal privilegiava os seguintes valores: valorização da propriedade privada, individualismo, proteção do indivíduo e absentismo estatal. Aqui nascia a concepção do Estado Mínimo existindo uma atuação negativa do Estado consubstanciada no não fazer, limitando assim, o poder que antes era ilimitado. Com efeito, nascendo os chamados direitos de primeira dimensão que se referem aos direitos políticos e civis.

Conforme posicionamento de Bonavides (2017, p. 578):

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência e oposição perante o Estado.

Nesse contexto, como bem explana a melhor doutrina, esses direitos negativos libertários agora positivados romperam com a ordem anterior, garantindo os direitos civis e políticos. Os indivíduos passaram a ser plenamente livres para o exercício desses direitos fundamentais que nesse momento era respeitado pelas constituições do período. No Brasil, essa visão foi de grande influência nas constituições de 1824 e 1891.

Ocorre que o Estado Liberal que apresentava maior valorização do indivíduo e afastamento do Estado começou a apresentar suas imperfeições, não sendo capaz de garantir de forma efetiva a liberdade e igualdade tanto valorizada. Conforme esclarece Silva (2014), a classe burguesa, embora tenha tentado, não conseguiu generalizar a todas as classes sociais os princípios filosóficos de sua revolução, observou-se uma maior concentração de renda e exclusão social, surgindo relações de exploração dos economicamente fracos pelos detentores de riqueza, tornando-se uma ideologia de classe.

Desencadeado por esses fatores de crise, mostrou-se a necessidade de intervenção do Estado para evitar abusos e limitar poderes, contrariando o que ocorria em pleno vigor do liberalismo. Por esta razão o Estado liberal não podia mais se manter, sendo necessária mais uma vez mudanças de visão e posicionamento que assegurasse a universalização da garantia de direitos para todos, atendendo de forma indiscriminada e democrática a todas as classes, também como coletividade e não apenas de modo individual (AITH, 2019).

Como consequência dos acontecimentos ocorridos no Estado Liberal, tornou-se insuficiente apenas o respeito às liberdades individuais, nascendo assim, a necessidade do Estado atuar buscando assegurar os chamados direitos sociais. Nesse momento o Estado muda seu posicionamento abstencionista para um Estado prestacional.

Após as duas grandes guerras mundiais que trouxeram resultados devastadores com grande parte das sociedades em ruínas e sem condições básicas de sobrevivência, consagrou-se o Estado Social, em meados do século XX, baseado nos elementos de justiça e igualdade onde as constituições nesse período tinham a necessidade de assegurar os chamados direitos sociais.

Leciona o constitucionalista Cunha Junior (2012, p. 38):

Passaram, pois, as Constituições a configurar um novo modelo de Estado, então liberal e passivo, agora social e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas a sociedade. A história, portanto, testemunha a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática, ou Constitutiva.

Esse novo modelo de Constituição traz em seu texto o ideário social, buscando um estado de Bem Estar Social. Ademais, foram constituições pioneiras no respeito aos valores sociais, a constituição do México de 1917, seguida pela constituição de Weimar na Alemanha em 1919. No Brasil, a constituição de 1934 foi a primeira a prever a atuação do Estado de forma intervencionista do tipo social que objetiva o bem estar social (BONAVIDES, 2017).

Nesse contexto, houve a ampliação dos direitos de primeira dimensão, as chamadas liberdades negativas, sendo eles os direitos civis e políticos para os direitos fundamentais de segunda dimensão que privilegiam os direitos sociais, econômicos e culturais, correspondendo aos direitos de igualdade.

De acordo com os ensinamentos de Cunha Júnior (2012), esses direitos sociais são denominados de direitos de igualdade por terem o propósito de reduzir de forma material e concreta as desigualdades sociais existentes na nossa sociedade exigindo, assim, atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações.

Diante desse cenário, o Estado não poderia ficar mais inerte e, conseqüentemente faz-se necessário a intervenção do Estado na concretização desses direitos sociais, sendo pretensões do indivíduo ante o Estado. Nesse momento os direitos sociais podem ser caracterizados como direitos de crédito, onde a população é “credora” de direitos positivos

denominados de direitos sociais e o Estado nessa relação assume a posição de “devedor”, devendo concretizar os direitos agora fundamentais para a sobrevivência digna do homem.

O Estado passou a ser o garantidor de padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social para os cidadãos, representando um avanço em questões sociais, proporcionando o nascimento de um Estado garantidor.

O Brasil não ignorou a evolução constitucional e a partir da constituição de 1934 houve a atuação do Estado intervencionista, perdurando esse privilégio aos direitos sociais nas constituições seguintes, principalmente na nossa atual constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã.

A Constituição Brasileira de 1988 é considerada um marco na proteção dos direitos sociais no país, positivando diversas normas voltadas para o bem estar social da população, objetivando sanar abusos sociais sofridos pela sociedade ao longo do tempo. Busca-se na atual conjuntura a efetiva ampliação e proteção dos direitos fundamentais sociais iniciados na constituição de 1934 e que agora na constituição vigente do Brasil ganharam grande relevo e conteúdo objetivando uma maior justiça social.

Contudo, em meio à natureza desses direitos de características prestacionais e programáticas que nem sempre podem ser exigidos e garantidos de pronto, instalou-se uma insegurança na sua concretização de forma efetiva, já que vários fatores externos são levados em consideração quando da materialização desses direitos, pois carregam algumas limitações de meio e recursos.

Concretizar o texto constitucional e introduzi-lo na realidade nacional, mostrou-se ser um dos principais desafios a ser enfrentados pela Constituição Brasileira de 1988. Na compreensão de Bonavides (2017), as exigências sociais tornaram-se latentes, e os textos constitucionais apresentaram promessas que quase nunca se concretizam efetivamente.

Por esse motivo a população viu-se impelida onde não restou outra alternativa a não ser bater as portas do judiciário para tentar resguardar e concretizar um direito seu legítimo e conquistado em meio a vários fatores históricos, para não se tornar somente um direito morto e sem efetividade real. Um exemplo desses direitos que sofrem entraves e limitações para a sua concretização de modo efetivo é o direito à saúde, inserido no texto constitucional como um direito fundamental social.

3 UMA NOÇÃO ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO NO BRASIL

Os direitos que constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil visam, precipuamente, à garantia do mínimo existencial. Derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, tal postulado atrela ao Estado à noção de que este deve zelar para promoção de condições básicas de sobrevivência dos indivíduos.

No Brasil, as primeiras noções sobre o tema foram desenvolvidas pelo jurista Torres (1989), em sua obra intitulada “o mínimo existencial e os direitos fundamentais”. Torres (1989, p. 01) destaca que “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”, demonstrando a dimensão desse direito como inalienável e essencial a todos.

Desde então, diversos outros autores se debruçaram sobre o tema, a exemplo de Barcellos (2011, p. 247), que ao conceituar mínimo existencial defende que:

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Para a autora, o mínimo existencial trata-se do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, consubstanciado não apenas no mínimo fisiológico, mas também fundamentado na liberdade democrática, destacando sua dimensão sociopolítica, fisiológica e psicológica. Corroborando esse entendimento, Sarlet; Figueiredo (2008, p. 07), destacam:

A noção de mínimo existencial, “não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência”, uma vez que este último está relacionado com a garantia da vida humana, “sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade” (Grifo do autor).

Nesse sentido, a noção de mínimo existencial abrange a ideia de que ao Estado existe uma obrigação de assegurar direitos mínimos como saúde, educação, lazer, moradia e seguridade social em favor dos mais necessitados, para que assim possam ter condições básicas de uma vida digna.

Ao Estado cabe atuar tanto de forma positiva como negativa. O direito ao mínimo existencial é protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo,

deve ser garantido positivamente por meio de prestações estatais. Seu status positivo seria, portanto, plenamente exigível, constituindo um direito subjetivo provido de imperatividade integral. A violação do mínimo existencial, ou seja, a não garantia desses elementos essenciais, resulta em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por certo, sabe-se que a implementação de direitos fundamentais prestacionais dependem de um amparo específico garantido através de políticas públicas. Por meio da análise do texto constitucional, depreende-se que a eficácia desses programas acontece de forma progressiva, Barcellos (2011) explica que embora a Constituição determine um efeito ideal de saúde, o próprio constituinte reconheceu a necessidade de se estabelecerem marcos de prioridade na matéria.

Desse modo, os efeitos relacionados a enunciados sobre saúde devem começar desse marco, ampliando-se gradativamente até se chegar ao campo mais abrangente das políticas públicas de prestação de saúde. De acordo com a supracitada autora, são quatro os elementos que se verificam como pontos prioritários estabelecidos pelo constituinte: (i) a prestação de serviço de saneamento (artigo 23, IX, 198, II e 200 IV); (ii) o atendimento materno-infantil (artigo 227, I); (iii) as ações de medicina preventiva (artigo 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (artigo 200, II) (BRASIL, 1988).

O efeito de tais medidas prioritárias é preservar condições básicas de saúde, onde todas as pessoas possam ter acesso a um acompanhamento médico preventivo, a fim de evitar maiores custos no futuro com ações de saúde que visem reparar danos. Entretanto, o que ocorre é que nem sempre todos tem acesso a essas prestações essenciais de saúde, ou mesmo que tenham, não são em índices suficientes para que se atingissem condições mínimas compatíveis com a dignidade humana.

Esse núcleo de direitos é tão fundamental a dignidade da pessoa humana que devem se impor como regra, de modo a estabelecer os alvos prioritários do orçamento público. A não realização dos direitos compreendidos nesse mínimo enseja o poder do cidadão de exigir judicialmente a sua prestação equivalente.

O que se destaca é que a sindicabilidade desses direitos, acerca dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, possuem relevância não apenas no campo individual, mas além, sendo possível também se cogitar em controles coletivos. Cabe ressaltar que o que se espera de um Estado Social de Direito é muito mais do que apenas um mínimo existencial, pois os direitos fundamentais não se reduzem a apenas isso, mas que a ordem Constitucional busque sempre por uma justa e verdadeira justiça social.

4 OS LIMITES À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ORÇAMENTO PÚBLICO E A RESERVA DO POSSÍVEL

O atendimento das necessidades humanas básicas, tais como a prestação dos serviços de saúde, acesso a uma educação formal, condições habitacionais e saneamento básico, devem ser atendidas pelo Estado, principalmente nos países periféricos, como é o caso do Brasil onde existe uma ampla desigualdade social. O Estado como gerenciador dos recursos que recebe, os administra de forma a tentar atender os anseios fundamentais da sociedade, aplicando os direitos fundamentais sociais mediante prestações positivas de natureza material.

Contudo, em várias situações o Estado alega que os recursos arrecadados são escassos, limitando as escolhas e atuação do Estado a determinados setores, de modo que alguns direitos serão atendidos em desfavor de outros. Partindo-se desse pressuposto surge, então, a compreensão de um sistema que o autor Scaff (2018) definiu como “vasos comunicantes”, no qual os recursos arrecadados estão à disposição dos governantes para que eles decidam, por meio da lei orçamentária, quais são as principais prioridades no emprego dos gastos públicos.

A partir dessa análise, o que se vê na sociedade brasileira é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está vinculada a um sistema econômico que muitas vezes impossibilita o efetivo exercício das políticas públicas sociais. Limites impostos pela denominada reserva do possível e previsão orçamentária são cada vez mais aplicados frente a concretização das políticas públicas sociais, em especial no campo da saúde pública.

O conceito de reserva do possível passou a demonstrar que a disponibilidade dos recursos financeiros do Estado para efetivação da prestação material dos direitos sociais estaria situada no campo discricionário das decisões políticas, organizadas no orçamento público. Ainda sobre a matéria, Barcellos (2011, p. 277) esclarece:

De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) a reserva do possível significa que, para além das discursões sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

No Brasil, a teoria da reserva do possível surge como uma das principais barreiras para efetivação dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988, somado a isso a falta de planejamento do orçamento público também reflete na carência da prestação desses direitos sociais fundamentais.

Tais argumentos estão associados ao fato de que as necessidades sociais devem estar adequadas com a reserva orçamentária do país e sua disponibilidade financeira, de modo que “a reserva do possível é considerada como uma limitação fática, concreta a realização de algum direito ou de algum desejo” (SACFF, 2018, p. 296). E é sob este aspecto que a matéria assume maior complexidade, quando a disponibilidade financeira torna-se óbice à aplicação da norma constitucional.

A teoria da reserva do possível visa à efetivação dos direitos sociais frente à razoabilidade da universalidade das prestações exigidas, sem desconhecer os fatores financeiros disponíveis. Para que haja a efetividade das políticas públicas no campo da saúde de forma universal e integral, serão necessárias condições financeiras favoráveis para satisfação das prestações materiais desse direito, bem como, um modelo de financiamento composto por uma gestão clara e bem estruturada.

Ademais, é importante destacar que o Estado não pode se exonerar das suas obrigações previstas constitucionalmente, somente alegando a sua reserva do possível, é necessário que se exponha objetivamente por meio de clara comprovação que não existem recursos financeiros para realização de tal direito. “A salvaguarda da vida é prioritária em relação à reserva do possível, ainda que tendo por consequência eventual comprometimento de outras demandas ou eventuais ajustes orçamentários, o que somente poderá ser aferido definitivamente diante do caso concreto” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 19).

Em síntese, não se pode deixar que o argumento da impossibilidade financeira se banalize, vindo a torna-se constante empecilho para concretização de uma mudança na atual realidade brasileira. É necessário que a atuação da administração pública seja transparente quando da tomada de suas decisões.

Cabe destacar que a intervenção judicial na aplicação efetiva de políticas públicas de saúde, tem o poder de introduzir na administração pública o sentimento de encarar tais direitos com a devida seriedade e urgência que merecem, a fim de garanti-los a um maior conjunto de pessoas, de modo que seja alcançado certo grau de justiça social. Desse modo, haverá a aplicação da lei em conformidade com aquilo que está previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988.

5 O PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Com o passar dos anos, os Tribunais Superiores brasileiros tem apresentando uma maior influência decisiva no campo de concretização das políticas públicas. Desde o advento da Constituição Federal de 1988, a procura da sociedade por justiça tem aumentado de maneira significativa.

Isso se da, de acordo com Barroso (2018), em primeiro lugar, pela conscientização e reconhecimento do cidadão em relação aos seus próprios direitos. E em seguida, pelo fato de haver no texto constitucional o advento de novos direitos, que ampliaram a legitimação ativa para tutela de interesses, por meio da representação ou até mesmo da substituição processual. Diante desse cenário, os juízes e tribunais passaram a representar um papel notável na sociedade brasileira.

A grande ascensão do poder judiciário nos últimos anos veio a ser comumente denominada pelo fenômeno de Judicialização, significando que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 03).

Os debates envolvendo a prestação de serviços de saúde, especialmente o fornecimento de medicamentos de alto custo, fizeram e ainda fazem parte de diversas audiências públicas perante o Supremo Tribunal Federal, demonstrando o protagonismo do Poder Judiciário.

Nesse contexto, cabe ressaltar que uma vez acionado, o poder judiciário não tem a escolha de se posicionar ou não sobre a matéria, devendo sempre decidir a questão. Contudo, a maneira como irá exercer essa atribuição é que vai determinar a presença ou não de um ativismo judicial, que difere da judicialização. A noção de ativismo judicial está ligada a uma participação mais abrangente e intensa do Judiciário na realização dos preceitos constitucionais, com maior profundidade e interferência no campo de atuação dos poderes legislativo e executivo (BARROSO, 2018).

Nas palavras do doutrinador, a judicialização é entendida como:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e sociedade civil, impedindo que

determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (...) o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados) (BARROSO, 2018, p. 235).

Insta salientar que a expansão da intervenção judicial, principalmente no campo das políticas públicas, vem sofrendo algumas críticas com o passar dos anos. Alega-se a usurpação das funções legislativa ou executiva, quando o poder judiciário impõe alguma ação para esses poderes, sobrepondo-se aos agentes políticos eleitos pelo povo e encarregados dessa função típica.

Aponta-se, também, que o juiz ao avaliar uma demanda individual (micro-justiça), acaba por ignorar outras questões e necessidades relevantes em matéria de gerenciamento dos recursos limitados existentes para outra grande parcela da população (macro-justiça).

De acordo com Barcellos (2006) em um estudo sobre o controle jurídico no espaço democrático, destaca-se as principais oposições trazidas por aqueles que defendem não ser cabível a atuação do poder judiciário em matéria de políticas públicas. A autora aduz que se alega como, por exemplo, o fato de o judiciário não possuir elementos necessários e suficientes para averiguar a situação como um todo, de maneira mais aprofundada:

Com efeito, o juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear. Ele não tem o tempo necessário para fazer uma investigação completa sobre o assunto, nem os meios para tanto. Nem lhe cabe afinal levar a cabo um planejamento global da atuação dos poderes públicos (BARCELLOS, 2006, p. 23).

Por outro lado, feitas as considerações acima, a supracitada autora destaca que, na verdade, não existe uma macrojustiça sem existir a microjustiça. O atendimento de questões individuais levadas à justiça acaba por concretizar situações imprescindíveis para dignidade humana de toda uma sociedade, de modo que as múltiplas justiças individuais produzirão os elementos necessários da macrojustiça.

Com efeito, Sarlet; Figueiredo (2008, p. 16), também discorrem nessa linha:

Se, por um lado, é inquestionável que o direito à saúde é direito de todos, não se pode, por outro, agasalhar a tese de que se cuida de um direito coletivo e que, por ser direito coletivo, não poderia ser objeto de dedução individualizada em Juízo, especialmente para além das hipóteses previamente previstas na legislação infraconstitucional. Com efeito, tanto é equivocada a tese de que os direitos sociais são em primeira linha direitos coletivos, quanto é de ser afastada a tese de que não cabem demandas individuais. Em primeiro lugar, o fato de todos os direitos fundamentais (e não apenas os sociais) terem uma dimensão transindividual

(coletiva e difusa) em momento algum lhes retira a condição de serem, em primeira linha, direitos fundamentais de cada pessoa, ainda mais quando a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada. Pela mesma razão, não se poderia afastar a possibilidade da tutela individual, o que não significa dizer que existem problemas a serem enfrentados e que em muitos casos (mas não em todos!) a tutela judicial mais adequada e efetiva deva ocorrer de modo coletivo. Os direitos sociais – o que sempre tivemos o cuidado de enfatizar – são sempre também individuais e, portanto, direitos de todos e de cada um, o que assume particular relevância no campo da saúde.

Com relação aos defensores do denominado controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, afirmam que tal ação é fundamental quando ao Estado cabe a função de atingir metas e prioridades estabelecidas no âmbito do orçamento e execução orçamentária, e não se atingem os resultados esperados dessas políticas públicas. Nesta situação, o juiz poderá decidir especificamente o fornecimento do serviço desejado à população.

Nesse contexto, quando há uma falha na prestação do serviço, ou até mesmo quando ele não é oferecido de maneira integral, o controle exercido pelo poder judiciário merece um maior destaque de reflexão. Pois embora anualmente seja investida uma parcela do orçamento para o setor de saúde pública, o fato é que grande parte da população sofre frequentemente com a má prestação desse serviço.

Havendo um direito fundamental violado, a intervenção do Poder Judiciário será indispensável para salvaguarda da afetividade das normas constitucionais. Quando se fala na concretização desses direitos pelos tribunais, logo se conclui que existe uma ineficiência na promoção das garantias sociais, bem como uma ausência de ação por parte dos demais poderes públicos.

E, diante desse cenário, cabe destacar que a atuação do juiz deverá estar sempre pautada na lei, ancorados nos princípios da legalidade e no devido processo legal, devendo fazer prevalecer a Constituição Federal especialmente naquilo que se refere aos direitos fundamentais.

Entretanto, a atuação do poder judiciário não pode adentrar em todas as questões que entender pertinentes a fim de que não se torne uma instancia autoritária. Não cabe ao judiciário criar políticas públicas de forma arbitrária, mas tornar afetivas as políticas públicas já existentes e estabelecidas pelo poder constituinte.

É certo que os fenômenos da judicialização e ativismo judicial, estão cada vez mais frequentes no espaço jurídico brasileiro. Contudo, o judiciário deve sempre agir dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificando no caso concreto se a matéria já

foi tratada pelo legislador, de modo que sua atuação seja moderada, controlada e ocorra de maneira excepcional.

Dessa forma, o Estado-Juiz atua de maneira a corrigir os embaraços criados pela administração pública, concedendo esse direito a quem não teve acesso. A atuação do poder judiciário no exame dessa matéria tem o condão de fomentar o aprimoramento das políticas públicas, em defesa da melhoria desse serviço para toda a coletividade.

6 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE

Em um Estado democrático de direito, deve-se sempre perquirir a estabilidade das relações jurídicas, caracterizada pela confiança que o cidadão deposita nas instâncias superiores e órgãos estatais, os quais possuem o fim de garantir os direitos e interesses de toda sociedade.

Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica determina a proteção dos direitos fundamentais, em oposição a medidas que tenham por finalidade extinguir ou reduzir direitos já adquiridos pelo cidadão, garantindo uma maior confiança entre o sujeito titular de direitos e a ordem constitucional. Assim, a segurança jurídica impõe a proteção contra o retrocesso social (SARLET, 2006).

A característica indissociável do Estado democrático de direito é a sua constante busca pela transformação da realidade social, não só por meio da proteção dos direitos fundamentais, mas também pelo efetivo compromisso na realização e implementação desses direitos. Ou seja, sua atuação está consubstanciada em um “não fazer”, caracterizado pela proteção contra qualquer ato que possa violar os direitos fundamentais, bem como em um “fazer”, compromissado em realizar os direitos fundamentais por meio de prestações positivas do Estado.

Contudo, a atual realidade brasileira revela-se como sendo um período composto por incertezas e inseguranças, onde o progressivo desfinanciamento da saúde pública e de outros direitos é cada vez mais latente. Dessa maneira, a busca pela efetividade dos direitos sociais através da justiça, torna-se uma necessária estrutura para manter esses direitos por parte do Estado.

A atual crise sanitária vivenciada no Brasil e no mundo, provocada pela pandemia do novo Coronavírus (vírus Sars-Cov-2), tem demonstrado de forma clara a precariedade do sistema de saúde pública no Brasil. De acordo com o portal da Fiocruz (2021), a

disponibilidade de leitos de UTI para pessoas acometidas pelo vírus deverá ser aplicada de forma dinâmica, de acordo com o aumento ou diminuição de casos detectados.

Entretanto, especificamente no campo de atuação do Estado do Piauí, por meio de análise da Ação Civil Pública nº 0801023-42.2021.8.18.0031, de 10/03/2021, proposta pelo Ministério Público do Estado do Piauí, através da 1ª Promotoria de Justiça de Parnaíba (PI), ficou demonstrado que:

O número de leitos públicos de UTIs no Piauí foi reduzido no período de agosto de 2020 a março de 2021, passando de 335 (trezentos e trinta e cinco) leitos para 252 (duzentos e cinquenta e dois) leitos, ou seja, uma queda de aproximadamente 25%, mesmo diante da escalonada dos casos de infecção pelo coronavírus (TJ PI. Ação Civil Pública. Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031. p. 09-10. Data da publicação 10/03/2021).

Por meio dessa ação foi requerida, em sede de tutela de urgência, a ampliação dos leitos de UTI covid-19 no Estado do Piauí, a qual foi deferida pela MM juíza, Dr^a Anna Victoria Muylaert Saraiva Salgado, Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de Parnaíba. Em sua decisão ficou destacado que:

Ressalte-se, que o número de leitos de UTI existentes no Estado do Piauí, assim como demais estados da Federação, não tem atendido à demanda da população local, fato constatado no cotidiano da atividade jurisdicional, com o aumento de demandas pleiteando a concessão de medidas liminares para o tratamento dos doentes, com reiterados descumprimentos justamente, pela ausência de estrutura mínima para atendimento. Há de se destacar que não podem os Entes Públicos desvincular-se de suas responsabilidades constitucionais, sob alegação de imprevisibilidade financeira ou mesma fática, pois, conforme já dito, completamos mais de 01 (um) ano de pandemia. Tempo este suficiente para os Gestores (em todos os âmbitos) articularem-se com políticas sanitárias e capazes de manter o sistema único da saúde como ferramenta mestra de combate ao novo Coronavírus. (TJ PI. Ação Civil Pública. Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031. p. 04. Data da publicação 12/03/2021).

Diante de tal pleito, destaca-se principalmente a omissão do poder público em fornecer à população aquilo que se reputa essencial nesse período de grave crise sanitária da saúde pública. O requerente sustenta que a diminuição de leitos, em um momento de ascensão do número de internações por Covid-19, provocaria enorme prejuízo a população. Dessa maneira, o que se buscou por meio dessa Ação Civil Pública, foi o retorno ao patamar anterior do número de leito de UTI que havia sido diminuído pelo poder público Estadual e Municipal.

Ainda sobre o tema da diminuição de leitos de UTI COVID-19, em Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 3.478 – Piauí, a Relatora: Ministra Rosa Weber, destaca:

Em condições tais, de recrudescimento da pandemia no território nacional, não é constitucionalmente aceitável qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, como por exemplo, no ponto que aqui importa, a que resulta em um decréscimo no número de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. [...] uma vez identificada omissão estatal ou gerenciamento errático em situação de emergência, como aparentemente ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcadas constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196) (STF - ACO: 3478 PI 0048888-76.2021.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/03/2021, Data de Publicação: 05/03/2021).

A Ministra esclarece que questões vitais como a saúde pública, não aprovam retrocessos injustificados, ainda mais na atual conjuntura de crise sanitária provocada pelo novo coronavírus – COVID-19. A defesa do direito fundamental à saúde estabelece uma interpretação que dedique máxima eficácia aos ditames constitucionais, sendo proibido qualquer tipo de retrocesso.

Ademais, as políticas públicas de saúde, além de não retrocederem, devem apresentar uma progressividade no tempo. Nesse sentido, Élide Pinto (2017, p. 82) esclarece:

A vinculação orçamentária para a área da saúde, seja na forma de tributos com destinação específica (como o são as contribuições sociais), seja na forma de gasto mínimo gerido por meio de fundo de saúde (artigo 77, §3º do ADCT), atribuiu sentido operacional ao dever até então impreciso de assegurar “progressividade” à política pública de saúde.

Portanto, demonstra-se a grande influência que o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da progressividade exercem sobre direito fundamental à saúde, visando garantir a estabilidade dos serviços implementados, bem como sua constante evolução. Garantindo-se, assim, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, por meio de um ordenamento constitucional compromissado com a efetivação dos direitos fundamentais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho pretendeu-se avaliar de que forma o judiciário atua nas demandas envolvendo a tutela dos direitos fundamentais, em especial do direito fundamental à saúde. A partir do estudo doutrinário evidenciou-se que o fenômeno da “judicialização da saúde” representa uma maior atuação do poder judiciário quando existe omissão dos poderes públicos no cumprimento de suas obrigações constitucionais.

De início, o estudo trouxe uma perspectiva histórica sobre o tema, abordando a evolução do modelo de Estado Liberal ao Estado Social. Desse modo, até se chegar ao modelo de constituição que privilegia os direitos sociais, houve diversas transformações ao

longo do tempo, partindo de um constitucionalismo antigo, passando pelo constitucionalismo liberal e transformando-se em um constitucionalismo social, que ampliou a atuação do Estado na proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, foi possível observar que a Constituição de 1988 representou um marco significativo no que diz respeito ao direito à saúde, trazendo consigo princípios e normas que evidenciam a importância do tema. Contudo, apesar do grande conteúdo de legislação voltada à saúde, o problema da falta de efetividade desse direito persiste no contexto brasileiro, sendo necessário em diversas situações a intervenção do poder judiciário para concretiza-lo.

Isso posto, importante considerar a grande influência que o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da progressividade exercem sobre direito fundamental à saúde, visando garantir a estabilidade dos serviços implementados, bem como sua constante evolução. Garantindo-se, assim, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, por meio de um ordenamento constitucional compromissado com a efetivação dos direitos fundamentais.

Ademais, ficou assente que a implementação do direito fundamental à saúde depende de um amparo específico garantido através de políticas públicas. Por meio da análise do texto constitucional, observa-se que a eficácia desses programas deve acontecer de forma progressiva, de modo que a sua concretização irá implicar em custo financeiro para o Estado.

A partir dessa análise, o que se verificou é que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está vinculada a um sistema econômico que muitas vezes impossibilita o efetivo exercício das políticas públicas sociais. Limites impostos pela denominada reserva do possível e previsão orçamentária são cada vez mais aplicados frente a concretização das políticas públicas, em especial no campo da saúde. Somado a isso, a falta de planejamento do orçamento público também reflete na carência da prestação desse direito.

Ficou demonstrado que o Estado não pode se exonerar das suas obrigações previstas constitucionalmente, somente alegando a sua reserva do possível, sendo necessário que se exponha objetivamente por meio de clara comprovação que não existem recursos financeiros para realização de tal direito.

As políticas públicas na área da saúde têm demonstrado serem insuficientes e pouco eficazes para atender as necessidades de toda população, ensejando, por consequência, uma busca cada vez mais constante da população ao poder judiciário para que possam ver os seus direitos garantidos.

Nesse sentido, havendo um direito fundamental violado, a intervenção do poder judiciário será indispensável para salvaguarda da afetividade das normas constitucionais. Quando se fala na concretização desses direitos pelos tribunais, logo se conclui que existe uma ineficiência na promoção das garantias sociais, bem como uma ausência de ação por parte dos demais poderes públicos.

O direito à saúde é dotado de uma carga de fundamentalidade máxima, razão pela qual deve ser alvo prioritário dos gastos públicos, devendo ser garantidas as condições mínimas de vida, abaixo do qual esse benefício social não pode ficar.

Conclui-se, portanto, sem querer esgotar o tema aqui abordado em virtude da sua abrangência, amplitude e complexidade, que a intervenção judicial na aplicação efetiva de políticas públicas de saúde, tem o poder de introduzir na administração pública o sentimento de encarar tais direitos com a devida seriedade e urgência que merecem, a fim de garanti-los a um maior conjunto de pessoas, de modo que seja alcançado certo grau de justiça social.

Desse modo, quando há uma omissão ou descaso na efetivação do direito fundamental à saúde por parte do poder público, será plenamente viável a atuação do Poder Judiciário para impor o fornecimento do mínimo existencial acima de qualquer outra coisa, em decorrência dos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana e da saúde. Cabendo-lhe, também, questões que vão além do mínimo existencial e que devem ser efetivadas de maneira a evitar o retrocesso.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde**. Brasília, DF: CONASEMS, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. – 3º ed. Revista e atualizada. - Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado. nº 3 (jul.-set./2006), p. 17-54. Disponível em: https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais._O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico. Acesso em: 01 de abril de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 01 de abril de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. - 32º ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Ação Civil Pública, Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031, publicada em 12/03/2021. Disponível em: <https://tjpi.pje.jus.br/1g/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 17 março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478 Piauí. Relator(a) : Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-ordena-restabelecimento-leitos-uti.pdf>. Acesso em: 17 de março 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6º ed. rev., atual. ampl. Bahia: Juspodivm, 2012.

FIOCRUZ. **Medidas de controle e organização dos sistemas e serviços de saúde**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/medidas-de-controle-e-organizacao-dos-sistemas-e-servicos-de-saude>. Acesso em 17 de março de 2021.

PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional**. – 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6º.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 13 de março 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível** - formato PDF. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 6, nº 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 17 de março de 2021.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37º ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, Jul./set. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 01 de março de 2021.

Meio ambiente

Dicotomia entre costume e direito
no âmbito do problema das queimadas



ANA PAULA DE SOUSA COSTA

Licenciada em História pela Universidade Federal do Piauí, Campus Senador Helvídio Nunes de Barros (Picos-PI). Bacharelada em Direito pelo Instituto de Educação Superior Raimundo Sá-IERSA; Especializanda em Língua Brasileira de Sinais pelo Instituto Faveni; Estagiária da 8ª Promotoria de Justiça da cidade de Picos-PI.

E-mail: ana.juris@outlook.com



CÁSSIO LUZ PEREIRA

Advogado e Professor do Instituto de Educação Superior Raimundo Sá. Especialista em Direito Processual Civil; Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário; Extensão em Direito Societário e Mercado de Capitais; Especialista em Direito Eleitoral; Mestrando em Direito Constitucional.

E-mail: cassio_luz@msn.com

MEIO AMBIENTE: Dicotomia entre costume e Direito no âmbito do problema das queimadas

Ana Paula de Sousa Costa*
Cássio Luz Pereira**

RESUMO

Esta pesquisa tem o objetivo de analisar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional, considerando as possibilidades de atuação do Ministério Público na sua salvaguarda e o problema das queimadas. Para a construção dos argumentos que se seguem foram utilizadas fontes bibliográficas e documentais, que forneceram os subsídios teóricos, jurídicos e quantitativos postos. A partir das análises realizadas constatou-se que, apesar da existência de uma vasta legislação de proteção ambiental o desenvolvimento sustentável ainda se mostra como uma realidade distante, haja vista a ausência de políticas públicas ambientais educativas mais incisivas, sobretudo no tocante ao uso e manejo do fogo.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Legislação. Queimadas. Desenvolvimento Sustentável.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dispõe que o usufruto de um meio ambiente ecologicamente equilibrado por todos é um direito a ser tutelado pelo Poder Público e pela sociedade, uma vez que este equilíbrio propicia o desenvolvimento sustentável.

Assim, a partir do discurso ambientalista, fundamentado sobretudo pelos movimentos da década de 1960, a legislação atinente à matéria ambiental ganhou corpo e espaço no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a partir da década de 1980. Junto a este cenário o Ministério Público, órgão que integra o rol de funções essenciais da justiça adquiriu um papel de protagonista na tutela da proteção ambiental, sendo sua atribuição atuar como titular e como fiscal da lei.

Todavia, em que pese a vasta legislação e a rigidez da responsabilidade pelos danos ambientais, o Brasil, apesar da diversidade ecológica que possui diante das suas dimensões territoriais continentais, apresenta diversos problemas ambientais, dentre os quais destacamos,

* Licenciada em História pela Universidade Federal do Piauí, Campus Senador Helvídio Nunes de Barros (Picos-PI). Bacharelada em Direito pelo Instituto de Educação Superior Raimundo Sá-IERSA; Especializanda em Língua Brasileira de Sinais pelo Instituto Faveni; Estagiária da 8ª Promotoria de Justiça da cidade de Picos-PI. E-mail: ana.juris@outlook.com

** Advogado e Professor do Instituto de Educação Superior Raimundo Sá. Especialista em Direito Processual Civil; Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário; Extensão em Direito Societário e Mercado de Capitais; Especialista em Direito Eleitoral; Mestrando em Direito Constitucional. E-mail: cassio_luz@msn.com

a título de exemplificação, o das queimadas, que tem ganhado mais notoriedade nos últimos anos em decorrência dos altos índices.

Considerando isto, o presente trabalho realizará uma abordagem sobre o direito ao usufruto de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando suas definições legais e doutrinárias, o tratamento dado à matéria pela Constituição Federal e pelas demais normativas, o papel do Ministério Público na tutela deste direito trazendo, por fim, uma abordagem sobre o problema das queimadas a partir da exposição de dados fornecidos pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE).

Portanto, a pesquisa proposta objetiva realizar um estudo sobre a proteção jurídica dada às questões ambientais, considerando as possibilidades de atuação do Ministério Público e a problemática atinente às queimadas, tanto a nível nacional quanto estadual, uma vez que, apesar da vasta legislação e da rigidez pela responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente, o Brasil figura como um dos maiores provocadores de queimadas do mundo.

Assim, através de uma pesquisa construída a partir de subsídios de caráter documental, bibliográfico e quantitativo, serão apontados alguns aspectos referentes aos assuntos propostos.

Inicialmente discute-se os conceitos jurídicos e doutrinários de meio ambiente; No tópico seguinte é realizada uma abordagem acerca da proteção dada ao Meio Ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, considerando as possibilidades de atuação do Ministério Público; Por fim, apresenta-se uma discussão acerca das queimadas fundamentada em tabelas fornecidas pelo INPE, as quais contém dados atualizados dos índices de queimadas a nível nacional e estadual.

2 DEFINIÇÕES LEGAIS E DOUTRINÁRIAS DE MEIO AMBIENTE

O conceito de meio ambiente adotado no Direito brasileiro não advém exclusivamente dos entendimentos doutrinários dos estudiosos do tema. Prova disso é o conceito trazido no artigo 3º, inciso I, da Política Nacional do Meio Ambiente, a qual se encontra na Lei 6.938/81. O legislador definiu o meio ambiente neste dispositivo como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” (BRASIL, 1981).

De outra banda, tanto a jurisprudência quanto a doutrina ambientalista têm adotado um conceito amplo de meio ambiente, o qual contempla os meios natural, cultural, artificial e do trabalho (TRENNEPOHL, 2020).

De acordo com Trennepohl (2020) o meio ambiente natural trata diretamente da flora, da fauna, da atmosfera, da água, do solo, do subsolo, dos elementos da biosfera e dos recursos minerais. Complementando esta ideia, Fiorillo (2020, p. 43) pontua que esta definição “concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem.”

O meio ambiente cultural, por sua vez, diz respeito ao patrimônio cultural brasileiro, o qual contempla, “o patrimônio histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 368).

A Constituição Federal dispõe no artigo 216 que se constituem como patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, considerados de forma individual ou em conjunto, e que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, sendo incluídos neste rol as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e, ainda, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

Vislumbra-se, deste modo, que a proteção ao meio ambiente cultural tem o condão de resguardar a produção cultural humana em todas as suas dimensões.

O meio ambiente artificial diz respeito ao direito relacionado ao bem-estar no âmbito das cidades sustentáveis e aos objetivos da política urbana (TRENNEPOLH, 2020).

Fiorillo (2020) adverte que, apesar desta definição estar vinculada ao conceito de cidade, a sua empregabilidade não contrasta com os termos campo ou rural, visto que qualifica todos os espaços que sejam habitáveis. Aplica-se, portanto, uma interpretação uma interpretação extensiva aos termos cidade e políticas urbanas.

Acerca da matéria referente ao meio ambiente artificial, o artigo 182 da Constituição Federal prevê a política de desenvolvimento urbano, a qual deve ser executada pelo Poder Público municipal, obedecendo as diretrizes legais para, deste modo, promover o cumprimento da função social das cidades e zelar pelo bem-estar dos seus habitantes (BRASIL, 1988).

Por fim, o meio ambiente de trabalho contempla a segurança da pessoa humana no seu ambiente de trabalho e envolve saúde, prevenção de acidentes, dignidade da pessoa humana, salubridade e condições de exercício saudável do trabalho (TRENNEPOLH, 2020).

Neste ponto nota-se a existência de uma relação entre a proteção ecológica e à saúde do trabalhador, sendo que, expressamente, a Constituição Federal inseriu no rol de competências

do Sistema Único de Saúde, disposto no artigo 200, inciso VIII, a colaboração na proteção ao meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988). Deste modo,

A atuação preventiva do Estado, por meio de adequada fiscalização da segurança no meio ambiente do trabalho, estabelece também importante medida para evitar o dano ecológico difuso ao meio ambiente natural, dado que normalmente os primeiros indícios de desrespeito à legislação ambiental e riscos ecológicos de dano apareceram no meio ambiente do trabalho. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 372).

Clarificante que o conceito de meio ambiente não é unívoco e contempla, além do meio natural, aqueles cujas definições e características são delineadas pela intervenção humana. Assim, a partir do estudo dos conceitos e características de cada um destes espaços compreende-se os seus papéis e os impactos de cada um deles na vida social.

3 TUTELA JURÍDICA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O meio ambiente se constitui como um bem que pertence à toda a coletividade, de natureza difusa, indivisível e cuja titularidade é exercida por um número indeterminado de agentes, razão pela qual incumbe ao direito ambiental ser um balizador da promoção de uma sociedade participativa e democrática para que haja compatibilidade entre o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável (TRENNEPOHL, 2020).

A noção de consciência ecológica passou a ter mais ênfase sobretudo no discurso da década de 1960, período no qual surgiu o movimento ambientalista, que influenciou na criação de pautas e movimentos internacionais na década de 1970, tendo sido o ano de 1972 marcado pela realização da Conferência de Estocolmo, um paradigma para diversas outras pautas ambientalistas da comunidade internacional.

A pauta ambientalista torna-se ainda mais inflamada na década de 1980, período no qual o discurso da defesa ecológica ganha contornos políticos cada vez mais significativos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021), fato que se refletiu no Brasil principalmente nos anos de 1981, com a implementação da Política Nacional de Meio Ambiente pela Lei 6.938/81, e de 1988, ano da promulgação da Constituição Cidadã após o regime civil-militar entre os anos de 1964 e 1985.

Considerando a influência que estes movimentos e discursos ambientalistas trouxeram para o Brasil serão feitas algumas considerações acerca da tutela do meio ambiente no cerne da

Constituição Federal, da normativa infraconstitucional, considerando-se, ainda, as possibilidades de atuação do Ministério Público enquanto parte e fiscal da lei na salvaguarda do direito ao usufruto de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.1 TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

Em sede constitucional, a matéria atinente à proteção ambiental, de forma geral, encontra-se disposta em capítulo próprio da Carta Política de 1988, mais precisamente no artigo 225, o qual dispõe no seu *caput* que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988), sendo, ainda de acordo com a Carta Maior, a competência de protegê-lo comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Alexandre de Moraes (2020) destaca que as Constituições anteriores à de 1988 nunca se preocuparam com as questões ambientais e que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito contemporâneo segue uma tendência na qual há preocupação com os direitos difusos e coletivos, dentre eles ao do usufruto de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Poder Público e da coletividade resguardá-lo.

Nos termos dos incisos do parágrafo 1º da Constituição Federal, o Poder Público tem a incumbência de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, bem como de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; de exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e, por fim, proteger a fauna e a flora, sendo vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Na órbita do dispositivo constitucional em deslinde, cabe mencionar também o parágrafo 3º, o qual dispõe que todas as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Clarividente na disposição citada que o agente que, com suas ações ou omissões, cause danos que venham a comprometer o equilíbrio ambiental terá de ser responsabilizado em todas as esferas e que a responsabilização por danos ocasionados ao meio ambiente é objetiva.

Em matéria de meio ambiente, a teoria da responsabilidade civil se mostra insuficiente, pois, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2017, p. 686),

O dano ambiental caracteriza-se pela pulverização das vítimas, daí por que ser tratado como direito de tutela a interesses difusos. Os danos são de ordem coletiva e apenas reflexamente se traduzem em dano individual. Da mesma forma, os danos são de difícil reparação. O simples pagamento de uma soma em dinheiro mostra-se insuficiente nesse campo. Cuida-se aí de mais uma subversão à verdade tradicional segundo a qual toda obrigação não cumprida se traduz, em última análise, em um substitutivo em dinheiro.

O dano ambiental, portanto, não cabe na bipartição tradicional do Direito, a qual costuma categorizar os ramos em matéria de direito público ou privado, pois, ainda tomando as palavras de Venosa (2017), a proteção ambiental integra os chamados direitos difusos, os quais não contemplam apenas um titular, mas que se estendem por toda a coletividade e faz com que eles integrem o âmbito dos direitos sociais.

3.2 TUTELA INFRACONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No âmbito infraconstitucional, há uma vasta legislação que trata da matéria atinente à proteção do meio ambiente em diversas searas.

A Lei 6.938/81, por exemplo, traz a Política Nacional do Meio Ambiente, a qual, nos termos do *caput* do seu artigo 2º do dispositivo, tem por objetivo preservar, melhorar, bem como recuperar a qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar ao país condições de desenvolvimento socioeconômico, os interesses do desenvolvimento nacional e à proteção da dignidade da pessoa humana, princípio norteador do Estado Democrático de Direito acondicionado no texto constitucional de 1988.

Trata-se, pois, como anota Marcelo Abelha Rodrigues (2021), do primeiro diploma legal que concebeu o meio ambiente como um direito próprio e lhe atribuiu autonomia, tendo sido a Política nele inserida fortemente influenciada pela Conferência Internacional do Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 1972. Deste modo, prossegue o autor,

É apenas a partir da Lei n. 6.938/81 que podemos falar verdadeiramente em um direito ambiental como ramo autônomo da ciência jurídica brasileira e não como um apêndice do direito administrativo. A proteção do meio ambiente e de seus componentes bióticos e abióticos (recursos ambientais) compreendidos de uma forma unívoca e globalizada deu-se a partir desse diploma. (p. 32)

A política ambiental posta na Lei 6.938/81 trouxe, portanto, novos deveres e obrigações para os entes públicos em sede ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021), inaugurando na realidade jurídica e social uma nova perspectiva de tutela dos elementos ambientais.

No cerne destas inovações destaca-se, no artigo 14, parágrafo 1º, da lei em comento, a legitimidade atribuída ao Ministério Público da União e dos Estados para atuar na aplicação de medidas necessárias à preservação e correção de inconvenientes e danos que degradem a qualidade ambiental através da propositura de ação de responsabilidade civil e criminal.

Anote-se que a inserção desta atribuição para o *Parquet* nesta legislação se deu antes mesmo da Lei de Ação Civil Pública, a qual passou a existir somente quatro anos depois.

A Lei 6.938/81, como anteriormente pontuado, não se constitui como o único dispositivo que traz no seu bojo previsões legais acerca das políticas protecionistas do meio ambiente. Todavia, há que se ressaltar que

As inovações legislativas (por exemplo, os instrumentos da PNMA) trazidas pela Lei 6.938/81, não obstante tenham sido aprimoradas em alguns aspectos por legislações mais recentes, ainda hoje operam como pilares centrais da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como do Direito Ambiental brasileiro de modo geral. Portanto, até hoje, mesmo após quase 40 anos da sua promulgação, a Lei 6.938/81 possui papel normativo fundamental na nossa ordem jurídico-ambiental. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021, p. 948-949)

Trata-se, conforme exposto, de uma legislação paradigma, arquetípica para a normativa que rege o direito ambiental brasileiro e que o consagrou como um ramo autônomo, dotado de diretrizes e mecanismos próprios para a consecução da tutela ambiental.

Ainda em sede infraconstitucional a Lei 7.347/85, a qual disciplina a Ação Civil Pública, também trata da matéria ambiental nas suas disposições.

A Lei de Ação Civil Pública tem o condão de atuar na proteção jurídica dos interesses da coletividade. Possui, como afirma Rodrigues (2021, p. 250), “índole constitucional e representa um dos mais legítimos instrumentos processuais do ordenamento jurídico brasileiro destinados à efetivação da justiça social.”

Nos termos do artigo 5º da Lei 7.347/85 são legitimados para propor a Ação Civil Pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações estejam constituídas há pelo menos um ano e possuam, dentre outras finalidades, a de proteger o meio ambiente.

Cabe destacar que a disposição expressa na lei em comento acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura da Ação Civil Pública encontra-se reforçada na Constituição Federal, a qual confere ao Ministério Público, como evidencia o artigo 129, inciso III, dentre outras atribuições, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Esta legitimação dada ao *Parquet*, todavia, não obsta que terceiros, nas mesmas hipóteses, promovam este tipo de ação, conforme se lê no parágrafo 1º do artigo 129 da Carta Política de 1988 e no artigo 5º da Lei 7.347/85.

Sarlet e Fensterseifer (2021) lembram que, apesar de não ser detentor exclusivo da atribuição de propor Ação Civil Pública, o Ministério Público exerce um papel de protagonismo na tutela judicial e extrajudicial do meio ambiente, pois, nos termos do artigo 5º, §1º, da Lei 7.347/85, mesmo que o Órgão Ministerial não esteja na posição de autor da ação lhe incumbe a obrigação atuar como fiscal da lei. Esta disposição legal, prosseguem os autores,

Reforça, por assim dizer, o protagonismo da instituição no processo coletivo brasileiro, o que é justificado pela natureza plural do processo coletivo (quase sempre revestido de forte litigiosidade de espectro comunitário e social) e da identidade constitucional da instituição como “guardiã” dos interesses de toda a coletividade. (p. 1394)

Rodrigues (2021) descreve a Ação Civil Pública como o instrumento processual que mais oferece vantagens na tutela jurisdicional do meio ambiente, pois, como se verifica no artigo 5º da 7.347/85, no qual consta um rol taxativo, a titularidade ativa da demanda é exclusiva de entes coletivos, não possuindo a mesma legitimidade indivíduos de forma isolada ou em atuação sob a forma de litisconsórcio.

A Lei 9.605/98, por sua vez, traz em suas disposições legais previsões e mecanismos importantes para a tutela ambiental. Apesar de ser chamada de “Lei de Crimes Ambientais”, o seu rol também traz disposições atinentes à tutela administrativa do meio ambiente (ABELHA, 2021).

Em sede administrativa a referida lei dispõe no artigo 70 que “considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.” (BRASIL, 1998)

Este conceito, apesar de genérico, foi posteriormente aperfeiçoado pelo Decreto 6.514/2008, o qual trouxe, de forma detalhada, as características das infrações administrativas ambientais nos âmbitos da fauna, da flora, daquelas relativas à poluição e outras infrações ambientais, contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, contra a administração ambiental e aquelas cometidas exclusivamente em unidades de conservação.

As autoridades competentes para lavrar o auto de infração ambiental e para instaurar o processo administrativo, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 70 da Lei 9.605/98, são os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente, previamente designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos e do Ministério da Marinha.

As infrações administrativas, conforme dispõe o artigo 72 da Lei 9.605/98, podem ser punidas com advertência, multa simples, multas diárias, apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra e com a suspensão parcial ou total de atividades. O inciso XI, o qual previa a aplicação de penas restritivas de direitos, foi vetado.

Ressalte-se ainda que estas penalidades podem ser aplicadas tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas sendo possível, ainda, nos termos do parágrafo 1º do dispositivo em deslinde, a aplicabilidade destas penalidades de forma cumulada.

No tocante à matéria criminal da Lei 9.605/98 dispõe no artigo 6º que a imposição e gradação da penalidade observará a gravidade do fato, considerando os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente, os antecedentes criminais do infrator no tocante ao cumprimento da legislação ambiental e a situação econômica dele, caso a pena aplicada seja a de multa, sendo possibilitada, nos termos do artigo 16, a aplicação da suspensão condicional do processo quando a pena privativa de liberdade não exceder três anos.

De acordo com artigo 26 da lei em comento a ação penal para as infrações nela previstas é pública e incondicionada, a qual cabe, privativamente, ao Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, sendo possível a aplicação do artigo 89 da Lei 9.099/95 mediante o cumprimento dos requisitos previstos no artigo 28.

A Lei 8.625/93, a Lei Orgânica do Ministério Público, por seu turno, reforça no artigo 25, inciso IV, alínea a, que incumbe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para proteger, prevenir e reparar danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

A nível estadual, a Constituição do Estado do Piauí, no seu artigo 143, inciso III, reforça a previsão posta na Constituição Federal de 1988, segundo a qual incumbe ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (PIAÚÍ, 1989), incumbindo-lhe ainda, nos termos do artigo 36, inciso IV, alínea a, da Lei Complementar nº 12, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Piauí, promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública para a proteção do meio ambiente. (PIAÚÍ, 1993)

Cabe mencionar também a Lei Estadual nº 4.854/96, que dispõe sobre a Política Ambiental do Estado do Piauí. A referida lei, conta no artigo 3º com o seguinte rol de objetivos:

Art.3º - A política ambiental do Piauí tem por objetivos possibilitar:

- I - O estímulo cultural à adoção de hábitos, costumes, posturas e práticas sociais e econômicas não prejudiciais ao meio ambiente;
- II - A adequação das atividades sócio-econômicas rurais e urbanas às imposições do equilíbrio ambiental e dos ecossistemas naturais onde se inserem;
- III - A preservação e conservação dos recursos naturais renováveis, seu manejo equilibrado e a utilização econômica racional e criteriosa dos não renováveis;
- IV - O comprometimento técnico e funcional de produtos alimentícios, medicinais, de bens materiais e insumos em geral, bem como espaços edificados com as preocupações ecológico-ambientais de saúde;
- V - A utilização adequada do espaço territorial e dos recursos hídricos destinados para fins urbanos e rurais mediante a uma criteriosa definição de uso e ocupação, normas de projetos, implantação, construção e técnicas ecológicas de manejo, conservação e preservação, bem como tratamento e disposição final de resíduos e efluentes de qualquer natureza;
- VI - A garantia de crescentes níveis de saúde ambiental das coletividades humanas e dos indivíduos, inclusive através do provimento de infra-estrutura sanitária e de condições de salubridade das edificações, vias e logradouros públicos;
- VII - A substituição gradativa, seletiva e priorizada de processos e outros insumos agrícolas e/ou industriais potencialmente perigosos por outros

baseados em tecnologia e modelos de gestão e manejo mais compatíveis com a saúde ambiental.

Nota-se, deste modo, o exercício da competência concorrente pelo estado, a qual foi dada pela Constituição Federal de 1988, no artigo 24, inciso IV, para legislar sobre matérias atinentes à proteção do meio ambiente, tomando-a a partir das particularidades regionais, tendo o ente federativo estadual consignado na lei o compromisso com a promoção da educação ambiental e com a adoção das medidas legais e administrativas, por meio da Secretaria Estadual de Meio Ambiente, necessárias à preservação ambiental.

4 QUEIMADAS: Problema ambiental e prática cultural

Superada a discussão referente ao levantamento de alguns aspectos da fundamentação jurídica que rege as políticas de proteção do meio ambiente a nível nacional e estadual, passa-se a fazer uma reflexão acerca das queimadas, as quais representam um dos problemas mais graves para o meio ambiente, tanto a nível nacional, quanto a nível estadual.

Trata-se de uma prática que, além de comprometer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável, compromete também outros direitos intimamente ligados a ele, como o direito à saúde, por exemplo. Logo, “o uso do fogo e os incêndios florestais em sistemas agrícolas, áreas florestais e ambientes urbanos comprometem o equilíbrio dos ecossistemas, a saúde humana e o planeta.” (HORN, 2017, p. 18)

No tocante à matéria específica das queimadas, o artigo 40 da Lei 12.651/2012, o Código Florestal brasileiro, dispõe que é incumbência do Governo Federal estabelecer uma política nacional de manejo e controle de queimadas, prevenção e combate aos incêndios florestais, para que seja promovida a articulação institucional com o objetivo de substituir o uso do fogo no meio rural, no controle de queimadas, na prevenção e no combate aos incêndios florestais e no manejo do fogo em áreas naturais protegidas.

O Decreto 2.661/98, por seu turno, veda, no artigo 1º, o emprego do fogo em áreas florestais, bem como nas demais formas de vegetação e a queima pura e simples de aparas de madeira e resíduos florestais produzidos por serrarias e madeireiras e de material lenhoso, quando seu aproveitamento for economicamente viável.

Encontra-se em trâmite, ainda, o Projeto de Lei 11.276 de 2018, o qual tem como objetivo instituir a Política Nacional de Controle e Manejo Integrado do Fogo. O projeto traz no seu corpo uma série de disposições que contemplam as formas de uso do fogo, estratégias

para de governança institucional para a consecução desta Política, instrumentos, planos de manejo integrado do fogo, dentre outros elementos.

Nota-se que a legislação ambiental não veda de forma absoluta o uso do fogo para a prática de queimadas, mas tão somente o seu uso indiscriminado, uma vez que esta prática, acarreta prejuízos como a perda da vegetação nativa, a poluição do ar e problemas de saúde, sobretudo respiratórios.

O uso indiscriminado do fogo e a consequente prática de queimadas, além de se constituírem como uma estratégia de limpeza do solo de menor custo, advém de uma questão mais complexa ligada a fatores culturais, o que é um gravame para este problema ambiental. Deste modo,

O desenvolvimento de ações com a população é fundamental para o processo de sensibilização da sociedade que serão os multiplicadores de práticas ecologicamente corretas para respeito às leis ambientais, bem como permitir que a população tenha conhecimento da importância de sua atuação na orientação de outras pessoas e possuir o hábito de denunciar os descumprimentos e desrespeitos das leis ambientais. (HOFF, 2017, p. 58)

A gravidade da crise ambiental provocada pelas queimadas e pela ausência de uma política sólida de gestão do uso do fogo pode ser vista através de dados obtidos no site do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, como pode ser observado nas tabelas postas a seguir.

PERÍODO ANUAL: 2021	
Brasil	171075
Bolívia	33556
Argentina	30660
Paraguai	22935
Venezuela	14481
Colômbia	11979
Peru	10565
Chile	2896
Equador	689
Guyana	544
Uruguai	399
Suriname	189
Guyana Francesa	84

Tabela 1: Índices numéricos de queimadas dos países da América do Sul. Fonte: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais- INPE.

Conforme exposto na primeira tabela obtida no site do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, na qual são demonstrados os números de focos de queimadas dos países da América do Sul no ano de 2021, o Brasil figura na primeira colocação, com 171.075 focos, número cinco

vezes maior do que aquele apresentado pelo segundo colocado, qual seja, a Bolívia, com 333.556 focos.

Estes números revelam, assim, dados preocupantes e que expõem a ausência de políticas de uso e manejo do fogo na realidade concreta. Com isso, biomas inteiros e toda uma diversidade são postas em risco.

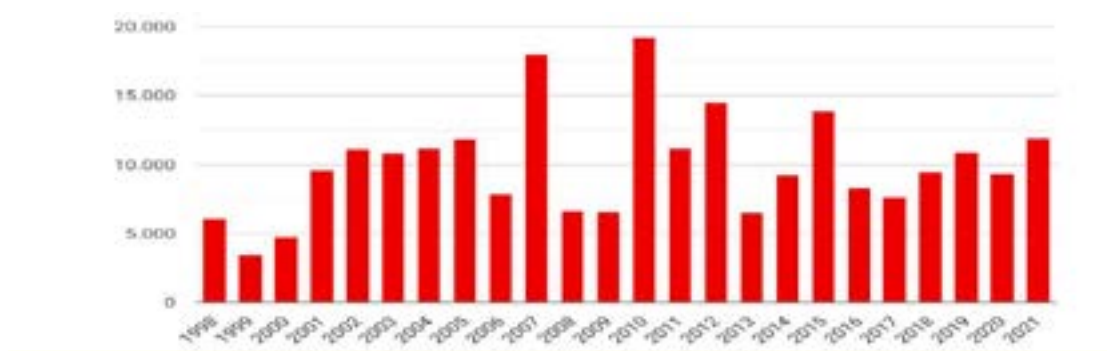


Tabela 2: Índices numéricos de queimadas no Piauí de 1998 a 2021. Fonte: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais- INPE.

A segunda tabela, que considera tão somente o âmbito do estado do Piauí, traz dados, também obtidos no site do INPE, que mostram que de 1998 a 2021 os números de focos de queimadas também alcançaram proporções expressivas. Os dados evidenciam que entre os anos de 1998 e 2000 não houveram diferenças expressivas nos números de focos de queimadas, e que de 2001 a 2005 os índices foram pouco oscilantes, seguindo-se de uma queda no ano de 2006.

Nota-se também que os maiores índices ocorreram nos anos de 2007 e de 2010, ocasiões nas quais se verifica quase 20 mil focos e que o ano de 2021, com índices acima da marca de 10.000, superou o ano de 2020, o qual não chegou a atingir esta marca.

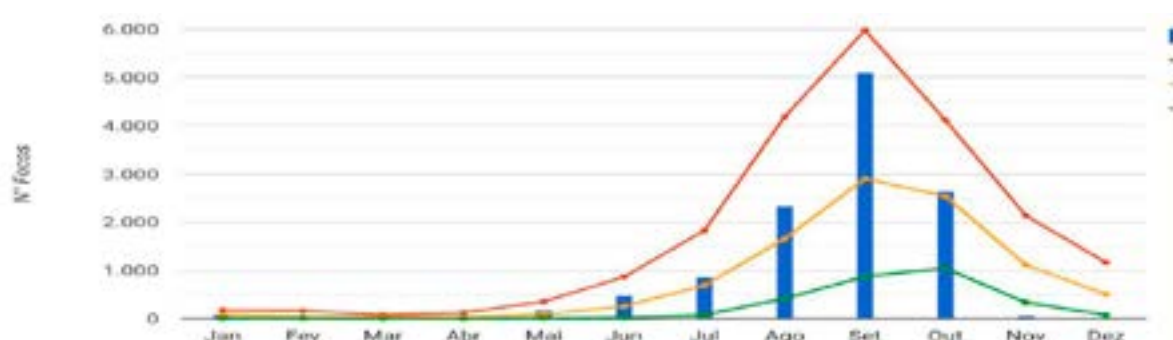


Tabela 3: Índices numéricos de queimadas no estado do Piauí em 2021. Fonte: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais- INPE.

A terceira tabela do INPE, por sua vez, expõe os dados obtidos sobre os índices de queimadas no estado do Piauí somente no ano de 2021. Entre os meses de janeiro e maio, os quais são geralmente marcados pelo período de chuvas, plantação e colheita verifica-se um número ínfimo. De outra banda, no mês de junho há um índice já expressivo, o qual sobe exponencialmente no mês de agosto e atinge seu pico nos meses de setembro e outubro.

As tabelas apresentadas, resultantes dos estudos realizados pelo INPE, expõem que as queimadas, apesar da vasta legislação ambiental, se constituem como um problema que ainda não ganhou um tratamento adequado na prática e que o discurso punitivo da responsabilidade civil, criminal e administrativa ainda necessita de integração com políticas públicas educativas de manejo do fogo, visto que, em muitos casos, como no Piauí, o seu uso é cultural.

Deste modo, dados como os supramencionados nas tabelas expostas, permitem, como afirma Hoff (2017) o monitoramento e mapeamento das queimadas com o intuito de buscar estimar as alterações ambientais delas decorrentes e de fornecer dados que podem ser utilizados no planejamento de ações que tenham o condão de prevenir e diminuir os impactos e danos ambientais por elas ocasionados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente, nas suas diversas instâncias, conforme abordado, passou a ocupar um espaço de protagonismo na legislação brasileira, obtendo espaço, inclusive, em capítulo próprio no âmbito da Constituição Federal de 1988.

A legislação infraconstitucional que condiciona e tutela o direito ao usufruto de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações deixa clarividente também que, em sede legislativa, o Brasil dispõe de um rico acervo, que inclusive é referência no cenário internacional.

No entanto, apesar da diversidade da sua biota, o país possui inúmeros problemas ambientais, os quais decorrem da ausência de políticas públicas sólidas de educação ambiental, sendo os altos índices de queimadas um dos principais problemas que acometem os biomas brasileiros, razão pela qual incumbe ao Ministério Público ser um atuante contínuo na proteção do meio ambiente.

Portanto, a busca pelo equilíbrio ambiental requer a adoção de políticas públicas ambientais, sobretudo educativas, para buscar, como afirma Trennepohl (2020), não um estado

de permanente harmonia, mas uma mudança na qual o uso do meio ambiente se harmonize com as necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm Acesso em: 30 ago. 2021.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **[Constituição (1988)].** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm Acesso em: 01 set. 2021.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acesso em: 01 set. 2021.

_____. **Lei nº 9.605, de 8 de julho de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Decreto nº 2.661, de 22 de julho de 2008.** Regulamenta o parágrafo único do art. 27 da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (código florestal), mediante o estabelecimento de normas de precaução relativas ao emprego do fogo em práticas agropastoris e florestais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2661.htm Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008.** Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Projeto de Lei nº 11.276 de 2018.** Institui a Política Nacional de Manejo Integrado _____ Le do Fogo; e altera as Leis nºs 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, 12.651, de 25 de maio de 2012 altera as Le (Código Florestal), e 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, de 22 de de [2021]. Disponível em: 14 de abril

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190265>
Acesso em: 20 out. 2021.

providência
<http://www.>
2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HORN, Marcelo Geraldo Coutinho. **Responsabilidade Ambiental nas Queimadas Urbanas do Município de Cáceres-MT**. 2017. 68 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós Graduação em Direito Strictu Sensu, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2017. Disponível em: https://queimadas.dgi.inpe.br/~rqueimadas/material3os/2017_Horn_Queimadas_Caceres_DissertacaoMSC_UFPA_DE3os.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PIAUÍ. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Piauí**. Teresina: Assembleia Legislativa do Estado do Piauí, 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2013/11/constituio%20do%20estado%20do%20piaui.pdf> Acesso em 02 abr. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 12 de 18 de dezembro de 1993**. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Piauí. Teresina: Assembleia Legislativa do Estado do Piauí, 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2019/03/lei%20complementar%20estadual%20n%2012-93%20atualizada%20janeiro-2019.pdf> Acesso em 02 out.. 2021.

_____. **Lei nº 4.854, de 10 de julho de 1996**. Dispõe sobre a política de meio ambiente do Estado do Piauí, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.leisdopiaui.com/single-post/2017/02/26/lei-485496-pol%C3%ADtica-ambiental> Acesso em: 12 out. 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Índices numéricos de queimadas dos países da América do Sul. Fonte: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais- INPE. Disponível em: <https://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/situacao-atual/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

Índices numéricos de queimadas no Piauí de 1998 a 2021. Fonte: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais- INPE. Disponível em: https://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/estatisticas_estados/ Acesso em: 1 nov. 2021.

Índices numéricos de queimadas no estado do Piauí em 2021. Fonte: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais- INPE. Disponível em: https://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/estatisticas_estados/ Acesso em: 1 nov. 2021.

TENNEPOHL, Terence. **Manual de Direito Ambiental**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Mutação constitucional

A tese da abstrativização (ou objetivação)
do controle difuso e seus reflexos no controle
de constitucionalidade brasileiro



LUIZ ANDRÉ LIMA DE ARAÚJO

Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelas Faculdades Integradas do Rio Grande do Norte (FANORTES) e em Gestão Pública em Saúde pela Universidade Federal do Piauí (UFPI); Formando em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI).

E-mail: euandrearaujo@gmail.com



THAÍS SILVA ALVES

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI); Professora na Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional do Delta (INTA-FID) e em Direito e Processo do Trabalho pela FACULDADE ESTÁCIO; Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Líder da Linha “Democracia, República, Representação Política e Presidencialismo” no grupo de pesquisas República. Pesquisadora do Instituto de Estudos Políticos e Constitucionais (IEPC). Realiza pesquisas nas áreas: democracia, direito eleitoral e constitucionalismo popular.

E-mail: profthaissilvaalves@gmail.com



TAMIRES EIDELWEIN

Professora na Universidade Estadual do Piauí – UESPI/Picos. Mestra pelo Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal do Piauí/PPGAnt-UFPI, foi bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Uninovafapi. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela ESA/PI. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Taquari/RS (UNIVATES). Advogada. Presidente da Comissão de Saúde e Assistência Social OAB/PI Subseção Picos.

E-mail: tamidarosa@gmail.com

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: a tese da abstrativização (ou objetivação) do controle difuso e seus reflexos no controle de constitucionalidade brasileiro

Luiz André Lima de Araújo^{*}

Thaís Silva Alves^{**}

Tamires Eidelwein^{***}

RESUMO

A tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade trata de um fenômeno resultante de uma decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de controle de constitucionalidade concentrado, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que produz efeitos *erga omnes* e vinculante, mesclando, assim, características de controle concreto em decisões proferidas sob controle concentrado de constitucionalidade. O presente estudo tem como problemática a discussão sobre os impactos que surgem a partir do reconhecimento e adoção da chamada tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade que teria acontecido a partir da decisão pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse sentido, destaca-se, especificamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 3406/RJ e 3470/RJ, que declara a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal 9.095/1995 de forma incidental e conseqüentemente debate o fenômeno de modulação dos efeitos da decisão e mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. O estudo utilizou o método dedutivo, partindo da análise geral para a particular, analisando dados obtidos por meio da pesquisa qualitativa e por meio da técnica de pesquisa bibliográfica. Para tanto, utilizou-se livros jurídicos e artigos científicos, assim como documentos. Por fim, debate-se os impactos oriundos da tese levantada ao tempo em que finda ao entendimento de que não é adequado pressupor a ocorrência da tese de abstrativização do controle difuso.

Palavras-chave: Abstrativização. Mutação Constitucional. Controle de Constitucionalidade.

^{*} Luiz André Lima de Araújo: Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelas Faculdades Integradas do Rio Grande do Norte (FANORTES) e em Gestão Pública em Saúde pela Universidade Federal do Piauí; Acadêmico do X período de Direito na Universidade Estadual do Piauí (UESPI). E-mail: euandrearaujo@gmail.com

^{**} Thaís Silva Alves: Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI); Professora na Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional do Delta (INTA-FID) e em Direito e Processo do Trabalho pela FACULDADE ESTÁCIO; Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Líder da Linha “Democracia, República, Representação Política e Presidencialismo” no grupo de pesquisas República. Pesquisadora do Instituto de Estudos Políticos e Constitucionais (IEPC). Realiza pesquisas nas áreas: democracia e constitucionalismo popular. E-mail: profthaissilvaalves@gmail.com

^{***} Tamires Eidelwein: Professora na Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Mestranda no Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal do Piauí/PPGAnt-UFPI, e bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Uninovafapi. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela ESA/PI. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Taquari/RS (UNIVATES). Advogada. Presidente da Comissão de Direitos Humanos OAB/PI Subseção Picos. E-mail: tamidarosa@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A mutação constitucional é conhecida como um fenômeno capaz de modificar uma norma ou dispositivo específico em uma Constituição sem que se modifique o seu texto. Compreende-se, assim, que há de fato uma reinterpretação para atender a um novo contexto social demandado pela necessidade da sociedade. A tese da abstrativização do controle difuso surgiu como um tipo de modulação de efeitos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, que produz efeitos *erga omnes* e vinculantes. A tese poderia, então, ser reconhecida como um mecanismo precedente para expandir os efeitos do controle difuso de constitucionalidade.

A tese da abstrativização do controle difuso não é um fenômeno recente. Um dos maiores constitucionalistas, o ministro do Supremo Tribunal Federal e defensor/idealizador da tese no Brasil, Gilmar Mendes, reconhece a tese como um sistema necessário para se fazer o direito em demandas que refletem os novos anseios e adaptações sociais. Nesse ponto, salienta-se que reconhecer a tese seria também trazer consigo novos impactos bem como novas discussões nos que diz respeito a essa temática.

Para além de compreender o conceito e seus mecanismos relacionados à mutabilidade constitucional como resposta à uma demanda que reflete novas necessidades sociais, observa-se no Judiciário o desenvolvimento de uma imprevisibilidade relativa envolvendo as decisões proferidas pelos magistrados. Essas decisões podem ser motivadas à luz das leis constitucionais, podendo seguir um padrão fundamentado no ativismo judicial ou, ainda, inovando-se como uma demanda que não obedece aos preceitos anteriores, mas que, ainda assim, se materializa em uma releitura aplicada ao caso concreto.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ surgiram como ações propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria – CNTI, com o objetivo de aluir a lei estadual do Rio de Janeiro, Lei nº 3.579/2001, sob o argumento de que esta ofendia o princípio da livre iniciativa bem como era eivada de vício por tratar de matéria privativa da União. Cabe, ainda, ressaltar que a referida lei baniu a utilização e orientava a substituição progressiva do asbesto, derivação do amianto, tendo em vista que esta fibra foi considerada cientificamente cancerígena e nociva ao homem.

Em campo de decisão, os pedidos formulados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram julgados improcedentes pela maioria dos votos da Corte Suprema, Supremo Tribunal Federal, ao tempo que incidentalmente foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995, que anuía a

extração/industrialização/comercialização/distribuição do amianto do tipo crisotila nacionalmente.

A decisão proferida a partir das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ trouxe consigo características que poderiam ser associadas ao mesmo mecanismo da tese supracitada, inclusive, quanto a específica a mutação de um dispositivo específico do texto constitucional vigente, qual seja o artigo 52, X, da Constituição Federal. Faz-se, nesse contexto, o campo ideal que motiva os objetivos do presente estudo. Como objetivo geral buscou-se compreender a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e os efeitos que sua adoção causa. Como objetivos específicos o estudo se propôs a (a) definir o instituto do controle de constitucionalidade a partir de seu conceito, evolução histórica, fundamentos jurídicos, classificação e efeitos; logo (b) analisou-se a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, considerando o princípio da segurança jurídica e, por fim, (c) discutiu-se os impactos dessa mutação, denominada “tese da abstrativização (ou objetivação) do controle difuso” no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ.

Na construção do presente estudo utilizou-se o método dedutivo, partindo da análise geral para a particular, analisando dados obtidos por meio da pesquisa qualitativa e por meio da técnica de pesquisa bibliográfica.

Como pressuposto teórico, foi considerado o mecanismo do controle de constitucionalidade em meio ao fenômeno da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, associada à denominada “tese da abstrativização (ou objetivação) do controle difuso” no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ.

Em termos de estrutura, escolheu-se pontos-chaves a serem abordados para se entender todo o tema, permeando desde os conceitos gerais até o ponto específico digno de todo o debate científico. A sessão 1 é meramente introdutória, na sessão 2 abordou-se a Constituição bem como o controle de constitucionalidade em seus conceitos, fundamentos e aspectos sistemáticos. Na sessão 3, adentrou-se à mutação constitucional do dispositivo 52, X, da Constituição Federal e, por fim, na sessão 4, têm-se uma calorosa discussão sobre os impactos da mutação constitucional denominada “tese da abstrativização (ou objetivação) do controle difuso” no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ, trazendo desfecho atípico.

2 CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de um Estado é o documento legítimo que sistematiza e regula a maneira como funciona o próprio Estado bem como determina os direitos e as diretrizes para que os direitos fundamentais sejam respeitados ao passo que trazem proteção aos jurisdicionados. Tendo em vista sua importância, o controle de constitucionalidade deve coexistir com a própria Carta como um mecanismo de manutenção e de proteção geral.

2.1 Aspectos gerais e conceituais

A Constituição é um conjunto de normas organizadas e que estabelecem o poder de um Estado e disciplinam o direito sobre aqueles que a ela se relacionam. Pode-se refletir e até mesmo preliminarmente se concluir que a Constituição é requisito para existência do Estado democrático minimamente organizado tendo em vista que qualquer coletividade deve se instituir por meio de um eixo estrutural e, que essa estrutura, simples ou complexa, é envolvida e assegurada pela Constituição.

Para que uma Constituição adquira o status de validade e de força normativa faz-se necessária sua adoção pela sociedade, de forma tal, que esta adesão origine uma espécie de “sentimento constitucional” ou ainda “vontade da Constituição”, consoante Lassale (2012). Para manter a vontade constitucional é necessário controle. O complexo sistema jurídico brasileiro, com normas de vários níveis, forma uma pirâmide que encontra em seu topo a Constituição Federal brasileira. Portanto, para que essa engrenagem funcione e atenda os anseios da sociedade, é preciso controlar seu conteúdo para que não haja abusos por parte dos responsáveis pela elaboração e aplicação das leis.

De acordo com Barroso (2011), com objetivo de propiciar um mecanismo dinâmico capaz de garantir a ordem jurídica em harmonia, o controle de constitucionalidade pode ser conceituado com uma espécie de meio verificador dos choques normativos entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e a própria Constituição, tendo em vista a sua hierarquia superior e seu autopoder conferidos para ser parâmetro na materialização de todo o processo.

As Constituições possuem estruturas mutáveis, embora rígidas, e eventuais alterações se mostram necessárias pelo cenário constante das atualizações, modificações globais e de adaptações locais quanto à sociedade a qual rege cada uma dessas constituições. Ao passo deste contexto, a Constituição Federal brasileira não é diferente, visto que se desdobra para atender e aplicar o direito assim como a sociedade é no dado momento. O seu processo de reforma

adaptativa funcional obedece às transformações político-sociais bem como evita qualquer estagnação abusiva normativa prolatada por juízes e tribunais.

Barroso (2019), por sua vez, ressalta que o controle de constitucionalidade zela pela proeminência da Constituição, assegurando especialmente a proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo e à sociedade. Ainda sobre estes fundamentos, inclui-se a proteção daqueles que se encontram em situação de desvantagem à maioria parlamentar eventual. Ressalta-se o seu desígnio como sendo a subjetividade emanada pela sociedade nos valores que transcendem aos critérios puramente políticos.

A referida proteção se faz possível pela existência e competência do guardião constitucional que além de legitimar-se, assume papel essencial na organização institucional do Estado e a prerrogativa decisional que resolve e dispõe sobre normas da Lei Fundamental. É a subjetiva interpretação extraível do caput do artigo 102 da Constituição Federal, ou seja, “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]” (BRASIL, 2021).

Júnior (2017) reforça o entendimento ao sustentar que a supremacia da Constituição Federal é condição essencial para sustentar o próprio Estado Democrático de Direito à qual pertence e, tal princípio, ainda é capaz de conferir a indiscutível legitimidade e validade de todas as normas que sustentam e garantem a superioridade, a força e a efetivação normativa positiva da Carta Magna.

2.2 Síntese histórica do controle de constitucionalidade

É importante estabelecer um início temporal para a organização história das constituições. Partindo de 1824, com princípios predominantemente franceses, a Constituição Imperial deve ser lembrada por ainda não dotar de controle de constitucionalidade. Já na Magna de 1891, se observa mecanismo difusos de controle de constitucionalidade e consagração do que hoje se entende por sistema incidental em que os juízes já apreciavam a validade legal de documentos que tinham compatibilidade suspeita com as leis vigentes ou a com a Carta Magna.

Segundo o constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes (1995), a Constituição de 1934 tem como marco a disposição da ação direta interventiva para tratar de conflitos da federação com participação híbrida entre Senado e Suprema Corte. Já o texto de 1937 materializou o golpe de Estado com evidência de retrocesso no sistema de controle sob o poder legislativo e executivo. Em 1946, surge com ares de restauração da via de controle difuso, além de criar a ação direta de inconstitucionalidade em sede abstrata a nível estadual e federal. Já se percebia

uma atividade da Procuradoria Pública, que ganhou força na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969 que teve o poder de provocar a pronúncia do Supremo Tribunal Federal.

Baseado nos estudos de Barroso (2006), destaca-se o caso *Marbury versus Madison*, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1803, que empreende e insere o que é hoje conhecido como controle difuso de constitucionalidade ao prestigiar e relevar a prevalência da constituição de encontro aos vícios existentes em decisões jurisprudenciais e impondo a nulidade do que desses vícios se originem.

Conforme se infere da análise feita por Silva (2009), o atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro parte de um modelo que possui, no mínimo, dupla essência intelectual quanto ao raciocínio e aplicação ativa de grandes nomes. A primeira, que teve origem na influência de John Marshal no controle de constitucionalidade norte-americano e a outra, originada a partir criações de anteprojetos de Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1920.

É possível inferir que os modelos precursores dos mecanismos que sustentam o controle abstrato de constitucionalidade surgiram posteriormente sob a Constituição de 1934, a qual já trazia consigo o sopro sobre o próprio controle de constitucionalidade e ainda, mais além, sobre definições em controle de inconstitucionalidade e as consequências jurídicas para o país desencadeadas, ou não, dos atos de edição oriundos do Senado Federal que na Carta Magna de 1988 é, por equivalência, o artigo 52, X.

2.3 Fundamentos jurídicos, classificação e efeitos

De acordo com Tomassini e Silva (2018), a essência argumentativa capaz de explicar a necessidade de mecanismos que viabilizam o controle de constitucionalidade é o reconhecimento da própria Constituição como uma norma de ordem pública, ao passo que sem esse controle, os direitos constitucionais seriam disponíveis e restaria fantasiosa a supremacia constitucional, uma vez que se perderia a nota de hierarquia imperativa do ordenamento jurídico.

Quanto à forma, o controle judiciário pode ser efetuado de maneira concentrada (abstrata) ou difusa. Nesse sentido, ambas são adotadas no ordenamento nacional. O controle concentrado é realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de forma abstrata, nas hipóteses em que lei ou ato normativo violar a Constituição Federal. Em regra, produz efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes. Já o controle difuso pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal, em um caso concreto. Em regra, ele produz efeitos *ex tunc*, *inter partes* e não vinculantes.

Quando a demanda chega incidentalmente ao Supremo Tribunal Federal (STF) pela chamada via de exceção, evidencia-se a possibilidade, por meio da instrumentalidade das formas, que não há exigência específica quanto ao veículo do processo, cabendo, portanto, naquelas permitidas no ordenamento. Por fim, os efeitos são *inter partes* em com efeito *ex tunc*, no entanto, tais feitos podem ser modulados e para que seja vinculante e de eficácia *erga omnes*, a Corte deve comunicar e enviar ao Senado Federal para que este resolva suspender a eficácia normativa.

Conforme Barroso (2012), via de regra, dentre os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade cita-se a retroatividade, sendo necessário entender que pela sua nulidade consequentemente se reconhece como algo a ser declarado, ou seja, uma declaração. Tendo em vista que se reconhece vícios previamente existentes, a decisão já deve dispor a respeito de sua eficácia a partir do trânsito em julgado ou do momento em que a própria decisão estabelecer, assim também previamente fixado.

Uma decisão que reconhece um vício e declara uma inconstitucionalidade não traz como consequência a inexistência do ato judicial que respeitou minimamente os requisitos para a sua existência e em regra prevalece a adequação ao princípio da coisa julgada em respeito aos procedimentos e à sentença regular, sendo assim, entende-se que a inconstitucionalidade revista não é barreira para se formar a coisa julgada. Infere-se que a relativização da coisa julgada deve ser exceção. Deste modo, de acordo com o entendimento atual, é facultativo a imposição de limites, permeando assim o campo da discricionariedade determinado pela própria Constituição.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA APLICABILIDADE SOBRE O ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Na sociedade próspera se promove tanto formalmente como informalmente, e é sob a seara informal que a mutação constitucional encontra seus elementos de adequação às novas demandas que merecem revisão quanto aos limites ditos pelo direito proveniente de uma Constituição.

A mutação constitucional é a alteração informal de um texto da constituição sem que modifique o seu corpo escrito. De acordo com Ferraz (1993), o que realmente se modifica é o sentido, é uma reinterpretação, um novo alcance normativo. A constar que não se viola nem a letra nem o espírito da Constituição pois o que se faz é justapor conforme ela, ao tempo que os

novos sentidos dispostos pelas interpretação judicial, costumes e leis recriam novo sentido à Constituição.

Segundo Bulos (1996), as mutações constitucionais enquanto fenômeno são percebidos como inerente à constituição de um Estado. As mutações devem promover-se voltadas à evolução social, econômica, política, e, o sentido dos dispositivos constitucionais modificam-se substancialmente para alcançar a construção constante das modalidades não absolutas que se orientam pelos usos e costumes voltados às circunstancias evolutivas inerentes aos grupos humanos.

Barroso (2011), afirma que a modificação da Constituição pode ocorrer por via formal ou informal, sendo que a formal se manifesta através da reforma constitucional – mecanismo previsto na própria Constituição, com regras do modo pelo qual deve se dar sua alteração. Já a alteração por via informal se dá pela mutação constitucional – mecanismo que permite uma transformação do sentido e do alcance das normas jurídicas, sem que se opere qualquer modificação em seu texto.

A chegada de mudanças reflete novos sentidos que abracem suas variáveis espontaneamente e, com a atenção que seja sobretudo constitucional, vislumbra modificações benéficas ao campo fático. Uma Carta Constitucional ainda que possua pretensão mínima sobre sua universalidade e alcance generalista não é capaz de convergir para a perfeição, visto que não consegue refletir plenamente o seu bloco histórico e muito menos prever anseios em repercussões futuristas.

É preciso muita cautela quando o assunto é mutação constitucional, uma vez que a interpretação inconstitucional afeta diretamente o princípio da segurança jurídica, que por sua vez interfere na percepção que a sociedade tem sobre o cumprimento da vontade da Constituição.

A segurança jurídica deve compor a seara de análise dos atos praticados pela Administração Pública, principalmente aqueles oriundos do Poder Judiciário. Segundo os resumos de Brandão e Farah (2020), deve-se assegurar uma previsibilidade que assegure direitos temporais dos atos praticados pela justiça e o prestígio ao direito adquirido a ponta de tornar coerente a busca do Direito e estabilizar as relações e as expectativas em meio a possíveis mudanças.

A previsibilidade instaurada pela segurança jurídica propicia mecanismo que geram confiabilidade do Judiciário e o coloca como um guardião digno de expectativas positivas frente a atos imprevisíveis e nocivos do Estado.

A partir dessa conceituação inicial do princípio da segurança jurídica, considerando ainda o olhar histórico e conceitual do controle de constitucionalidade e da mutação constitucional, lança-se agora um olhar sobre o debate central do estudo, que diz respeito a possível adoção da “Teoria da abstrativização do controle difuso” na interpretação do artigo 52, X, da Constituição Federal, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal decidiu abandonar a concepção tradicional e fez uma nova interpretação do artigo 52, X, da Constituição Federal. Como pode ser visto, a corte decidiu que, mesmo se a declaração de inconstitucionalidade de uma lei for incidental, o efeito também será vinculante e *erga omnes*, o que literalmente vai de encontro ao que está previsto na Constituição.

Streck, Lima e Oliveira (2013) defendem que a desconsideração do artigo 52, X, da Constituição Federal, além de reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, traz uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais.

Belo (2019) reconhece que nos últimos anos, tem ocorrido um processo gradual de equiparação jurídica dos efeitos da decisão proferida no controle difuso (*inter partes*) em relação aos efeitos da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade (*erga omnes*), notadamente no que tange ao universo de pessoas que são atingidas por tais decisões.

É nesta discussão teórica que se justifica o presente estudo, analisando de forma pormenorizada os impactos da decisão do Supremo Tribunal Federal, sob a teoria da abstrativização, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ, considerando seu reflexo em demandas futuras e na segurança jurídica.

4 OS IMPACTOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DENOMINADA “TESE DA ABSTRATIVIZAÇÃO (OU OBJETIVAÇÃO) DO CONTROLE DIFUSO” NO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO A PARTIR DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3406/RJ E 3470/RJ

O Supremo Tribunal Federal, por meio das demandas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, 3404/RJ e 3470/RJ, julgadas em 29 de novembro de 2017, tendo como polo ativo a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria – CNTI, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo, artigo 2º, da Lei Federal 9.055/1995 que materializava entendimento da permissão a extração, industrialização, comercialização e distribuição do

amianto crisotila nacionalmente. Na decisão, os ministros atribuíram efeito vinculante e eficácia para todos.

De acordo com a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria - CNTI, a Lei Estadual do Rio de Janeiro, 3.579/2001, ofendia o princípio da livre iniciativa bem como era eivada de vício por tratar de matéria privativa da União, sendo assim a Lei Estadual que versava sobre a substituição progressiva do asbesto (derivação do amianto) ia de encontro à Lei Federal.

O julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade tinha como relatora a Ministra Rosa Weber e seguiram-na os ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Dias Toffoli (impedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3406/RJ) e a presidente, ministra Cármen Lúcia para declarar a constitucionalidade da Lei Estadual, ou seja, votaram pela improcedência das ações. O Ministro Marco Aurélio defendeu as duas ações como totalmente procedentes, e o Ministro Alexandre de Moraes julgou como parcialmente procedente, ao considerar que a Lei Estadual traz dispositivos que se chocam com a Constituição Federal brasileira.

A Ministra Rosa Weber, na posição de relatora, decidiu pela improcedência dos pedidos por entender ser a competência estadual suplementar, não podendo essa confrontar lei federal. A Ministra entendeu que o artigo 52, X, da Constituição Federal, apenas dispõe sobre um formalismo dado ao Senado, e que não pode imprimir alterações na essência da declaração de inconstitucionalidade daquela Corte.

As considerações do Ministro Celso de Melo pesaram ao entendimento de mutação constitucional com vistas a expandir as atribuições da Corte, uma vez que perante a interpretação do caso, além de dar à matéria do caso concreto o reconhecimento de inconstitucionalidade em virtude da manipulação do amianto, não mais seria adequada e nem mais se entenderia como autorizada perante a norma.

No mesmo raciocínio, a Ministra Carmem Lúcia entendeu como uma inovação jurisprudencial ao considerar-se como não mais necessário que o Supremo reveja cada ato normativo e sim o conteúdo material. Para o Ministro Edson Fachin, reconhece-se a constitucionalidade da lei do Estado do Rio de Janeiro, neste caso proibitiva e, por conformidade relativa ao artigo 2º da Lei Federal, que foi reconhecidamente tornado inconstitucional, mesmo que incidentalmente, operando a chamada preclusão consumativa.

A previsão do artigo 52, X, da Constituição Federal, além de declaratório é também constitutivo, visto que o fenômeno que se instalou sob a decisão perfaz as regras de independência e harmonia entre os poderes. É o entendimento divergente do Ministro Marco Aurélio.

Diante da discussão no determinado caso concreto, mas que foi abduzido (incidentalmente) ao momento, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº, 3406/RJ e 3470/RJ, portanto em vias de controle abstrato, os agentes jurídicos passaram a debater e defender que teria ocorrido a chamada “Teoria da Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”. E, conseqüentemente, caberia ao Senado Federal, mitigando atribuição disposta no artigo 52, X, da Constituição Federal, apenas a incumbência de fazer a publicação da decisão que deferiu pela inconstitucionalidade da norma pela Supremo e, ainda, teria efeitos vinculante e *erga omnes*, efeitos esses característicos de decisões proferidas em sede de controle abstrato.

A declaração incidental, aquela que é declarada em âmbito de fundamentação e, por conseguinte, não faz parte do pedido principal, instrumentalizada por ação direta de inconstitucionalidade, pode ser feita pelo Superior Tribunal Federal de ofício. Portanto, fica também evidente a possibilidade de a Corte declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade na demanda em controle abstrato.

É sabido, como já mencionado, que é atribuição do Senado Federal suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais, por meio de resolução, atribuição em sede de controle difuso. De acordo com Nunes Júnior (2018), trata-se de atuação exclusiva neste tipo de controle, no entanto, não necessariamente aplicável em controle concentrado, colocando como desnecessária a remessa ao Senado, uma vez que a própria decisão sobre a demanda já traz consigo efeitos *erga omnes* e vinculante.

A doutrina defende pela autonomia plena e a coloca como única via necessária para dar efeito *erga omnes* nessa chamada mutação constitucional sobre o inciso X do artigo 52, da Constituição Federal. Então, seria aqui algo fomentado pelo princípio da separação dos poderes e, cautelosamente, evitar que hipoteticamente o Senado possa invalidar e de alguma forma desfazer atos jurídicos perfeitos. Nesse contexto, estaria vulnerável o princípio da segurança jurídica em atos jurídicos postergados ao novo juízo do legislativo.

É destacável, em alguns outros julgados, o entendimento que a atribuição dada ao dispositivo 52 em seu inciso X da Carta Magna, é meramente aplicável quando se opera em sede de controle originariamente concreto, ou seja, sobre a via incidental, não sendo então obrigatório a atividade da Casa Legislativa quando se tratar de controle abstrato. Frisa-se que nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ era matéria originariamente de controle abstrato, ainda que tenham sido trazidos de maneira incidental o debate sobre a Lei 9095/95.

Mendes (2010) já refletia sobre a confusão que poderia se instalar a respeito da natureza idêntica quanto às finalidades e aos procedimentos comuns em controle difuso e concentrado. É importante destacar que a classificação quanto ao controle ser difuso ou concentrado refere-se à competência a ser estabelecida e, quanto a classificação em controle incidental ou abstrato é quanto ao objeto. Ademais, compreende-se que os efeitos não se orientam automaticamente ao se atribuir ao controle concentrado ou controle concreto. Atualmente, as decisões tomadas pelo Supremo podem ditar efeitos gerais mesmo que incidentalmente.

Sabe-se que quando se trata de teorias, é pertinente tornar similar as que se encontram em atividade no Brasil com Tribunais Internacionais. O Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, defende que o efeito vinculante é extensível tanto ao dispositivo como aos fundamentos que determinam a própria. Visto isso, se mostra sustentável e compreensível a razão da eficácia em decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade transcender o caso concreto, de tal maneira que fragmentos do seu dispositivo e dos seus fundamentos podem determinar, a partir de então, interpretações constitucionais aplicáveis futuramente pelos tribunais.

Diante do exposto, fica também o questionamento sobre o termo “incidental”. Sabe-se que na demanda das Ações Diretas de Inconstitucionalidade não havia pedido sobre a inconstitucionalidade da Lei Federal 9.095/95, especificamente sobre o artigo 2º. No entanto, também deve-se lembrar que as discussões processuais em ações demandadas na Corte Suprema, podem ter dimensões extensivas objetivando que suas decisões uniformizem questões multiplemente controversas em demandas plurais. O caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ veio oportuna e incidentalmente discutir a questão de onde a declaração de inconstitucionalidade definiria mérito com eficácia contra todos e efeito vinculante.

O fenômeno da mutação do dispositivo nunca foi, dentro desta demanda, debatido como questão de ordem, ainda que tenha sido alvo de discussão entre juristas ao longo da história do judiciário e suas decisões emanadas pela Suprema Corte. O Ministro Gilmar Mendes frequentemente trouxe à tona em suas defesas o fenômeno da mutação como uma proposta que provisoriamente auxiliou as lides, pelo menos para os próprios Ministros. Concomitantemente, o Supremo se utiliza da ideia de que cabe àquela Corte decidir o caso concreto e, que cabe ao Senado, facultativamente, dar efeitos gerais.

A teoria da abstrativização levanta um debate quanto a possibilidade de o Poder Legislativo ter tido sua atribuição mitigada em decisões proferidas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade que avoca incidente e que geram efeitos *erga omnes* e vinculantes. Diante

deste contexto, é importante ressaltar que o poder legislativo é a convergência da escolha popular, esta que escolhe seus representantes por eleição, e, neste debate, diante da mutação dispositiva contextualizada neste estudo, vê comprovadamente a limitação imposta por decisões da Corte, que de certa forma desvaloriza ou invalida indiretamente a sua participação assessória. Infere-se do todo, que os ministros dirigem a constituição e que nisso, inevitavelmente, acabam ultrapassando a fronteiras pré-estabelecidas pelo poder constituinte originário.

Como também já mencionado, é discutível a necessidade de o Senado ser além de mero agente de publicidade, uma vez ser desnecessário a tramitação para dar efeito de suspensão à execução da lei declarada inconstitucional, visto que ao decidir com efeitos contra todos, a Corte já o supre. Sob o outro cenário possível, se dispõe ao Supremo Tribunal Federal apenas a locação provisória de decisão final em se tratando de controle de constitucionalidade até que se formule nova pronuncia do Senado Federal sobre o tema.

Diante destes cenários, é necessário o que comporta o artigo 2º da Constituição Federal, quanto a harmonia entre os poderes e o respeito aos limites, bem como a compreensão sobre a extensibilidade necessária para se promover a resolução esperada por quem busca o direito. A Constituição Federal é um texto analítico, denso e que por vezes, vê-se contraditória em seu conteúdo, mas mesmo assim pode harmonizar tanto o papel político do judiciário, como o papel decisional do legislativo, uma vez que todos estes papeis atípicos são previstos.

Observa Bonavides (2005) que, analisado sob os conceitos doutrinários predominantes, o controle de constitucionalidade, por via difusa, objetiva principalmente que se afaste a aplicabilidade de uma lei na demanda instaurada. Posto isso, não se harmoniza ao entendimento de ocorrer uma abstrativização da via difusa, a considerar-se que a ação autônoma é integralmente concentrada por natureza, visto que requer principalmente a declaração de inconstitucionalidade.

É questionável se no caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ de fato aconteceu o que poderia ser chamado de meio incidental, tendo em vista que os processos não são originariamente demandas em sede de controle concreto, bem como possuem suas origens em instrumentos de controle concentrado, qual seja, ação direta de inconstitucionalidade. Teria o meio incidental sido atribuído ao fato de ter a ação chamado para si uma controvérsia que se rebusca em um caso concreto com decisão de mérito limitável aparentemente às partes? Ou a questão incidental refere-se ao fato de não haver pedido relacionado diretamente ao dispositivo 2º da Lei Federal 9.095/1995, ora discutido e declarado inconstitucional?

Ainda que a questão tenha sido considerada resolvida incidentalmente e que as motivações para a caracterizar incidental seja as que foram aqui postas, não parecem sustentáveis quando se verifica do ponto de vista da origem processual. A primeira hipótese, de fato, soa com excesso de abstrativismo, até mesmo fantasiosa. No entanto, da segunda, não se sustenta a incidentalidade, mas o que se pode depreender é que tenha havido um certo grau de ativismo judicial justificável pela necessidade de se uniformizar um entendimento quanto a constitucionalidade da Lei Federal que se via como elemento de múltiplas demandas, ainda que indiretamente.

Via de regra, os ministros invocam o artigo 52, X, da Constituição Federal para prover a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em controle difuso, este controle que na mesma via é incidental. Desse modo, o raciocínio é que não houve então controle difuso e, portanto, não se estrutura a abstrativização deste controle, uma vez que não foi dado ao controle difuso o que se trata em concentrado, mas tão somente a análise comparativa incapaz de materializar-se como controle de constitucionalidade incidental.

A teoria da abstrativização do controle difuso ainda se comportaria como um expensor da instrumentalidade para materializar o controle concreto e seus efeitos, uma vez que as vias recursais seriam mitigadas e a lide poderia ganhar roupagem para percorrer as vias mais objetivas das próprias ações diretas de controle. Diante disso, também seria estabelecido uma forma mais célere e econômica do impulso oficial processual, capaz, talvez, de instruir as decisões do Supremo Tribunal Federal sob um aspecto mais isonômico e com segurança jurídica mais sólida, dissociado do tipo de controle do qual se origine.

Utilizando-se de fundamentos similares, porém sustentando uma tese diferente, a transcendência da eficácia da motivação, em que se articula e se utiliza dos fundamentos jurídicos como eixos que transcendem a um determinado caso concreto, e destoando das características associadas as do direito nacional em que de uma decisão, o seu dispositivo se limita a ela. A tese exposta nos estudos de Charan (2014) reconhece subsidiariamente uma ampliação do controle concentrado do Judiciário, justificado até mesmo pelo rol de legitimados e pela quantidade crescente de decisões com força e eficácia *erga omnes*.

Sob a seara da segurança jurídica, Greco (2003) relata que este é um instituto frágil e associa essa característica ao interesse do próprio Estado que, por meio do poder judiciário e como um subterfúgio, amenizaria as falhas do próprio Estado. Mas, por outro lado, reafirma a sua importância enquanto princípio capaz de proteger os direitos fundamentais, estes últimos como elementos que concretizam os direitos e as garantias inerentes à vida social e aos Direitos Humanos.

Nos últimos anos, ao se observar a operabilidade do Supremo Tribunal Federal nas suas formas de decidir, bem como o alcance das decisões, o ex-Ministro Teori Zavascki já explanava em seu voto a possibilidade de consequências moduladas dos julgados reconhecendo a sua força como precedente em função da sistematização. Esse contexto permite traçar um paralelo onde se insere, ao menos, um debate sobre a aplicação do chamado efeito expansivo provenientes das decisões da Corte Suprema.

Uma vez que se busque uma decisão, pondera-se que esta decisão seja posta como um marcador que orienta outras decisões, esta premissa permite compreender porque os efeitos dos julgados de casos concretos podem surtir efeitos oponíveis contra todos contanto que se respeite os princípios da boa-fé, da segurança jurídica, do direito adquirido ao tempo que se promova celeridade e economia processual.

Segundo as orientações de Leal e Bonato (2016), embora o efeito expansivo seja percebido e/ou utilizado, é preciso deixar claro que não tem o poder de vincular, mas ainda assim funciona como um bom instituto que promove o respeito à coisa julgada desde que se observe o campo de busca do ato perfeito. É preciso que os atos do Estado perfaçam os caminhos necessários e evite distorções que venham ferir agentes e órgãos, sendo eles jurídicos ou políticos.

A mercê desse entendimento, faz-se convincente que qualquer mecanismo que provoque mutação normativa reconhece uma fragilidade que de alguma forma fere a segurança jurídica da coisa julgada e, ainda, muito mais do que se decide em nova interpretação que foge aos padrões e ganham força de precedente.

Uma ideia interpretativa que parece justa, em termos de controle de constitucionalidade com vistas à segurança jurídica, é que o Judiciário se utiliza de um tecnicismo voltado às lacunas e de imprecisões conceituais da própria norma, fazendo disso uma oportunidade legítima para materializar o Direito. Mas existem dois lados de uma mesma moeda, uma com vistas a ampliar o poder discricionário e consequentemente forçando os agentes prolatores a desenvolverem inteligência jurídica especializada, e o outro lado que clama pelo desejo de se manter o mais íntegro possível, algumas fontes principiológicas, a dizer então à própria segurança jurídica.

Muito além dos impactos principais (aqueles que envolvem diretamente aos legítimos da tutela), são os impactos e os efeitos interativos reflexos que, certamente, irão influenciar e compor a esfera de decisões baseadas nessas reinterpretações e, assim, em cadeia, alcançar e estabelecer novos parâmetros. Pignatari (2014), já compunha esse pensamento ao expor suas noções de efeitos da coisa julgada, denominando esses impactos como internos e externos.

É pertinente inferir que do sistema brasileiro não se impõe um engessamento e bloqueio de mecanismos reformadores. A Constituição do Brasil é predominantemente híbrida quanto a trama de controle de constitucionalidade atual, no entanto é perceptível que as decisões exaradas em sede de controle difuso ressoa uma certa desvalorização que remete e justifica a valorização, o alcance e o prestígio ao se conferir efeitos gerais no âmbito do controle concentrado.

Por fim, depois de discorrer sobre os possíveis impactos da mutação constitucional no ordenamento brasileiro em meio a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, adstritas às Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ, é pertinente reconhecer qualquer outro mecanismo que se caracterize por expandir efeitos, expandir competências ou expandir fundamentações. No entanto, a abstrativização do controle difuso não se encaixa como fenômeno para subsumir todos os elementos reflexos da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso concreto, ao passo que por se tratar de ação autônoma, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade exteriorizaram o efeito e a eficácia típica. Quanto a questão incidente, essa também é presumível nos limites da competência em controle abstrato/concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado durante todo este trabalho, a partir das referidas decisões proferidas pelo Superior Tribunal Federal, o sistema difuso de controle de constitucionalidade expandiu a eficácia de suas decisões, passando ser *erga omnes* e de efeito vinculado. Trata-se de uma mudança radical a dizer do próprio controle, por isso uma mutação, e, ainda, uma mudança concepcionista quanto aos limites da chamada “divisão dos poderes”.

É notório que o direito acompanha modificações introduzidas pela sociedade ou que dela se originem e o nosso sistema constitucional não foge à regra dos termos. As decisões judiciais são reflexos dos novos anseios difundidos no modelo social que acompanha a mutação imposta pelo tempo, neste contexto, o controle de constitucionalidade é legítimo enquanto instrumento para materializar as adaptações que dizem sobre o direito e do direito que diz sobre a sociedade.

As interpretações alocadas em ações autônomas que fazem o controle de constitucionalidade, julgadas então pelo guardião constitucional, implicam também, ainda que de forma indireta, em desburocratização de um sistema que se encontra sobrecarregado. Permitir e reconhecer modulações por agentes legitimados, acabam por esculpir uma via que pode primar por economia procedimental, processual e de segurança jurídica com viés

subjetivo, que envolve raciocínio conjunto à literalidade, e abranda o rigor que impede alcançar mais cidadãos e circunstâncias da realidade temporal atual.

De um lado, o judiciário é posto como uma espécie de agente transmissor que interpreta a constituição e nisso aplica ao direito moderno ao passo que respeita toda a historicidade da própria Carta. Do outro lado, o legislativo, composto por representantes eleitos pela sua sociedade, que possui suas atribuições que saltam do texto constitucional e, que devem impor a sua participação política como etapa a ser cumprida enquanto as grandes decisões são tomadas. A harmonia faz necessária ainda que estes agentes se expressem atipicamente, visto que o bem maior a ser protegido é o social, deve então, respeitar o tempo, respeitar a constituição e respeitar a dignidade humana.

A decisão proferida nestes processos, Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406/RJ e 3470/RJ, ganhou impacto ao serem dotadas de eficácia erga omnes e efeito vinculante, restando evidente, o que pode ser entendido como mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, mas ainda sobre isso restou evidências que o próprio texto constitucional permite o entendimento que fundamenta a mutação. Vê-se na própria norma constitucional, que traz o controle que inevitavelmente reinterpreta os institutos de controle tanto incidental como abstrato.

É dizer ainda que das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 3406 e 3470, ambas do Rio de Janeiro, operou-se nela uma espécie de junção do controle difuso e concentrado, quando declarado a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal 9.055/95, no entanto, entende-se prematuro reconhecer a tese da abstrativização nestas demandas ainda que se evidencie como precedente vinculante e de efeitos *erga omnes*. A proibição da utilização o amianto do tipo crisotila viu-se como uma perspectiva razoável para se decidir a favor da coletividade integral, o que justifica o alcance dos efeitos às partes além do processo e a reinterpretação do artigo 52, X da Constituição Federal independentemente de o controle ocorrer na modalidade concentrada ou difusa.

O controle concentrado é instrumento que dá ao processo a possibilidade de a partir dele questionar-se, reafirmar-se ou modificar-se pretensões do presente, prever e uniformizar as do futuro e, ainda, compreender e dizer sobre a segurança jurídica do que já se foi imposto por decisões ora transitadas no complexo sistema à luz da Suprema Corte e do Senado Federal.

Todavia, a tese da abstrativização do controle difuso, não resta como definição para o todo, a considerar que originariamente o processo não é incidental e que, uma vez que se utilizou-se de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, instrumento de controle concentrado,

portanto, autônomo, não deveria se entender de “abstrativização” uma vez que abstrato já é quanto à origem.

Perante a abordagem e ao rebatido contra aos argumentos que sustentam a abstrativização nestas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, faz importante sugerir o que teria acontecido se não a mencionada tese. Observado os mecanismos e os institutos utilizados, sugere-se que tenha acontecido um outro fenômeno, um ativismo judicial, tendo em vista a postura proativa da justiça, interferindo significativamente em questões que envolve os outros poderes, nesta celeuma, o Legislativo.

É oportuno citar quem em decisões de tribunais alemães, de onde Gilmar Mendes busca inspirações constitucionais, o efeito vinculante e extensível aos fundamentos que determinam a decisão, não se limitando somente ao dispositivo da decisão, mas superando os limites de um caso concreto numa interpretação que deve ser observada em casos posteriores. Para Mendes esse entendimento deve sustenta-se também nos tribunais sob a Constituição Federal, motivo que sugere mais uma outra perspectiva de estudo de análise e impactos em meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade aqui estudadas bem como teoria hipoteticamente aplicada.

Uma declaração de inconstitucionalidade feita de maneira incidental, como assim descrevem ou estudiosos jurídicos, dirigida de ofício, por si só já sensibiliza alguns princípios constitucionais relacionados a ditames e aos limites da jurisdição. Um fenômeno que se caracteriza pela mutação, bem como o seu debate requerem conclusões parciais que se postergarão, sem imediatismo, trata-se de um conflito que demanda e enfrentará questionamentos que requerem mediação dos próprios órgãos constitucionais e da sociedade representada pela sua pluralidade de agentes competentes.

O que fica claro, diante do estudo do caso concreto, é que a tese da abstrativização do controle difuso é um mecanismo que ainda terá suas definições e limites com adequações e reorganização prósperas, tendo em vista que é fenômeno contínuo no tempo. Mostra-se inconsistente apontar e definir o acometimento da tese sem ao menos apontar violação de dispositivos constitucionais e ainda, ao menos, pressupor a necessidade de revisão destes dispositivos. Faz-se oportuno sugerir, diante da previsão de novos casos, novos debates e mais estudos, inclusive, feitos sob novas perspectivas bem como comparando-as a outros institutos do direito.

A mercê desse entendimento, faz-se convincente que quaisquer mecanismos que provoquem mutações normativas também reconhecem uma certa fragilidade que, de alguma forma, fere a segurança jurídica e ainda foge aos padrões que ganham força de precedente sob risco de algum vício. Qualquer mutação, modulação, ativismo ou mecanismo atípico que

sensibilize a norma ou o texto da constituição não podem, também, violar a seara principiológica ainda que por via meramente interpretativa e não devem desprestigiar atribuições dadas constitucionalmente.

É digno de reconhecimento o desenvolvimento da justiça do Brasil e notoriamente o que se exara do Supremo Tribunal Federal. No entanto, parece indecoroso reconhecer o controle concentrado como predominante e o controle incidental como subsumido ao concentrado ao passo que o que se deve é enaltecer o sistema misto capaz de resolver os objetos controversos. A teoria da abstrativização é sedutora embora contestável majoritariamente, fica claro, além de tudo, que os agentes operadores do direito nacional buscam uniformização, celeridade e adequação contemporânea que respeite o devido processo legal, mas, em contrapartida, sensibiliza a segurança jurídica e afronta a Constituição.

Conforme demonstrado, qualquer teoria que surja para explicar fenômenos atípicos do controle de constitucionalidade deve se desenvolver, acima de tudo, para fundamentar o fenômeno que parte do controle em si com vistas a promover o reforço democrático garantido pelas três esferas do poder, bem como demandar proteção constitucional que ameacem minimamente o desenvolvimento estatal frente a realidade social moderna. O controle e o equilíbrio dos sistemas que garantem a constitucionalidade do conteúdo final emanado das decisões do judiciário devem então blindar a democracia instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. **A abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF?**. Revista Consultor Jurídico, set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-eliseu-silva-integra.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
BRANDÃO, Rodrigo. FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**. 2020, v. 07, n. 03, p. 831-858. 2020. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/rinc/a/XNLtYbV9pZwNPNyS7mHJJsf/?lang=pt#>>. Acesso em 11 set 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:**

promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 886. Brasília, 29 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 07 set. 2021.

BULOS. Uaidi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 33, n. 129, jan.-mar. 1996. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176380>>. Acesso em: 04 set. 2021.

CHARAN, André Luís. Os precedentes obrigatórios no Direito Processual Civil brasileiro: uma necessidade. **Revista de Doutrina da 4ª Região,** Porto Alegre, n.63, dez. 2014.

Disponível em:

<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/Andre_Charan.html>

Acesso em: 07 set. 2021.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Mutação, reforma e revisão das normas**

constitucionais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2 nº 5, out/dez.1993.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. **Revista Jurídica da**

Procuradoria-Geral do Distrito Federal. v. 37. p. 99-114. 2003. Disponível em:

<<http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/view/12>>. Acesso em: 25 jul 2016.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática.** 5. ed. Bahia: Juspodium, 2017.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LEAL, David Abdalla Pires; BONATO, Giovanni. Coisa Julgada Inconstitucional: Os Efeitos Do Controle Difuso De Constitucionalidade No Novo Cpc E A Segurança Jurídica. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça,** v. 2, n. 2, p. 106-125, 2016. Disponível em:

<<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1600>>.

Acesso em: 13 set. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, DF, ano 32, n. 126, p. 87-102, abr.-jun. 1995. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/seq/a/fXxVmQJzkKPRSNmnQNb7cmC/?lang=pt>>. Acesso em: 04 set. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal.** In NOVELINO, Marcelo (Org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional:

Controle de Constitucionalidade. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. Bahia: Juspodivm, 2010.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. Efeitos processuais do controle judicial de constitucionalidade. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2014. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO NOVO CPC E A SEGURANÇA JURÍDICA. Curitiba, v. 2. n. 2, p. 106 – 125. jul/dez. 2016. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1600/0>>. Acesso em: 01 set. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

STF, Tribunal Pleno, ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, j.29/11/2017 (Info 886).

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

TOMMASINI, Nicola. SILVA, Roberto Baptista Dias da. Reflexões críticas sobre a declaração de inconstitucionalidade de ofício. **Revista de Investigações Constitucionais**. v. 5, n. 2, p. 187-208. 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rinc/a/fLV7xKRc9kJ3H8XbBgm8YwC/?lang=pt#>>. Acesso em 01 set. 2021.

Patrimônio urbano, memória e identidade

Uma análise sobre a Avenida
Frei Serafim, Teresina – PI



JULIANA SAMARA RODRIGUES LEITE

Arquiteta e Urbanista graduada pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI. Especialista em Patrimônio e Cidade pela Faculdade Evangélica do Meio Norte – FAEME. Desenvolve pesquisas com ênfase em espaço urbano e artes visuais. Ilustradora digital.



MARCELA MACHADO SILVA CASTRO

Arquiteta e Urbanista. Bacharel de Arquitetura pelo Centro Universitário Uninovafapi - UNINOVAFAPI. Designer gráfica e estudante de Desenvolvimento Web.

PATRIMÔNIO URBANO, MEMÓRIA E IDENTIDADE: Uma análise sobre a Avenida Frei Serafim, Teresina – PI

RESUMO

Este artigo teve como objetivo analisar a relação da Avenida Frei Serafim, patrimônio urbano de Teresina-PI com seus habitantes, destacando o espaço urbano como local de memória, identidade e pertencimento. A metodologia utilizada baseou-se na pesquisa qualitativa, em que foram realizadas entrevistas com 91 pessoas pela plataforma Google Forms. O trabalho contou também com a realização de pesquisas bibliográficas sobre os conceitos de memória, identidade, patrimônio cultural urbano e sua preservação. Os resultados apontaram que a comunidade reconhece a importância da Avenida Frei Serafim para a capital e mantém uma relação afetiva com o local por meio de seus cotidianos regados de lembranças. Sendo assim, considerada patrimônio cultural urbano da cidade de Teresina-PI.

Palavras-Chave: Patrimônio urbano. Memória. Identidade. Avenida frei serafim.

1 INTRODUÇÃO

Na obra “A imagem da cidade”, Lynch (1997) apresenta o empirismo existente nas pessoas, relatando como observam o espaço urbano no qual convivem, sendo este um dos fatores motivadores, aqui analisado, de como modelam as cidades. Para Miranda et al (2016), a apropriação do espaço pelo indivíduo acontece quando no vazio citadino identifica-se uma paisagem natural que detenha um aspecto contemplativo. Atrelando aos conceitos abordados, entendeu-se que a relação cidadão-cidade está diretamente ligada a valorização do patrimônio cultural urbano.

A partir disso tem-se que Motta (2000) aponta sobre patrimônio urbano e a importância de valorizar este em função da sua forma, entendida como o resultado daquilo que se produziu culturalmente através da reapropriação do espaço e dos vários significados atribuídos ao longo do tempo, contemplando diferentes interesses e forças em disputa.

A cidade de Teresina, situada no estado do Piauí, foi a primeira capital do Brasil a ser planejada. O desenvolvimento da região foi estimulado, principalmente, pelo desejo de torná-la sede da província, já que por estar próxima ao Rio Parnaíba sua localização favoreceria o comércio fluvial. Assim, Teresina substituiria a cidade de Oeiras, situada no sudoeste do estado, que levava o título até então. O projeto foi composto por uma malha ortogonal de quadras regulares e a construção dos primeiros lotes antevia o crescimento da cidade no sentido Leste, a fim de alcançar o Rio Poti (MIRANDA et al, 2015).

Foi com essa ampliação no sentido leste da capital que surgiu a Avenida Frei Serafim, considerada atualmente uma via de alta relevância para a cidade, sendo um dos principais eixos de ligação entre o centro e a zona leste do município. De início, essa grande via de circulação serve-se como percurso de transporte de areia e argila retirados do Rio Poti para suprir uma cidade com gradativa ocupação populacional e suas construções de todo volume e tipologia, incluindo a construção da Igreja de São Benedito, templo religioso situado na ponta norte da avenida (RODRIGUES, 2020).

A questão principal abordada neste artigo foi entender de que maneira os moradores da cidade de Teresina-PI se relacionam com a Avenida Frei Serafim, no que tange o pertencimento, conexões afetivas e modos de uso. Com as entrevistas, foi possível identificar como essa relação entre cidadão e cidade ganhou forma no espaço urbano estudado.

2 METODOLOGIA

Para a construção dessa pesquisa foi feita uma revisão bibliográfica, de modo a aprofundar o conhecimento estabelecido na relação memória, identidade, patrimônio cultural urbano e preservação do mesmo, visando entender corretamente os conceitos para definir uma conexão entre eles e a Avenida Frei Serafim. Dessa maneira, o referencial teórico foi conduzido de forma a atravessar alguns debates como: a forma como o espaço urbano se relaciona com os moradores, no que tange memória e identidade da comunidade com os autores Chauí (2006) e Halbwachs (1990); uma proposta de discussão sobre preservação do patrimônio cultural urbano em que foram interseccionadas as obras de Pesavento (2020) e Motta (2000); o contexto histórico e social da Avenida Frei Serafim com os autores Matos (2017) e Rodrigues (2020), além da análise de como a Avenida, enquanto patrimônio urbano se relaciona com as pessoas da cidade.

Concomitantemente, foi realizada uma pesquisa de campo, através da plataforma Google Forms, restrito à pessoas que possuem ou já possuíram relação com a avenida. A entrevista contava com perguntas relacionadas à memória e significado da avenida para os participantes, a fim de apreender relatos sobre a vivência e experiências dos mesmos. O questionário aplicado de forma online obteve 91 respostas, englobando 6,6% de pessoas com idade entre 15 e 20 anos, 89% entre 21 e 35 anos e 6,6% com mais de 36 anos.

Para a elaboração da nuvem de palavras, utilizada para análise de uma das perguntas do questionário, foi utilizada a plataforma WordClouds. A análise do gráfico e o questionário, busca entender a relação da avenida com seu corpo social por meio dos seus modos de uso, suas

estruturas urbanas, ambientais e depoimentos dos habitantes da região que contribuíram na identificação da conexão destes com o local.

3 MEMÓRIA E IDENTIDADE

Para Chauí (2006, p. 138), “a memória é uma evocação do passado”. Dessa forma, entende-se a memória como um canal de recordações, fazendo com que estas existam tanto como lembranças de algo já vivido, como forneçam entendimentos do que existe atualmente, sendo um resultado da evolução do ocorrido no passado.

Chauí (2006, p. 138) descreve o tempo não apenas como “a passagem dos anos”, mas a situações, histórias e acontecimentos vividos que devem ser preservados e nunca esquecidos, como é possível notar quando fala que a memória é “a capacidade humana para reter e guardar o tempo que se foi, salvando-o da perda total”. A autora analisou ainda que a memória compreende duas dimensões: a pessoal e a introspectiva, sendo esta interior ao sujeito, e a coletiva ou social, que se relaciona à história de uma sociedade ou de um povo, podendo ser materializada por documentos e monumentos, configurando-se assim, em patrimônio.

Halbwachs (1990) destaca que as pessoas possuem dois tipos de memórias: individuais e coletivas. A primeira seria no quadro de sua personalidade ou de sua vida pessoal; A segunda, elas seriam capazes de se comportar simplesmente como membro de um grupo que contribui para lembrar e manter as lembranças impessoais, ao momento em que estas interessam ao grupo (HALBWACHS, 1990).

Logo, entende-se que a memória coletiva compreende fatos passados que por conta de sua importância para as pessoas passam a adquirir significados, influenciando a vida em grupo, o que serve de pilar para a reconstrução da memória e suas vivências, histórias e tradições. Apesar de algumas vezes interpretarmos memória como um caso particular, segundo Halbwachs (1990), ela deve ser compreendida também como um fenômeno coletivo e social. E os elementos que constituem a memória, tanto individual quanto coletiva, são inicialmente aqueles episódios ocorridos pessoalmente e aqueles vividos pelo grupo no qual a pessoa se relaciona (POLLAK, 1992).

Segundo Pollak (1992), a memória é essencial na percepção de si e dos outros. Ela acaba por ser resultado de um trabalho de organização e de seleção daquilo que é importante para o sentimento de unidade, de continuidade e de coerência, ou seja, de identidade. Compreender a constituição da memória é indispensável porque está ligada diretamente à construção de

identidade, assim, pode-se reconhecer os acontecimentos passados e conservar as informações que são importantes preservar, tanto na memória individual quanto na coletiva.

Para Le Goff (2007), a memória acaba por estabelecer um “vínculo” entre as gerações humanas e o “tempo histórico que as acompanha”. Ele aponta também que a “identidade cultural de um país, estado, cidade ou comunidade se faz com a memória individual e coletiva”; a partir do instante em que a sociedade se dispõe a “preservar e divulgar os seus bens culturais” dá-se início ao processo denominado pelo autor como a “construção do ethos cultural e de sua cidadania” (PELEGRINI, 2006, p. 116-117).

O estudo da memória coletiva e social foi utilizado nesta pesquisa para entender sobre como este conceito está interligado à cidade, seus patrimônios e viventes, bem como a reconstrução e preservação da memória de grupos sociais que se utilizam da avenida Frei Serafim. É necessário perceber o patrimônio como algo recebido do passado, vivenciado no presente e transmitido a gerações futuras, quando se entende isto, admite-se “que o patrimônio é historicamente construído e conjuga o sentimento de pertencimento dos indivíduos a um ou mais grupos” (PELEGRINI, 2007, p. 3).

4 PATRIMÔNIO URBANO E PRESERVAÇÃO

A cidade é o resultado do entrelaçamento de efemeridades, onde pode-se adotar o que se chama de linguagem urbana, é por meio dela que aprendemos aquelas constantes que modelam o nosso cotidiano. Essas imagens urbanas marcam o cenário da rotina e da identidade urbana, são os adensamentos urbanos, o movimento, os transportes, o tráfego, a verticalização e a vida ali presente naquele espaço (FERRARA, 1990). Compreendendo a cidade assim como expressão de modos de vida, Argan aponta que:

cada um de nós, em seus itinerários urbanos diários, deixa trabalhar a memória e a imaginação: anota as mínimas mudanças, a nova pintura de uma fachada, o novo letreiro de uma loja; curioso com as mudanças em andamento, olhará pelas frestas de um tapume para ver o que estão fazendo do outro lado; imagina e, portanto, de certa forma projeta, que aquele velho casebre será substituído por um edifício decente, que aquela rua demasiado estreita será alargada, que o trânsito será mais disciplinado ou até mesmo proibido naquele determinado ponto da cidade; lembra –se de como era aquela rua quando menino, a percorria para ir à escola ou quando, mais tarde, por ela passar com a namorada; ou o famoso incêndio, o crime de que falaram todos os jornais. (ARGAN, 1993, p. 233)

A cidade é, assim, um local que ganha novas definições à medida em que são feitas as trocas entre o cidadão e o meio que habita, absorvendo características culturais da população. Os

espaços públicos urbanos, como lugares que concentram um maior número de pessoas, revelam importantes trocas entre as pessoas e o local, transformando a cidade em um ambiente catalisador de experiências, além de um espaço de convivência democrática.

Espaços públicos urbanos podem ser enquadrados como lugares de manifestação da esfera pública e do exercício da cidadania. São ainda locais de prática e realização sociopolítica (ABRAHÃO, 2008). A origem desses locais remonta aos tempos clássicos da antiga Grécia e Roma, a partir da criação da vida em cidades e a instalação dos princípios da democracia, conforme pode ser visto nos estudos de Arendt (2007), onde tem-se a concepção de espaço público intrinsecamente relacionada à vida pública.

Nesse sentido, é necessário trazer o texto do artigo 216, inciso IV da Constituição Federal:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...]

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

A partir disso, percebe-se que a Constituição Federal incluiu no conceito de patrimônio cultural brasileiro as edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, ou seja, os espaços públicos. Logo, os espaços analisados, sendo considerados patrimônio cultural e de livre acesso de todos os cidadãos e entendendo que são as relações sociais, os modos de vida e cotidiano dos cidadãos sendo desenvolvidos no espaço urbano que moldam a cidade é que este artigo discutiu a preservação do patrimônio urbano em estudo.

5 A AVENIDA FREI SERAFIM

5.1 O NASCER DA AVENIDA

Na década de 50, o mestre Isidoro França foi nomeado como secretário de obras da província do Piauí, pelo presidente da região – sediada, até então, em Oeiras – Antônio Saraiva. Após assumir algumas obras e conseguir a confiança do regente, mestre Isidoro, ficou encarregado por substituir a igreja Matriz de Nossa Senhora do Amparo que se localizava nas margens do Rio Parnaíba, próxima ao Rio Poti. No encontro desses dois rios situava-se a Vila Velha do Poti, esta que desde o ano de 1842, requisitava a transição de sua sede para outra localidade, por se encontrar sujeita a inúmeros alagamentos ocasionados por conta de sua proximidade com o rio (VILHENA, 2016).

A solicitação da vila só foi atendida quase uma década depois devido a necessidade de um projeto urbanístico, este que auxiliaria para que o traçado urbano padrão respeitado pelas vilas portuguesas continuasse sendo obedecido, para tal “os prédios da administração pública deveriam ser reconstruídos ao redor, as novas ruas realinhadas e novas casas levantadas” (VILHENA, 2016). O local escolhido para implantar a nova obra, conhecido por Corisco, ficava localizado numa chapada elevada em relação ao Rio Parnaíba e segundo Vilhena (2016), apresentava um “terreno plano, de vegetação rasteira, protegido do regime de águas, apto para receber o arruamento e alinhamento das casas em linhas retas e perpendiculares”.

Assim, aproveitando a construção da nova vila e com o argumento de que era importante para a província do Piauí a utilização do Rio Parnaíba para o transporte de mercadorias – situação, até então difícil de suceder já que a atual capital, Oeiras, ficava distante das bacias – Antônio Saraiva, conseguiu o que já vinha idealizando desde o princípio, a transferência da sede para a Vila do Poti quando esta fosse realocada e estivesse com estrutura adequada para acolher a administração pública. Esse episódio elevou a vila à categoria de cidade, com o nome de Teresina (VILHENA, 2016). Tais informações dispuseram grande significância a atual capital do estado, constatando que a cidade foi a primeira do país a ser planejada e construída para desempenhar o cargo de sede administrativa.

O projeto composto por uma malha ortogonal de quadras regulares e a construção dos seus primeiros lotes antevia o crescimento da cidade sentido Leste, a fim de alcançar o Rio Poti. (MIRANDA et al, 2015). Essa expansão resultou no surgimento da Avenida Frei Serafim, um importante logradouro para a capital, caracterizando-se como um dos principais eixos de ligação entre o centro e a zona leste do município. De início, essa grande via de circulação serve-se como percurso de transporte de areia e argila retirados do Rio Poti (figura 01), de forma a abastecer de materiais uma cidade com gradativa ocupação populacional e suas construções de todo volume e tipologia, incluindo a construção da Igreja de São Benedito, templo religioso situado na ponta norte da avenida (RODRIGUES, 2020).

Figura 1: Avenida Frei Serafim nos anos 40



Fonte: Blog Val – Notícias da Corte (2021)

A avenida foi urbanizada apenas por volta das décadas de 30 e 40 por conta da construção de bangalôs e grandes prédios, contando com a construção de calçadas, do canteiro central, instalação de iluminação pública e o começo do paisagismo da estrada (MATOS, 2011).

5.2 O FLORESCER DA AVENIDA

A partir do século XX, a avenida ascendeu já que agora ela tornava-se parte de uma área nobre da cidade. Nessa época também pode-se considerar um marco a construção do Hospital Getúlio Vargas, contribuindo posteriormente para um polo regional de saúde pública que se edificaria ao seu redor. Nesse momento, a extensão da avenida compreendia da Igreja de São Benedito até o Hospital Getúlio Vargas, apresentando chácaras, sítios e fazendas ao final da estrada (MIRANDA et al, 2016).

No ano de 1950 a avenida Miguel Rosa delimitava o perímetro da cidade por dispor da linha férrea. Dessa forma, de acordo com Nascimento (2002), o crescimento de Teresina se deu de forma concêntrica. Ele afirma que “[...] o anel circular da estrada de ferro alterou a tendência de crescimento original, forçando a formação de estradas radiais [...]”. Nesse período de desenvolvimento pode-se destacar algumas edificações de grande importância para a história da avenida, como o Colégio Sagrado Coração de Jesus (CSCJ), a Igreja de São Benedito e o Convento de São Benedito (MIRANDA et al, 2016).

Foi com a construção da Ponte Juscelino Kubitschek, em 1957, e a mudança no entorno da avenida que se iniciou o processo de expansão da cidade no sentido leste. Foi nessa conjuntura

que a avenida foi asfaltada e seu entorno recebeu prédios de arquitetura moderna (MIRANDA et al, 2016). Com a modernização da capital percebeu-se a necessidade de urbanização do espaço e foi a partir daí que a avenida começou a sofrer grandes intervenções, tendo as mais radicais ocorrido em 1970, e no ano de 2008 (MATOS, 2017).

Na década de 1970, buscou-se potencializar o espaço e torná-la a “avenida dos sonhos”, utilizando os princípios urbanísticos modernistas. Foi nessa época que a pavimentação em paralelepípedo foi substituída pelo asfalto, realizou-se a pavimentação no canteiro central e nas calçadas com pedra portuguesa, houve a troca da iluminação e execução de espelhos d’água e fontes luminosas. Já no ano de 2008, inspiradas nas Ramblas de Barcelona, as intervenções priorizaram o canteiro central ao cuidar dos jardins e dar atenção às árvores e bancos, de forma a proporcionar o encontro de pessoas. (RODRIGUES, 2020).

Com a criação de espaços de interação pessoal o boulevard estabelece relação com os moradores da cidade, deixando de ser apenas um espaço urbano e arquitetônico, planejado para embelezar a cidade, e torna-se também um espaço de memória e pertencimento com os diversos grupos sociais que a frequentam (figura 02).

Figura 02: Avenida Frei Serafim, 2021



Fonte: Blog B-R-O Bora

O passar do tempo e o surgimento de relevantes intervenções urbanísticas – que por muitas vezes se inspiravam em referências europeias – fizeram com que a arborizada avenida alongasse

e hoje, por fazer parte da história, arquitetura, urbanismo e vida social da capital, a mesma se torna símbolo de reconhecimento para os habitantes.

5.3 O VIVER DA AVENIDA

O processo de expansão da cidade, sentido leste, ocasionou uma evolução urbanística nas décadas de 70 a 90, marcada pela implantação de espaços de grande importância para a cidade, como o Campus da Universidade Federal do Piauí, o Park Potycabana e os Shoppings. As grandes construções feitas nessa época geraram uma forte descentralização na economia de Teresina, além de proporcionar mudanças na morfologia da avenida, como mudanças de usos de edificações já existentes, bem como, nos perfis das pessoas que lá residiam (MIRANDA et al, 2016).

Apesar das alterações aos quais a estrada foi acometida, ao longo dos anos a avenida Frei Serafim estabeleceu relação de grande prestígio com a cidade, caracterizando-se como uma paisagem urbana que se configura como patrimônio urbano, seja como um marco arquitetônico e urbanístico ou como espaço de memória, pertencimento e identidade para a sociedade. Sobre a relação entre tais sentimentos com o patrimônio, Pesavento (2020, p. 14) afirma:

O presente da cidade, [...], é o momento no espaço onde se reabilita o passado da urbs, material e imaterial, para que nelas as pessoas se reconheçam e identifiquem, ancorando suas referências de memória e histórias.

Ademais, a apropriação desse espaço pela sociedade, além de proporcionar histórias e memórias pessoais, garante também ao local uma nova função ao transformá-lo em palco de manifestações políticas e sociais (RODRIGUES, 2020). Por ser uma das principais vias de movimentação, ao interligar as regiões centro e leste da cidade, a sociedade reconhece o logradouro como espaço propício para visibilizar tais ações.

Assim posto, para fundamentar a relação da Avenida Frei Serafim com a memória e identidade da população e garantir a importância do seu reconhecimento como patrimônio urbano da cidade, foi aplicado um questionário a pessoas que possuem ou tiveram alguma relação com o logradouro. Como uma das formas de entender o significado do local para os viventes do espaço citado foi solicitado que estes definissem a avenida em uma palavra. Para analisar as respostas, foi elaborada uma nuvem de palavras (figura 03).

Figura 03: Nuvem de Palavras



Fonte: Autoral (2021)

A partir da nuvem de palavras pode-se constatar que termos como Histórica, Principal, Essencial e Nostalgia, são os que aparecem com mais frequência como resposta para a definição da avenida, constatando assim a importância da mesma para a história da cidade e memória de quem a vivenciou. Dessa maneira, para entender melhor essa relação verificada, foi questionado a essas mesmas pessoas, se a avenida remetia a alguma memória específica, das 91 respostas obtidas apenas 9 responderam que “não, o grande logradouro não representava nenhuma memória”, enquanto 82 pessoas responderam que “sim, a alameda remetia a memórias específicas”. Dentre as memórias citadas os participantes da pesquisa fizeram alusão, principalmente, à sua infância, como os relatos a seguir.

Sim, quando eu era pequena ia com a minha família assistir a orquestra sinfônica de Teresina em frente à Igreja São Benedito e depois a gente andava pela avenida. (Entrevista Google Forms, 2021)

Quando eu era criança minha mãe estudava no IFPI a noite, então na maioria das vezes ficávamos eu e meu pai na avenida andando pelo passeio esperando por ela. (Entrevista Google Forms, 2021)

Lembro do chafariz que ficava no canteiro central da frei que jorrava água direto perto da ponte nós anos 90. Meus pais nos levavam (meus irmãos e eu) e íamos caminhado por todo canteiro central até o chafariz. Os desfiles de Carnaval e 7 de setembro ocorriam na frei. (Entrevista Google Forms, 2021)

Alguns participantes também relataram de suas adolescências, de como lembravam do espaço da avenida, envolvendo a rotina em suas escolas e das manifestações que aconteciam lá.

Sim. A avenida me relembra a vida de vestibulanda, desde a manhã tranquila, ventilada e arborizada do canteiro central, passagem de travessia, e o meio dia agitado dos estudantes e trabalhadores retornando as suas casas e se deslocando para resolver seus interesses pessoais, respectivamente. (Entrevista Google Forms, 2021)

Caminhar por ela pra voltar pra casa. A sombra e o vento de sentar nos banquinhos pra conversar ou lanchar sozinha enquanto eu lia. (Entrevista Google Forms, 2021)

Dias de escola. Todos os dias descia na Avenida para entrar no colégio, e quando acabava a aula ia almoçar pelos restaurantes ou padarias ali por perto, sempre seguindo pela avenida. Quando queria ir para qualquer local a pé com os amigos, saindo do colégio, a Frei Serafim sempre fazia parte da rota. Após as provas, de noitinha, quando queria espairecer, saía caminhando pela divisão da avenida. Ao entrar na Frei Serafim, minha primeira lembrança sempre é o tempo de escola. (Entrevista Google Forms, 2021)

Sim, várias. Vou citar apenas uma. Geralmente as manifestações que ocorrem na cidade finalizam na Av. Frei Serafim. É lindo de se ver aquela praça lotada de gente que luta por algo. (Entrevista Google Forms, 2021)

Com as entrevistas, notou-se também que muitas pessoas associam a Avenida a movimento e trânsito, enquanto outras lembram de sua tranquilidade e calma. Isso foi percebido que depende muito do dia e horário que tais pessoas passeiam pelo local. Além disso, 100% das pessoas entrevistadas concordaram que a Avenida é de grande relevância para a cidade, como pode ser observado nos relatos a seguir:

Uma importância histórica (por ser um dos marcos iniciais da cidade e palco de eventos importantes), patrimonial (por abrigar elementos construídos e naturais de importância identitária pra cidade) e geográfica (por ser uma das vias principais de deslocamento no Centro e entre bairros). (Entrevista Google Forms, 2021)

Sim, é um espaço urbano e patrimonial de grande relevância por sua arquitetura, história, função urbana, por ser espaço de relações sociais e afetivas. (Entrevista Google Forms, 2021)

Moro fora já fazem 7 anos e é indescritível a sensação que tenho quando estou na frei serafim, é uma sensação enorme de aconchego, me sinto em casa. (Entrevista Google Forms, 2021)

É espaço tensionador. Todas as linhas de ônibus passam pela via, todos os grupos sociais do município frequentam em algum momento. Território de disputa constante. (Entrevista Google Forms, 2021)

Portanto, os relatos apresentados evidenciam a relevância da Avenida Frei Serafim, tomando como contexto a memória e identidade, enaltecendo a sensação de pertencimento de uma população, tais descrições também demonstram o valor desse espaço ser considerado um patrimônio urbano para a cidade por seu contexto histórico e político.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa permitiu constatar que a Avenida Frei Serafim é considerada um símbolo da cidade de Teresina-PI, representando boa parte da memória dos moradores ou ex-moradores da capital. Percebeu-se uma relação existente entre o local e as pessoas, resgatando lembranças quer seja por seus trajetos no dia a dia ou por gostarem de caminhar pelo passeio arborizado, seja por manifestações políticas e sociais, por lembrarem da infância/ adolescência ou até mesmo por associar a avenida a um local caótico devido à grande movimentação do trânsito na região.

Apesar de sua relevância para a urbe, ainda falta reconhecimento da sociedade desse espaço como um patrimônio. Esse desconhecimento ocorre, principalmente, pela falta de compreensão do termo patrimônio, já que muitos concordam sobre a importância da avenida. Assim, para que haja um maior entendimento do que significa um patrimônio e o que a preservação do mesmo proporciona a cidade são necessárias práticas de educação patrimonial e urbana.

Ao mesmo tempo, intervenções que intencionam o desenvolvimento da cidade, atuam de forma antagônica ao processo de preservação da avenida, assim, os gestores públicos que deveriam atuar na conscientização e educação patrimonial da população são justamente, os que propõem essas atrocidades (RODRIGUES, 2020).

Em suma, a pesquisa mostrou a existência de uma conexão entre o cidadão e a avenida, resgatando memórias e um sentimento de pertencimento com o local e que enquanto patrimônio cultural urbano necessita de um plano de preservação para que continue sendo espaço de trocas e gerador de lembranças.

REFERÊNCIAS

- ARGAN, Giulio Carlo. **História da arte como história da cidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html >. Acesso em: julho, 2021.
- CARDOSO, Luciene Brito. **Paisagem cultural do Centro de Teresina/PI: significados dos seus elementos morfológicos**. 2006. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.

CARVALHO, Rômulo et al. Patrimônio e paisagem em Teresina: ações através da educação patrimonial. In: **VI Seminario Internacional de Investigación en Urbanismo, Barcelona-Bogotá, junio 2014**. Departament d'Urbanisme i Ordenació del Territori. Universitat Politècnica de Catalunya, 2014.

CASTRIOTA, Leonardo Barci. Intervenções sobre o patrimônio urbano: modelos e perspectivas. **Fórum do Patrimônio: ambiente construído e participação sustentável**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2007.

CHAUI, Marilena. **A memória**. In: _____. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2006. cap. 3, p. 138-142.

DA SILVA NETO, Walber Angeline; MARTINS, Tiago Leal Catunda. **CIDADES SÃO PESSOAS: o espaço público como garantia constitucional do cidadão**. Revista Ciência & Saberes-UniFacema, v. 2, n. 4, 2017.

FERRARA, Lucrécia D'Aléssio. **As máscaras da cidade**. Revista USP, n. 5, p. 3-10, São Paulo, EDUSP, 1990. (Dossiê Cidades).

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Vértice; Revista dos Tribunais, 1990.

HENTSCHKE, Roberta Ribeiro. **Caminhante: espaço urbano, espaço digital e suas relações**. 2012.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. 5. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2003

LYNCH, K. (1997). **A imagem da cidade**. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

MATOS, Matias Augusto de Oliveira. **Avenida Frei Serafim: lembranças de um tempo que não acaba**/ Matias Augusto de Oliveira Matos. - Teresina: W LAGE - Alínea Publicações Editora - 2ª ed. - 2017.

MIRANDA, Amanda et al. Da estrada carroçável ao boulevard: a Avenida Frei Serafim como principal eixo viário da cidade de Teresina, Piauí, Brasil. In: PNUM – REDE LUSÓFONA DE MORFOLOGIA URBANA, 5, 2016, Guimarães. **Anais Eletrônicos**. Portugal: Guimarães, 2016. p. 1169 – 1178. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/350055473_Da_estrada_carrocavel_ao_boulevard_a_Avenida_Frei_Serafim_como_principal_eixo_viario_da_cidade_de_Teresina_Piaui_Brasil. Acesso em: julho, 2021

MIRANDA, Amanda et al. Análise do sistema de praças do centro urbano de Teresina-PI. In: Colóquio QUAPA-SEL, 10, 2015, Brasília. **Anais Eletrônicos**. Brasil: Brasília, 2015. Disponível em: <http://quapa.fau.usp.br/wordpress/artigos-de-coloquio/>. Acesso em: julho, 2021

MOTTA, Lia. **Patrimônio urbano e memória social: práticas discursivas e seletivas de preservação cultural 1975 a 1990**. 2000. Dissertação de Mestrado.

NASCIMENTO A (2002) **A cidade sob o fogo: modernização e violência policial em Teresina – (1937-1945)**, Fundação Cultural Monsenhor Chaves, Teresina.

NORA, Pierre. **Entre memória e história: a problemática dos lugares**. Tradução Yara Aun Khoury. São Paulo: Projeto História, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

PELEGRINI, Sandra C. A. **Cultura e natureza: os desafios das práticas preservacionistas na esfera do patrimônio cultural e ambiental**. In: Revista Brasileira de História. São Paulo 2006, v. 26, nº 51, p. 115-140.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. Cidade, espaço e tempo: reflexões sobre a memória e o patrimônio urbano. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul**, n. 158, 2020.

POLLAK, Michael. **Memória, esquecimento e silêncio**. In: Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 3, 1989, p. 3-15.

POLLAK, Michael. **Memória e Identidade social**. In: Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 200-212.

RODRIGUES, Ísis Meireles; DE LIMA, Ana Cristina Gomes. **Preservação x intervenção urbana: o caso da avenida Frei Serafim**. Revista Diálogos Acadêmicos, v. 8, n. 1, 2020.

ROSSI, Aldo. **A arquitetura da cidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SIMÃO, Maria Cristina Rocha; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Preservação do patrimônio urbano e direito à cidade: Intersecções e desvios. **The Overarching of the European Space: Society, Economy and Heritage in a Scenario**. Porto: FLUP, p. 289-300, 2017.

VILHENA, Gustavo Henrique Ramos de. **Os fazedores de cidade: uma história da mudança da capital no Piauí (1800-1852)** / Gustavo Henrique Ramos de Vilhena. – 2016.

Violência doméstica física/ostensiva e violência doméstica psicológica/velada contra a mulher

Um estudo na perspectiva
do ordenamento jurídico brasileiro



REIA SÍLVIA RIOS MAGALHÃES

Assistente Social. Professora Adjunta do Departamento de Serviço Social da UFPI - Doutora em Ciências da Comunicação pela UNISINOS. Mestre em Serviço Social pela PUC de São Paulo.

Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8067415627751531>

E-mail: reiarios@hotmail.com.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FÍSICA/ OSTENSIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA/ VELADA CONTRA A MULHER: um estudo na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro

Reia Sílvia Rios Magalhães¹

RESUMO

No Brasil, durante longos anos, a legislação civil considerava a mulher como um ser humano de capacidade inferior e outorgava imensuráveis limitações aos seus direitos. A mulher, portanto, teve que travar uma luta para ocupar seu espaço de cidadã, só conseguindo conquistar os seus direitos de forma lenta e gradual. O estudo se configura, pois, numa pesquisa de natureza qualitativa, de caráter exploratório, do tipo pesquisa bibliográfica e documental. O objetivo foi apreender e analisar, com base na literatura pertinente à matéria, livros, revistas especializadas, jurisprudências e artigos publicados na Internet, os principais aspectos, as mudanças instauradas e os impactos jurídicos provocados pelo tratamento normativo ao encaminhamento da violência doméstica contra a mulher no ordenamento jurídico do Brasil, especificamente na perspectiva da violência psicológica que é prevista na Lei Maria da Penha- Lei 11.430 de 2006, mas ainda não possuía uma tipificação própria, específica. Só agora, em 2021, com a Lei 14.188 é incluído no código Penal a chamada Violência Psicológica, que acontece, normalmente de forma velada, mas que não deixa de doer e deixar marcas profundas, tal como a violência física- ostensiva na mulher vítima no interior do ambiente doméstico. O estudo possibilitou a inferência de que a regulação da violência doméstica contra a mulher sofreu uma visível evolução. Muitos avanços ocorreram com as leis vigentes, entretanto, ainda não se chegou à plenitude. Mesmo que a violência Psicológica já possa valer de um atendimento especializado, pode se observar que a demanda não para de crescer, aumentando e agravando progressivamente todos os tipos de violência contra a mulher. Novos obstáculos e dificuldades surgem a cada dia, trazendo problemas jurídicos e sociais negativos, uma vez que não vem solucionando de maneira satisfatória os reais interesses das mulheres vítimas. Sabemos que a maioria dessas, para além da punição do agressor, busca uma mediação para resolver os conflitos e dar fim à situação de qualquer tipologia de violência, priorizando o assessoramento e tratamento.

PALAVRAS – CHAVE: Violência Doméstica. Violência Psicológica. Ordenamento jurídico brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

¹ Assistente Social. Professora Adjunta do Departamento de Serviço Social da UFPI- Doutora em Ciências da Comunicação pela UNISINOS. Mestre em Serviço Social pela PUC de São Paulo *Link do Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/8067415627751531> E-mail: reiarior@hotmail.com

Apesar das pessoas do sexo feminino ter sido por muito tempo renegadas, discriminadas, tratadas de forma preconceituosa, diferentes do sexo masculino e com restrição de legislação, foram, gradativamente, adquirindo seus direitos em diversos aspectos, hoje vigentes.

No que se refere ao caso de violência doméstica, os fatos do passado, de uma sociedade machista e patriarcal, não impediram a concessão de novos direitos à mulher, tendência que se reforçou pela nova Lei Nº 11.340/2006 um aparato legislativo que passou a tutelar as vítimas e penalizar rigorosamente seus agressores.

Nessa perspectiva, acreditamos que a relevância científica e a contribuição jurídica do tema estão na análise minuciosa das principais propostas da Lei 11.340/2006 e atualmente, da Lei 14.188/2021, incluída no código Penal, no sentido de desvendar as mudanças por elas previstas.

A preocupação com a temática emergiu de situações pessoais, enquanto cidadã e profissional envolvida nas questões sociais e de trabalho na área, centrada na tarefa de atuar de forma competente no meu campo e preocupada com a missão de construir conhecimentos.

Assim sendo, sente-se a necessidade de voltar à atenção para este estudo. A intenção foi, pois, refletir, a partir dos principais aspectos que balizam o tema em questão, para além da mera descrição de dados, mas, sobretudo, para a sua análise crítica, interpretativa, buscando alcançar caminhos que levam a uma visão ampliada acerca da realidade pesquisada.

Para o alcance do objetivo proposto, a intenção foi desenvolver o estudo a partir da pesquisa bibliográfica e documental. No sentido, portanto, de dar sustentação à investigação do tema, desenvolveram-se reflexões com apoio em um amplo referencial, capaz de permitir uma análise profunda e bem contextualizada. Trata-se, portanto, de uma pesquisa de natureza qualitativa, de caráter exploratório do tipo bibliográfica e documental.

A finalidade foi, no cruzamento dos dados dos diversos autores, obter plenas condições para inferências interpretativas sobre a questão abordada.

Em face desses argumentos e devido ao problema levantado, o trabalho está pautado, como já ressaltamos, em aspectos de pesquisa qualitativa, conhecendo as concepções dos autores da área penal, de forma a alcançar a ampliação de possibilidades de correlação, comparação e análise das informações. Assim, a pesquisa se configura como um estudo do teórico, baseado, pois, em livros, artigos, revistas, monografias, dissertações, enfim, todas as

fontes que possam subsidiar a pesquisadora a um contato direto com teóricos envolvidos com a temática da Legislação que trata da violência doméstica física e psicológica contra a mulher.

É importante ressaltar que, na perspectiva de tornar o texto mais lógico e coerente, além desse primeiro item de introdução, optamos por desenvolvê-lo a partir de mais dois itens. No segundo, buscamos tecer algumas considerações sobre a Violência Doméstica Contra a Mulher no Ordenamento Jurídico Brasileiro: do legado histórico expondo aspectos conceituais e abordando aspectos gerais acerca da Violência Doméstica contra a mulher.

No terceiro item refletimos numa perspectiva de aproximações conceituais sobre a violência doméstica psicológica.

No quarto item central do nosso estudo, tratamos da Lei nº 11.340 e da recente Lei 14.188/2021 apresentando e analisando suas atuais mudanças, com ênfase nos seus problemas de aplicabilidade prática e principais desafios nos direitos jurídicos e sociais.

Por fim, tecemos algumas considerações finais, coerentemente com o objetivo traçado, tomando como referência todo material que nos forneceu elementos necessários à compreensão do tema estudado.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: do legado histórico aos dias atuais

Casos de violência doméstica contra a mulher sempre estiveram presentes na nossa sociedade. O fenômeno não é recente. Sabemos que a mulher, desde os primórdios da humanidade, foi tratada, não só no Brasil, mas no mundo todo, de maneira diferente do sexo oposto. Considerada um ser inferior, em razão da desigualdade nas relações de poder, se comparada aos homens, assim como em função da discriminação de gênero, a violência contra a mulher ainda se encontra presente tanto no espaço da sociedade como no espaço doméstico.

Antigamente, o crime da violência doméstica contra a mulher, mesmo que considerado como um “ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial” (SOUZA, 2017), não era visto na perspectiva jurídica, nem sujeito a punições e outros mecanismos de proteção e segurança à vítima.

Somente no século XIX, com a constitucionalização dos direitos humanos, a violência contra a mulher passou a ser estudada com maior profundidade e apontada por diversos setores representativos da sociedade, tornando-se assim, um problema central para a humanidade, bem como um grande desafio, discutido e estudado por várias áreas do conhecimento na sociedade contemporânea (SOUZA, 2017).

A Violência doméstica é um tema instigante, sendo bastante estudado a partir de diferentes perspectivas. Cada área do saber fala sobre o assunto, seguindo um ponto de vista próprio, determinado. Entretanto, com base nas assertivas dos diferentes teóricos, consideramos, para este trabalho, a violência específica contra a mulher como ataques cometidos, geralmente, por cônjuge/companheiro, ex – cônjuge/companheiro, casados civilmente ou em regime de união estável, ou seja, homens que mantêm com a vítima algum tipo de relação afetiva podendo ser, inclusive, pai, padrasto, tio, irmão ou qualquer outro que faça parte da sua relação familiar.

Aqui é preciso se fazer uma diferenciação entre o que estamos chamando de violência doméstica contra a mulher e violência doméstica e familiar, já que os termos parecem ter o mesmo significado. No entendimento de Souza (2017), a violência contra a mulher é:

... A chamada violência de gênero, pois abrange as várias formas de violência como a violência sexual, moral, espiritual, familiar, doméstica, entre outras. Diferentemente da violência doméstica e familiar, sendo esta, uma das modalidades da violência contra a mulher.

Vejamos, ainda, o entendimento de Santos *et. al.* (2014. p. 6):

A violência doméstica contra mulher é o preconceito e a intolerância que devastam a humanidade desde seu primórdio. Problema este que a mulher enfrenta em ambiente familiar por um irmão, pai, padrasto, seja qual for o vínculo familiar, porém é cometida em número maior pelo marido, ex-marido, companheiro, ex-companheiro, namorado e ex- -namorado. Violência que acompanha o gênero feminino, alvo cultural de uma sociedade machista na qual a mulher já foi considerada objeto para fins domésticos e procriação. São agressões domésticas que acontecem em todo o país independentemente da classe social, cor ou raça.

Desse modo, percebe-se que a violência contra a mulher poderá produzir consequências avassaladoras, capazes de destruir o corpo e a alma da mulher.

Analisemos, pois, a definição de Lelis e Cavalcante (2017):

A violência contra a mulher é uma das mais brutais formas de transgressão aos Direitos Humanos, pois não se trata apenas de maus-tratos físicos, mas sexual, psicológico, moral e também econômico. É a legitimação de frontal desrespeito às garantias constitucionais à saúde, à liberdade e à dignidade.

O gênero feminino, como já foi anteriormente destacado, sempre foi alvo de uma cultura machista, que não enxergava a mulher como ser humano, e sim, como mero objeto para fins de trabalhos domésticos e procriação. Considerada o “sexo frágil”, a mulher, ao longo dos anos, foi sendo vítima de preconceitos e agressões verbais e físicas constantes por causas banais, com graves consequências. O medo, a insegurança e inquietações, além de danos, às vezes, irreversíveis à saúde física e mental são tipos de sequelas não só para a mulher como também para toda a família. Veja-se:

Antigamente, as mulheres eram tratadas como propriedade dos homens, perdendo assim, a autonomia, a liberdade e até mesmo a disposição sobre seu próprio corpo. Há registros na história de venda e troca de mulheres, como se fossem mercadorias. Eram escravizadas e levadas à prostituição pelos seus senhores e maridos (SOUZA, 2017).

Assim sendo, nesta época infausta da humanidade, a violência contra a mulher era vista, até certo ponto, como normal. Assim como era considerado normal a criança ser castigada e espancada pelos pais e o negro ser maltratado pelo seu dono. Havia a ideia de submissão do mais fraco ao mais forte, ou seja, do filho aos pais, do Senhor de engenho ao escravo, da mulher ao marido.

A partir da Constituição de 1988, com a exorbitância da violência doméstica, iniciou-se o reconhecimento de uma proteção especial para o ser humano do sexo feminino. Nesse sentido, surge a Lei nº 9.099/95 que, de forma implícita, tinha a intenção de proteger e repreender esse tipo de violência. Todavia, era insuficiente, uma vez que, além de não contemplar homicídios e lesões corporais graves, não continha resultados imediatos.

Dessa maneira, sem uma regulação jurídica consistente e eficaz, o crime da violência contra a mulher continuava crescendo, ganhando uma nova dimensão e incomensurável indignação por parte das vítimas e da sociedade.

No decorrer dos anos, entretanto, a mulher foi à luta em direção à garantia de seus direitos de cidadã. “Foi de suma importância movimentos feministas que atuaram por meio de convenções para os Direitos Humanos, como a convenção de Belém do Pará, por exemplo. Houve a necessidade de leis específicas diante do agravo” (SANTOS et. al., 2014, p. 72).

Conforme Brito (2017):

A história da luta pelos direitos da mulher é árdua e nem sempre compensatória. Ainda hodiernamente, mesmo tendo como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e sendo o princípio da isonomia um direito fundamental e cláusula pétrea da mesma Constituição (art. 5º, I), para não mencionar outras normas protetivas, o preconceito de gênero priva as pessoas do sexo feminino da efetivação plena de sua condição de pessoa humana e de cidadã.

No Brasil, a questão da violência doméstica ganhou mais expressão quando, finalmente, entra em vigor, há pouco mais de uma década, a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida também como “Lei Maria da Penha”, em homenagem a mulher que sofreu sucessivas agressões de seu marido, que tentou matá-la. Maria da Penha tornou-se, então, um símbolo de resistência e dedicação ao combate da violência contra a mulher.

Com a promulgação dessa lei, a violência doméstica deixa de ser vista como problema da vida privada - briga de família ou de marido e mulher -, passando a ser encarada como problema social e de polícia, sendo reconhecida e assumida no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, é uma realidade que atinge concretamente a vida de um grande número de mulheres, independentemente da sua situação econômica, racial ou cultural.

Diversos teóricos da área, afirmam que a violência doméstica pode ser dividida em quadro tipologias. O Ministério da Saúde destaca os seguintes tipos de violência:

1-Violência Física- que ocorre quando alguém causa ou tenta causar dano, por meio de força física, de algum tipo de arma ou instrumento que pode causar lesões internas: (hemorragias, fraturas), externas (cortes, hematomas, feridas)...

2- Violência sexual é toda a ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga uma outra à realização de práticas sexuais contra a vontade, por meio da força física, da influência psicológica (intimidação, aliciamento, sedução), ou do uso de armas ou drogas...

3-Negligência é a omissão de responsabilidade, de um ou mais membros da família, em relação a outro, sobretudo, com aqueles que precisam de ajuda por questões de idade ou alguma condição específica, permanente ou temporária.

4- Violência psicológica é toda ação ou omissão que causa ou visa causada no à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. Inclui: ameaças, humilhações, chantagem, cobranças de comportamento, discriminação, exploração, crítica pelo desempenho sexual, não deixar a pessoa sair de casa, provocando o isolamento de amigos e familiares, ou impedir que ela utilize o seu próprio dinheiro. Dentre as modalidades de violência, é a mais difícil de ser identificada. Apesar de ser bastante frequente, ela pode levar a pessoa a se sentir desvalorizada, sofrer de

ansiedade e adoecer com facilidade, situações que se arrastam durante muito tempo e, se agravadas, podem levar a pessoa a provocar suicídio. (BRASIL, 2001).

No item seguinte, detalharemos mais sobre a violência doméstica do tipo psicológica que, como todas as outras, se entrelaçam e se misturam de diferentes maneiras.

Neste estudo tencionamos, portanto nos deter na análise somente das chamadas violência doméstica física e da violência doméstica psicológica, questionando as Leis pertinentes à matéria.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA: aproximações conceituais

Mas o que seria violência doméstica psicológica, que aqui estamos chamando de violência velada? Diferentemente da violência doméstica física ela não se trata de uma forma de violência ostensiva. Quer dizer, ela ocorre, geralmente, de uma forma camuflada, sem ruídos de pancadas, tiro de revólver ou facada. Na realidade, trata-se de uma violência onde nem sempre a mulher consegue enxergar que está sendo vítima. Isso por que essa modalidade de violência à mulher pode acontecer por meio de ameaças, chantagens, humilhações, proibições, constrangimentos, ridicularização, isolamento ou outro qualquer ação que possa causar dano de cunho emocional, acarretando riscos ao seu pleno desenvolvimento.

Nesse sentido, a violência psicológica pode aparecer diluída em “doses homeopáticas”, quer dizer, um pouco de cada vez, mas o suficiente para abalar a autoestima da mulher e prejudicar a sua saúde psicológica.

A violência doméstica psicológica é considerada um problema universal que atinge milhares de pessoas, em grande número de vezes de forma silenciosa, trata-se de uma agressão que não deixa marcas corporais visíveis, mas emocionalmente causa cicatrizes para toda a vida. (MARTINS, et. al. 2021)

Estamos chamando aqui de violência velada exatamente por ela é desenvolvida sem causar dano físico ou material à vítima. Estando associadas a fenômenos emocionais, nem sempre se faz visível, palpável, tornando difícil o seu reconhecimento como tal. Algumas vezes agravada por questões sociais, como alcoolismo, desemprego, problemas familiares, sofrimento, luto e outras atribulações.

Do ponto de vista de Azevedo e Guerra:

O termo violência psicológica doméstica foi cunhado no seio da literatura feminista como parte da luta das mulheres para tornar pública a violência cotidianamente sofrida por elas na vida familiar privada. O movimento político-social que, pela primeira vez, chamou a atenção para o fenômeno da violência contra a mulher praticada por seu parceiro, iniciou-se em 1971, na Inglaterra, tendo sido seu marco fundamental a criação da primeira “CASA ABRIGO” para mulheres espancadas, iniciativa essa que se espalhou por toda a Europa e Estados Unidos (meados da década de 1970), alcançando o Brasil na década de 1980 (2001, p.25).

Esta concepção nos permite obter melhores condições para o entendimento do termo e para a identificação das mulheres vítimas de tal situação de violência, favorecendo aos profissionais a encontrar formas de ajudá-las a reconhecer o que estão vivenciando e a buscar caminho de garantia dos seus direitos.

No entendimento de Barbosa et. al. (2021):

A violência psicológica é um fenômeno complexo compreendido como síndrome psicossocial multidimensional. Psicossocial porque afeta o indivíduo, o grupo de trabalho e a organização, produzindo disfunções em nível individual e coletivo, gerando importantes repercussões externas; e multidimensional porquanto se apresenta comumente com uma gama de sintomas físicos e psíquicos, específicos e inespecíficos, não redutíveis a uma configuração típica e facilmente diagnosticável.

Para as autoras supracitadas, “A violência psicológica afeta a multidimensionalidade da mulher, porquanto sua invisibilidade deixa marcas causadas por sua frequência, e a trivialidade com que é tratada desestrutura a identidade individual”.

Nessa mesma linha de pensamento, Lemos et. al. (2021) consideram a violência doméstica psicológica como:

... Uma categoria de violência que é negligenciada. Esta afirmação tem como base dois pilares. O primeiro refere-se ao que é denunciado nas manchetes dos jornais, que destacam a violência doméstica somente quando esta se manifesta de forma aguda, ou seja, quando ocorrem danos físicos importantes ou, mesmo, quando a vítima vai a óbito

Para Siqueira e Rocha (2021) a violência psicológica “é um fenômeno que está presente no cotidiano de muitas mulheres, independente de classe, cor, credo, escolaridade e que prejudica a qualidade de vida da mulher que vivencia esse fenômeno”.

Em face do exposto, podemos observar que a violência doméstica psicológica traz diversas implicações envolvendo e atingindo a sociedade de uma forma geral, causando danos emocionais em longo prazo, acarretando graves problemas no que se refere ao desenvolvimento e saúde psicológica da mulher.

Embora a Lei 11.340, ou seja, Lei Maria da Penha, tenha desde sua publicação, previsto a violência psicológica como forma de violência doméstica contra a mulher no seu artigo 7, inciso II, não havia, entretanto, nenhum tipo penal que abarcasse tal conduta no ordenamento jurídico brasileiro. Somente agora, em 29 de julho de 2021, passou a existir no Código Penal um crime chamado “Violência Psicológica contra a Mulher”.

A seguir refletimos sobre a Violência Doméstica Física e a violência doméstica Psicológica com especial enfoque na Legislação brasileira, identificando o que realmente mudou com as Leis 11.340/2006 e 14.188/2021, sancionada recentemente, e analisando que problemas e desafios ainda permanecem.

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FÍSICA E PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER NA PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: mudanças, problemas e principais desafios jurídicos e sociais.

4.1 Mudanças

O ser feminino no decorrer dos anos foi, continuamente, considerado por toda sociedade como ser inferior ou diferenciado negativamente em relação ao sexo oposto. Fruto de um descaso social, histórico e cultural, que sempre perseguiu a mulher desde as épocas mais remotas, a violação dos seus direitos humanos, a afetava em seus direitos à vida, à saúde e à integridade física.

A violência contra a mulher, estruturante da desigualdade de gênero, consta como um dos principais formatos dessa discriminação jurídica para com a mulher. No lar, onde deveria ocorrer uma relação de respeito, amor e segurança, ocorre uma relação de violência, “que,

muitas vezes, é inviabilizada por estar atrelada a papéis que são culturalmente atribuídos para homens e mulheres. Tal situação torna difícil a denúncia e o relato, pois torna a mulher agredida ainda mais vulnerável à violência” (OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO, 2017).

Ainda, segundo o mencionado Observatório:

Pesquisa revela que, segundo dados de 2006 a 2010 da Organização Mundial de Saúde, o Brasil está entre os dez países com maior número de homicídios femininos. Esse dado é ainda mais alarmante quando se verifica que, em mais de 90% dos casos, o homicídio contra as mulheres é cometido por homens com quem a vítima possuía uma relação afetiva, com frequência na própria residência das mulheres.

Com a criação da Lei nº 11.340, a violência doméstica passa, então, a ser considerada como violação dos direitos humanos, como um delito, alavancando verdadeira mudança nos valores sociais, deixando para trás a banalização dessa relevante realidade que acontece nas relações domésticas, despontando a esperança da aplicabilidade jurídica que penalize o agressor e garanta proteção à vítima.

Na supracitada Lei, o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher encontra-se no Artigo 5º, conforme se segue:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Vale lembrar que a violência doméstica contra a mulher não é só a agressão física, pode ser também a **psicológica** - como enclausurar a mulher, vigiá-la constantemente, insultos -, **sexual** - como forçar uma relação íntima não desejada, impedir o uso de contraceptivos -, **patrimonial**- como a destruição ou subtração dos seus bens, recursos econômicos ou documentos pessoais da mulher, e, **moral** - seja qual for o ato que se caracterize como calúnia, difamação ou injúria.

Mas o que está sendo feito para sanar tal incoerência? Na realidade, só após a luta árdua de movimentos feministas pela busca do fim da impunidade, associada às demais lutas sociais, sob a influência de um novo cenário da sociedade brasileira, a causa da violência contra a mulher vem tomando novos rumos, transmutada para a normatividade.

Como já destacado, a questão da violência doméstica ganhou importante visibilidade quando entrou em vigor, a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Também conhecida como

Lei Maria da Penha, devido à grande comoção e repercussão provocada pelo atentado a uma mulher que foi cruelmente agredida fisicamente pelo marido, chegando a ficar paraplégica, em razão de um tiro nas costas, levado enquanto dormia.

Foi, então, no calor dessa revolta social, que o Presidente da República encaminhou ao Congresso um Projeto convertido na Lei nº 11.340 ou Lei Maria da Penha, nome da mulher que sofreu o bárbaro atentado.

Mas, concretamente, que modificações jurídicas e sociais são implementadas com a Lei nº 11.340? Que impactos surgiram e que desafios se apresentam após a promulgação dessa Lei?

No dizer de Dias (2017):

A Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, produziu uma verdadeira revolução no combate à violência doméstica. Foram criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, com isso, foi afastada a aplicação da Lei dos Juizados Especiais. Passou a ser questionado, também, se o delito de lesões corporais teria deixado de ser considerado de pequeno potencial ofensivo, se haveria a necessidade de representação para o desencadeamento da ação penal e, principalmente, se é possível à vítima renunciar à representação. Após três anos de vigência da Lei, esta edição traz referências a outras normas nacionais e tratados internacionais que garantem à mulher respeito à sua dignidade.

Podemos dizer que relevantes mecanismos foram criados, instituindo, assim, um novo horizonte para o tratamento jurídico da violência doméstica contra a mulher.

Anteriormente, os índices de agressões e violências no âmbito doméstico contra a mulher no Brasil eram ainda mais altos. As vítimas não tinham um aparato jurídico e, por medo das ameaças, por insegurança, vergonha da própria situação, receios da exposição pessoal e familiar, acabavam calando-se e passando anos vivendo uma relação conflituosa, intranquila, dentro de um lar desestruturado.

“A Lei Maria da Penha também teve uma importante vitória em fevereiro de 2012, em decisão do STF, quando foi estabelecido que qualquer pessoa pode registrar formalmente uma denúncia de violência contra a mulher, e não apenas quem está sob essa violência” (OBESERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO, 2017).

A Lei nº 11.340 teve, portanto, uma relevante missão: colocou fim na problemática contida no que diz respeito à falta de garantias legais e de impunidade ao agressor, assegurando, pois, à mulher “todos os direitos fundamentais da pessoa humana, garantindo-lhe as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física, mental e aperfeiçoar-se moral, intelectual e socialmente” (*op. cit.*, 2017).

Após a entrada em vigor da supracitada Lei, houve significativas mudanças na forma como são tratados os casos de violência contra a mulher no Brasil. Antes da Lei Maria da Penha, como assegura Couto (2017), “os casos de violência contra a mulher eram englobados no campo geral de agressões, no direito penal”.

Assim, não havia uma legislação específica que regulamentasse o crime da violência contra a mulher de maneira juridicamente eficaz, segura, capaz de atingir as finalidades ambicionadas pelas vítimas.

É importante frisar também que, antes da promulgação da Lei em questão, os casos de violência doméstica eram tratados pelo juizado especial criminal de pequenas causas, tendo penas muito baixas, normalmente, convertidas em penas alternativas, como a doação de cestas básicas ou multas. E, atualmente, a violência contra mulher é considerada crime, passível de prisão do agressor. Isso, certamente, faz com que a mulher se sinta protegida, tendo mais coragem de denunciar.

A partir da criação da Lei supramencionada, ficou estabelecido que todo o caso de violência doméstica e intrafamiliar devem ser investigados através de inquérito policial e ser enviado ao Ministério Público. Esse tipo crime é julgado nos Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a Mulher, criados a partir da Lei nº 11.340. Nas localidades em que ainda não existem esses juizados, os casos são julgados nas Varas Criminais.

Não podemos deixar de reconhecer que a Lei nº 11.340 trouxe novas formas de enxergar e enfrentar os casos de violência contra a mulher, modificando as condições de dignidade e de cidadania das mulheres, sempre tão negligenciadas, marcadas de forma profunda pelo autoritarismo, preconceito e abuso de poder do seu agressor.

Embora reconhecendo as numerosas garantias legais e aspectos da Lei 11.340, bastante favoráveis aos interesses da mulher, verificamos que ela traz uma lacuna em relação aos outros tipos de violência, dentre as quais a violência doméstica psicológica, basta ver que ainda que prevista na mencionada Lei, esse tipo de violência vinha ocupando uma posição de desvantagem em relação à violência doméstica física, na medida em que não tinha sido detalhadamente tipificada.

Faltava, pois, uma melhor descrição dessa modalidade de violência doméstica. Faltava um tipo penal que particularizasse a conduta do agressor. Afinal, quanto melhor aclarada ficar essa modalidade, mais eficiente será a atuação da Justiça e do Ministério Público na proteção aos direitos da mulher vítima.

A nova Lei nº 14.188, de julho de 2021, sancionada sem vetos pelo atual presidente, inclui na Lei 11.340/2006 o critério de existência de risco à integridade emocional da mulher. Seu texto prevê que esse tipo de violência doméstica tem uma pena de reclusão de seis meses a dois anos e multa ao acusado de, dentre outras condutas, humilhar, manipular, ameaçar, chantagear, visando prejudicar a integridade psicológica da vítima.

Uma importante mudança que vale destacar é que a partir dessa nova Lei é agora permitido que delegado e policial possam afastar imediatamente o agressor do ambiente de convivência com critério de existência de risco à integridade psicológica da mulher. Coisa que só era permitida em casos de risco a integridade física.

A Lei 14.188/2021 trouxe algumas mudanças legislativas na luta contra a violência contra mulher, entre elas a criação do Programa Sinal Vermelho que prevê, entre outras medidas, que a letra X escrita na mão da mulher, de preferência na cor vermelha, funcionando como um sinal que chame atenção e denuncie a situação de violência que a mulher está sofrendo. Trouxe também o aumento de pena no crime de lesão corporal contra mulher, por razões da condição de sexo feminino, e, por fim a criação do tipo penal de violência psicológica contra mulher.

Continuando nossas reflexões, teceremos a seguir algumas considerações direcionadas para os problemas e os principais desafios que se apresentam na realidade contemporânea em relação à violência doméstica física contra a mulher no Brasil, após o advento da Lei nº

11.340/2006 e da nova Lei 114.188/2021, que trata agora de forma mais detalhada o tipo de violência doméstica psicológica.

4.2 Problemas e Principais Desafios

Ante o exposto, vimos que a Lei Nº 11340/2006, Lei da Violência Doméstica Contra a Mulher, é um tema bastante polêmico. Veja-se:

Para acabar com a violência doméstica e familiar contra a mulher, é preciso, antes de mais nada, mudar certas atitudes culturais e crenças da sociedade, as quais permitem a ocorrência e continuidade do comportamento abusivo de homens que acreditam na resolução das divergências e controvérsias utilizando a força, a brutalidade e a violência (SILVA e TEIXEIRA, 2017).

A questão é histórica, social e cultural, porém, é muito mais profunda, estando atreladas a um contexto preconceituoso, discriminatório e instável, permeado de tensões, contradições e de desigualdades. Afirma, ainda, Souza (2017)

O Sistema Penal Brasileiro tem adotado o discurso da ressocialização do criminoso, sem ter maiores preocupações com a vítima, abandonada a sua própria sorte. Tal postura discordava das diretrizes recomendadas pelo direito internacional, desde a Declaração de 1948 e de vários tratados que lhe sucederam. Embora tenha havido alguns avanços nesta área, a vítima ainda ocupa posição de desvantagem. Seus interesses são relegados a um plano absolutamente secundário. No processo penal sua participação restringe-se a prestações de declarações em juízo, ou seja, uma ferramenta utilizada para que se alcance resultado que o sistema almeja.

Ainda que a Lei 11.340/2006 tenha sido criada com o propósito de coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher consideramos a necessidade do compromisso e engajamento das autoridades para que esta Lei seja realmente útil na prática. Geralmente, as

Delegacias não dispõem de estrutura adequada, tampouco de profissionais preparados para o atendimento da vítima.

Como leciona Barros (2017):

... É precária preparação especial (que, inclusive, pode nem existir) à qual são submetidos os profissionais que trabalham no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher (profissionais das DEAMs, do Centro de Referência, da Casa Abrigo, do Juizado, da Defensoria Pública, do Ministério Público). Essa preparação especial diz respeito às discussões acerca de gênero, sobre esse tipo particular de violência [...] diferencia-se dos demais pela existência de vínculo afetivo entre a vítima e o agressor e acerca da própria Lei Maria da Penha, discussões essas que têm como intuito aprimorar o atendimento às mulheres, e, assim, aumentar a eficácia do combate à violência em questão.

Essa é só mais um dos aspectos problemáticos da execução da referida Lei, uma vez que, ainda que a mesma tenha trazido um avanço significativo para a mulher em situação de violência doméstica, possui dificuldades para ser colocada em prática, abrindo espaço para que continue ocorrendo discriminação à mulher.

Em razão dessa problemática, muitas mulheres são desestimuladas a denunciar, perdendo a coragem de reagir e de buscar a solução para a adversidade da qual são vítimas. Não só por medo de uma possível retaliação por parte do agressor ou de perder a guarda dos filhos, ou por ser dependente financeiramente, mas pela forma humilhante como são tratadas por aqueles que deveriam protegê-las e preservar a sua integridade física e psicológica.

Aliado a esse problema, do despreparo dos profissionais no âmbito das Delegacias de Polícia, está o deficiente contexto estrutural. Nos casos previstos no Terceiro Capítulo da Lei – “DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL”, o seu Art. 11, preconiza que a autoridade policial deverá, entre outras providências: “II – encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal”, como no “III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida”.

Apesar da boa intenção, há falhas, como bem observa Trindade (2017).

É muito difícil de ser concretizada na prática, devido a atual realidade da polícia judiciária, a falta de recursos da polícia, faltando até mesmo um maior cuidado do poder público. Não há viaturas suficientes, por vezes faltando até combustível quando há viaturas. Então, nota-se que este inciso tem certa dificuldade de ser concreto na prática. Seria muito importante se

esta previsão se realizasse na prática, pois diversas vezes a mulher vítima não possui condições físicas ou matérias para se deslocar para um local seguro, longe do agressor.

Outro problema que se constata quando da aplicação da Lei Maria da Penha é a morosidade do judiciário, relacionada ao exíguo número de funcionários para atender a demanda dos processos. Em decorrência da demora no andamento dos processos, a vítima fica mais exposta à agressão e, além disso, corre o risco de ocorrer à prescrição intercorrente da ação, o que, certamente, obstaculiza ainda mais o enfrentamento da violência aqui questionada.

Analisa-se, ainda, que a Lei Maria da Penha vem respondendo de maneira insatisfatória aos reais interesses das mulheres vítimas. Priorizando a punição do agressor, às vezes, deixa de lado que a mulher mantém um laço afetivo com o seu agressor e ao denunciá-lo busca mais uma mediação para resolver os conflitos e dar fim à situação de violência. Assim, ao invés de ter interesse na penalidade, seu interesse maior é o assessoramento e tratamento.

Nessa perspectiva, observamos que a árdua luta em busca de tratamento jurídico para a mulher em situação de violência doméstica, embora tenha alcançado grandes conquistas, deve atender aos novos desafios que se apresentam, mormente no se refere aos aspectos aqui apresentados. Afinal, a conjectura que se apresenta a problemática advém de fontes históricas, sociais e culturalmente arraigadas às bases de uma sociedade machista que sempre impôs a mulher a uma situação de inferioridade.

As lacunas que dificultam a aplicabilidade da Lei 11.340 impelem o seguinte:

As feministas continuaram sua batalha, enfrentando alto e baixo, sempre focando na ideologia, no que realmente queriam e buscavam. Partindo deste ponto, observa-se que os movimentos feministas, com muita batalha, demonstraram sua força, mobilizando toda uma sociedade, até conseguirem obter conquistas de uma vida digna, buscando uma sociedade inteira participativa, e não somente o homem de forma unilateral, as mulheres lutaram para serem reconhecidas através de suas reivindicações. Enfrentaram muitas dificuldades por esta trajetória, até conseguirem seu espaço. Porém, o movimento não teve um ponto final, a cada conquista enfrentam novas situações (TRINDADE, 2017).

Nesse mesmo sentido, é que Dias (2017) coloca que:

Não resta dúvida de que o texto da lei constitui avanço importante à sociedade brasileira, representando ainda, o marco histórico da proteção legal conferida às mulheres. Contudo, [...] a mesma não deixa de comportar aspectos duvidosos quanto à sua aplicação e, também, opções de formulação legal distantes da melhor técnica e das recentes orientações criminológicas e de política criminal, caracterizando aí, a necessidade de análise perspectiva no que tange às vítimas, bem como, debater maneiras de execução dos preceitos [...].

Já no que se refere Lei 14.188/2021 que trata especificamente da violência doméstica psicológica, podemos reconhecer, é claro, uma maior atenção sobre a violência doméstica contra a mulher. Contudo, devido a sua recente criação, após 15 anos da Lei 11.340, não podemos afirmar que ela não enfrentará obstáculos na sua concretização tal qual a Lei Maria da Penha.

Embora sabendo que a supramencionada Lei trouxe amplas conquistas, sendo intensamente favorável no que diz respeito aos direitos e garantias constituindo um marco histórico da proteção legal conferida às mulheres vítimas de violência psicológica, existe ainda a necessidade de se conhecer como ela se desenvolve na realidade concreta.

O que podemos ressaltar diante de tudo que aqui foi exposto é que, os desafios que ainda estão presentes na realidade brasileira quanto à aplicabilidade da legislação não devem ser enfrentados somente pelos movimentos feministas, mas sim, pelo governo federal, alguns setores do governo estadual e o engajamento de profissionais de diferentes áreas de formação,

Até porque, o fenômeno implica em luta coletiva, baseada na troca, na partilha, na cooperação entre os comprometidos com os desafios, tanto sociais quanto jurídicos do tema estudado. Isso tanto, para a mulher que está passando pela situação, como para toda a sociedade, no intuito de esclarecer acerca dessa questão cada vez mais frequente em nosso país e saber quais atitudes devam ser tomadas diante da presença ou desconfiância de um caso.

É preciso avançar, uma vez que a Polícia Judiciária ainda não se encontra totalmente preparada para atender adequadamente a mulher que busca o amparo na Lei. A luta deve continuar no sentido de garantir que a Lei nº 11.340 e a Lei 14.188 não deixem de surtir os efeitos desejados e, também, de impedir a proliferação das condições propícias a problemas e situações jurídicas e sociais negativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando às últimas considerações desse estudo sobre Violência Doméstica Física e Violência Doméstica Psicológica contra a mulher à luz da Lei 11.340/2006 e da nova Lei 14188/2021, devemos ressaltar que o objetivo traçado não permite que cheguemos a conclusões fechadas. Afinal, o tema é complexo, as Leis são difíceis de ser aplicadas na sua plenitude, considerando a atual conjuntura do contexto pandêmico e socioeconômico da sociedade contemporânea.

Como visto, tanto a Lei 11.340 como a Lei 14.188 foram promulgadas dentro de um cenário complicado, emaranhado por diversos aspectos que atingem de forma transversal o conjunto mais amplo do contexto social.

Nesse sentido, embora reconhecendo as grandes inovações e benefícios assegurados pelas referidas Leis, podemos concluir que ainda persiste a forma discriminatória com que sempre foi tratada a mulher no palco histórico e cultural brasileiro em virtude da dominância do sexo masculino sobre o sexo feminino, consagrada pela história e embasada pela desigualdade entre os sexos, cujo gênero legitima o poder absoluto do homem e a posição passiva e vitimizada das mulheres.

Sem dúvida, podemos afirmar que tanto a Lei nº 11.340/06, como a Lei 14.188 que versa sobre a violência doméstica psicológica, favoreceu o surgimento de uma nova fase na história da realidade das mulheres brasileiras, tendo em vista que assegura a proteção da mulher e da entidade familiar. Ambas produziram mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher e dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, alterando o Código de Processo Penal, Código Penal e a Lei de Execução Penal.

Diante dos argumentos fáticos e doutrinários fartamente expostos, comprova-se a relevância e a imprescindibilidade do reconhecimento do valor da mulher na esfera doméstica, familiar e afetiva. A violência doméstica contra a mulher é uma produção histórica apoiada por argumentos culturais que norteiam os modos das relações entre os seres humanos.

Desse modo, há de se considerar que tais Leis foram sancionadas com o objetivo de concretizar os direitos da mulher, já que antigamente não havia nenhum tipo de legislação que abrangesse essa causa.

Ademais, estas Leis, além de se propor a realizar a resolução dos conflitos de caráter conjugal, também possui um papel fundamental, na medida em que introduziram o debate

sobre gênero no sistema judiciário e trouxe à tona a necessidade de políticas públicas, a fim de construir uma sociedade mais democrática e igualitária.

Por outro lado, não podemos deixar de enxergar os problemas que ainda precisam ser solucionados para que a aplicabilidade dessas Leis tragam resultados mais eficazes e efetivos, no sentido de realmente coibir a violência física e psicológica contra as mulheres.

A Lei 11.340/2006 deixa algumas lacunas que obscurecem o que realmente são direitos da mulher, o que pode ser cobrado por aquelas que estão em situação de agressão e, também, como a sociedade deve agir diante da presença ou desconfiância de um caso de violência doméstica contra a mulher.

Quanto à violência doméstica psicológica, a literatura revela que as mulheres enfrentam grandes dificuldades para prestar queixa às autoridades da violência de que são vítimas. Muitas não procuram nem mesmo fazer boletim de ocorrência, não procuram ajuda devido à falta de informações de como ter acesso ao amparo disponível e também por vergonha, por receio de represálias, ao atendimento às vezes ocorrido de modo precário, sem um clima acolhedor.

Outro problema está relacionado com o contexto estrutural das Delegacias que, geralmente, não contam com recursos necessários para o atendimento e proteção da mulher e, muitas vezes, não possuem em seu quadro, profissionais preparados para o atendimento pertinente, sensato, justo e sem preconceitos.

Como destacamos no corpo do texto, mais um ponto negativo observado é que a Lei Maria da Penha vem respondendo de maneira insatisfatória aos reais interesses das mulheres vítimas. Priorizando a punição do agressor, às vezes, a legislação deixa de lado que a mulher mantém um laço afetivo com o seu agressor e, ao denunciá-lo, busca mais uma mediação para resolver os conflitos e dar fim à situação de violência. Assim, ao invés de ter interesse na penalidade, seu interesse maior é o assessoramento e tratamento.

Enfim, finalizamos nosso trabalho concluindo, conforme os dados teóricos ressaltados, que, embora as leis analisadas já estejam em vigor, corre o sério risco de em algumas situações não produzir o resultado positivo desejado.

E, pior, poderá ampliar os aspectos negativos perante a sociedade, gerando mais desafios à questão, uma vez a legislação não se limita apenas ao âmbito jurídico no modo a punir o agressor. Na realidade, tais Leis foram criadas com a finalidade de coibir a violência contra a mulher e promover a tão almejada equidade entre os sexos.

Nesta senda, é importante reconhecer a relevância da inserção das Leis em estudo no ordenamento jurídico brasileiro e construir condições para que ocorra a sua efetividade. Há, portanto, novos caminhos a serem percorridos para que se possa alcançar a justa igualdade de direitos jurídicos e sociais, sem nenhum tipo de discriminação ou diferenciação.

É preciso, pois, maior participação da sociedade e dos diferentes profissionais da área, de modo que assumam uma posição consciente e crítica, se colocando na luta contra os mais variados impasses e desafios que possam impedir e dificultar a efetivação de mudanças positivas. Corroborando, sobretudo, para que haja uma grande evolução da legislação brasileira e internacional a respeito da violência física, psicológica e das demais modalidades de violência doméstica contra a mulher.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rute et, al. **Violência psicológica na prática profissional da enfermeira.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reusp/a/bhwm9GMTLQkP8XgLS6PGX7J/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: Nov. 2021.

BRITO, Alexandre Joaquim de. **Lei Maria da Penha: violência de gênero.** Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8154/Lei-Maria-da-Penha-violencia-de-genero> Acesso em: 6 Out. 2021.

CIRINO, Juarez. **Direito Penal.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COUTO, Maria Cláudia Giroto do. **Saiba o que a Lei Maria da Penha garante em casos de violência contra a mulher.** Disponível em: Delas - iG @ <http://delas.ig.com.br/comportamento/2016-08-05/violencia-contra-a-mulher.html> Acesso em: 22 Out. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo.** 4 ed. Ver. Atual e Ampliada. São Paulo: Revistados tribunais, 2012.

BATISTA, Zaffaroni. **Direito Penal Brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**, A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GÓIS, Aline. **Direito Penal** – conceito, características, fontes. Disponível em: <http://alinegois.blogspot.com.br/2013/03/direito-penal-conceitocaracteristicas.html> Acesso em: 03 Nov. 2021.

LELIS, Acácia Gardênia Santa; CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira. **Revenge porn: a nova modalidade de violência de gênero**. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista045/REVENGE_PORN.pdf> Acesso em: 25 Out. 2021.

MARTINS, Elizabete Pereira, et. al. **Violência doméstica psicológica**. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/3setor/article/view/1914> Acesso em: 25 Out 2021.

OBSERVATÓRIO BRASIL DA IGUALDADE DE GÊNERO. **Enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres**. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/areas-tematicas/violencia> Acesso em: 22 Out. 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Conceito de direito penal**. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/> Acesso em: 12 Abr. 2017.

SANTOS, Amanda Freire et. al. **Cadernos de Graduação** - Ciências Humanas e Sociais Unit | Aracaju | v. 1 | n.2 | p. 71-78 | Out. 2021.

SANTOS, Gabriela dos. **Análise da violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto da aplicação da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.contee.org.br/blogosfemea/index.php/2013/09/analise-da-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-no-contexto-da-aplicacao-da-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 03 Nov. 2021.

SILVA Luciane Lemos da et. al. **Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reeusp/a/bhwm9GMTLQkP8XgLS6PGX7J/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 05 Nov. 2021.

SILVA, Aline Simões de Lemos da; TEIXEIRA, Amanda Pinheiro. **A lei Maria da Penha e sua eficácia**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14188 Acesso em: 26 Out. 2021.

SIQUEIRA, CAMILA ALVES; ROCHA, Ilen Sue Soares. **Violência psicológica contra a mulher: uma análise bibliográfica sobre causa e consequência desse fenômeno**

Disponível em: <https://arqcientificosimmes.emnuvens.com.br/abi/article/view/107/63> Acesso em: 25 Out. 2021.

SOUZA, Valéria Pinheiro de. ***Violência doméstica e familiar contra a mulher - a lei maria da penha: uma análise jurídica***, Disponível em: <http://www.geledes.org.br/violencia-domestica-e-familiar-contra-mulher-lei-maria-da-penha-uma-analise-juridica/#gs.pNvNRKw> Acesso em: 03 Nov.. 2021.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. **Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária.** Disponível em: < 22
[file:///C:/Users/Positivo/Downloads/14576-11326-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Positivo/Downloads/14576-11326-1-PB%20(1).pdf)> Acesso em: 02 Nov.. 2017.

