EDITAL 8/2021

A Comissão Científica do XXIII Simpósio Jurídico do Curso de Direito da Faculdade Maringá, no uso das atribuições legais:

Torna pública a relação de artigos científicos selecionados para publicação em livro, bem como os horários para apresentação oral dos artigos científicos selecionados, conforme sequência abaixo:

Data da apresentação: 11 de novembro de 2021

PERÍODO DIURNO: Início das atividades às 7h40.

7h40min. – HOMESCHOOLING: DIREITO DE ESCOLHA DOS PAIS. Isabela Salmazo Rodrigues. Débora Goeldner Pereira Oliveira.

OK8h00min. – APLICABILIDADE DA TEORIA MAIOR NO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, CONFORME A REFORMA TRABALHISTA (LEI nº 13.467/2017). Beatriz Pequito Justiniano de Souza. Roberson Neri Costa

OK8h20min. – A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A MUDANÇA DA REALIDADE SOCIAL: UM CAMINHO PARA A MITIGAÇÃO DA VULNERABILIDADE SOCIAL. Bruno Henrique Costa da Silva. Rodolfo Grellet Teixeira da Costa. Silvia Emiliano Gonzaga. Sergio Benedito de Oliveira

OK8h40min. - A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS: CASO ABÍLIO DINIZ. Iani Favaro Casagrande. Rodolfo Grellet Teixeira da Costa.

OK9h10min. - DIREITO AO ESQUECIMENTO: BREVE ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS DE EXPRESSÃO E DE INTIMIDADE. Eliane Avila Munhoz Gallina. Tais Zanini de Sá Duarte Nunes.

OK9h30min. HERANÇA DIGITAL: DIREITOS SUCESSÓRIOS VIRTUAIS. Bianca de Jesus Lobianco Ciufi. Paulo Roberto Monteiro do Prado

9h50 min. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TORNO DA PANDEMIA (COVID-19). Geovana Begotti de Sá. Débora Goeldner Pereira Oliveira. Silvia Emiliano Gonzaga

10h20min. - PSICOPATOLOGIA FORENSE RELACIONADA AOS CRIMES PASSIONAIS. Amanda Martin Castro. Claudia Regina Voroniuk. Roseli de Melo Germano Marques dos Santos.

10h40min. - RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. Gabriela Fernandes. Débora Goeldner Pereira Oliveira.

PERÍODO NOTURNO: Início das atividades às 19h30min.

OK19h30min. – DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Zaqueu da Silva Padilha. Roberson Neri Costa

OK19h50 min. – A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O CRESCIMENTO DO CRIME ORGANIZADO. Moacir Leandro Filho. Wilson Euclides Massali

20h10min.- MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS: A NOVA LEI PARA AQUELES QUE NÃO TÊM VOZ. Paloma Schmitt e Débora Goeldner Pereira Oliveira

20h30min.-. - **PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO.** Gustavo Henrique Arnaut Braz. Mateus Ramalho Ribeiro da Fonseca

20h50min. -.RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO. Pamela Caroline Dias. Taís Zanini de Sá Duarte Nunes

21h10min. -.SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: CONSTRUÇÃO, ESTRUTURA, CONQUISTAS E DESAFIOS. Eloisa Carolina de Souza. Manuela Caldas Stefano. Cláudia Regina Voroniuk

21h30min. – *PHISHING*: AMEAÇA AO MUNDO DIGITAL. Maria Regina Guimarães Navarro. Débora Goeldner Pereira Oliveira. Taís Zanini de Sá Duarte Nunes

21h10min. - DO PAPEL INTERVENTIVO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS. Kauê Gomes de Matos. Cláudia Regina Voroniuk

Maringá, 04 de novembro de 2021.

COMISSÃO CIENTÍFICA DO XXIII SIMPÓSIO JURÍDICO
DA FACULDADE MARINGÁ

A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A MUDANÇA DA REALIDADE SOCIAL - UM CAMINHO PARA A MITIGAÇÃO DA VULNERABILIDADE SOCIAL

Bruno Henrique Costa da Silva[1]
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa [2]
Silvia Emiliano Gonzaga[3]
Sergio Benedito de Oliveira[4]

RESUMO: Este artigo busca, de forma sucinta, demonstrar as falhas sociais em se tratando dos grupos mais vulneráveis. Grupos estes que margeiam a sociedade a cada dia buscando formas ou brechas para serem reinseridos nela. O contrato social criado pelo homem natural, todavia, não dá permissão a quem não se enquadra em *modus operandi* que deve ser seguido sem apegos ou vislumbres, mas apenas como regra direta imposta. Procuramos aqui enfrentar os modos de vulnerabilidade e também dar uma solução para que possam sair desta vexatória situação: a educação. Entende-se desta forma que podemos combater com paridade de armas, a partir deste norteamento, as dificuldades atuais e vindouras.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Homem natural. Sociedade. Educação.

ABSTRACT: This article seeks to succinctly demonstrate the social failures in dealing with the most vulnerable groups. These groups border society every day looking for ways or loopholes to be reinserted in it. However, the social contract created by the natural man does n ot give permission to those who do not fit into a *modus operandi* that must be followed without attachments or glimpses, but only as a direct imposed rule. Here, we try to face the modes of vulnerability and also to provide a solution so that they can get out of this vexing situation: education. It is understood in this way that we can fight with arms parity, based on this guideline, the current and future difficulties.

Keywords: Vulnerability. Natural man. Society. Education.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a questão da vulnerabilidade social, situação tal que a condição pandêmica mundial revelou de forma veemente e deu visibilidade a situações de vulnerabilidade em todos os níveis, mas principalmente naqueles com parcos recursos e que já vinham margeando linhas vulneráveis. Estas pessoas, em geral, têm inúmeras dificuldades para conseguir alcançar as assistências necessárias para subsistir de modo pleno ou dar melhores condições à própria vivência.

Na sequência, será demonstrada a vulnerabilidade em seus caminhos e dificuldades enfrentadas neste cenário. Em tempo, precisamos ainda analisar de forma histórica a trajetória do homem até este momento da sociedade. As suas origens e seu caminhar denotam muito da atualidade. A busca pelo individualismo, a forma livre de vida e os desapegos culminam em um

---

[1] Acadêmico do 4º ano de Direito da Faculdade Maringá.

[2] Mestre em direito. Professor. Advogado.

[3] Mestre em Letras pela Universidade Estadual de Maringá. Doutoranda em Ensino e Aprendizagem de Línguas pela Universidade Estadual de Maringá-PR. Professora de Língua Portuguesa e Linguagem Forense da Faculdade Maringá.

[4] Acadêmico do 4º ano de Direito da Faculdade Maringá.

movimento egoísta, sem olhar ao redor e sem sequer criar, de fato, raízes profundas na sua trajetória. Estas falhas na sua maturação vêm sendo demonstradas neste olhar raso e nos erros crassos, porém pensados sobre os seres que vivem ou apenas sobrevivem ao nosso redor.

E ainda que a educação seja um meio para reduzir a vulnerabilidade, visto que a busca pelo conhecimento e o crescimento educacional poderá ser a única arma capaz de mitigar as dores da ignorância causadas pela falta de empatia e nobreza dos demais conviventes. Onde a educação adentra, as luzes são acesas, e com isso, mesmo os lugares mais ermos da nossa sociedade são atingidos pela mão poderosa do ensino. Apagar o caminho tortuoso, não há como, mas nivelá-lo a partir da educação, dando ao indivíduo novas possibilidades, norteando seu tracejar e o retirando das situações que a sociedade possa colocá-lo ou situá-lo.

Concluímos, por fim, que, quando conhecemos as formas de vulnerabilidade e onde pode atuar cada ator, para saná-la ou dar visibilidade e assim inibi-la, cria-se uma rede de proteção social, jurídica, econômica e cultural que, em todas as suas atividades, visam reatar o indivíduo/homem ao ambiente/sociedade em que convive. E assim um simples olhar ao redor poderia transformar as micro sociedades nas quais estamos inseridos e assim tornar macro os resultados para uma melhor levante social.

2 – VULNERABILIDADE SOCIAL

A situação de vulnerabilidade social está relacionada com a exclusão de cidadãos e falta de representatividade e oportunidades. Além disso, é um conceito multifatorial, ou seja, pode ocorrer por questões de moradia, renda, escolaridade, entre outros. A vulnerabilidade social não é sinônimo de pobreza, pois o conceito refere-se à fragilidade de um determinado grupo ou indivíduo por questões que podem ser históricas, socioeconômicas ou de raça. Assim aponta Bourdieu (2002, p.454):

> [...] conjunto de agentes que estão em condições de existência homogêneas impondo condicionamentos homogêneos e produzindo sistemas homogêneos de disposições capazes de gerar práticas similares e que possuem um conjunto de propriedades comuns, propriedades objetivadas, por vezes legalmente garantidas (como posse de bens e poder) ou propriedades incorporadas como *habitus* de classe e particularmente, sistemas de esquemas classificatórios).

A vulnerabilidade social é um conceito multidimensional que se refere à condição de indivíduos ou grupos em situação de fragilidade, que os tornam expostos a riscos e a níveis significativos de desagregação social. O termo vulnerabilidade social refere-se à situação socioeconômica de grupos de pessoas com poucos recursos financeiros, de moradia, educação e

acesso a oportunidades para seu desenvolvimento enquanto cidadão. Neste diapasão, Giddens (2002, p.79) afirma:

> [..] nas condições da alta modernidade, não só seguimos estilos de vida, mas num importante sentido somos obrigados a fazê-lo – não temos escolha senão escolher. Um estilo de vida pode ser definido como um conjunto mais ou menos integrado de práticas que um indivíduo abraça [...] porque dão forma material a uma narrativa particular da autoidentidade.

As pessoas que são consideradas "vulneráveis sociais" são aquelas que estão perdendo a sua representatividade na sociedade, e geralmente dependem de auxílios de terceiros para garantirem a sua sobrevivência.

Em suma, a Teoria do Etiquetamento é o processo social pelo qual o sujeito, por conta de sua conduta e atitudes, é intitulado como delinquente. Assim, vê-se o caráter constitutivo do controle social; em outros termos, a criminalidade é criada pelo controle social. Posto isso, fica claro que o Estado o diferencia do resto da sociedade, possibilitando que todos o vejam como delinquente, ou melhor dizendo, inimigo. Assim asseveram Vignoli e Filgueira, (2001, p.34), *apud* Ambramovay (2002, p. 35):

> O conceito de vulnerabilidade ao tratar da insegurança, incerteza e exposição a riscos provocados por eventos socioeconômicos ou ao não-acesso a insumos estratégicos apresenta uma visão integral sobre as condições de vida dos pobres, ao mesmo tempo em que considera a disponibilidade de recursos e estratégias para que estes indivíduos enfrentem as dificuldades que lhes afetam.

Vê-se nesta conjuntura, *a priori*, a inércia do Estado ao deixar o cidadão em situação vulnerável, como já debatido, e *a posteriori*, o egresso e o etiquetamento. De acordo com o Observatório (2005, p. 28), aduz que:

> Considerar o território vulnerável como aqueles pedaços das metrópoles onde estão presentes os sinais de crise do regime coletivo de gestão de risco associado à fragilização das famílias e das estruturas sociais no plano do bairro. Tal crise resulta por sua vez da segmentação produzida neste mercado pelas transformações sócio-produtivas engendradas pela nossa inserção subordinada ao mercado à globalização, sobretudo a partir dos anos 90 do século XX.

Desta forma, o agente criminoso não possui mais ensejo de permanecer em sociedade, diz-se sociedade comum, é desta forma que o mundo do crime, as facções criminosas abrem as portas. Há a luz e a sombra, a luz se apaga para o agente criminoso, ou como na maioria das vezes nunca foi acesa, por que a sociedade continua afirmando que o sujeito escolhe praticar o crime? Estes indivíduos são renegados pela sociedade e pelo Estado. Não há escolha entre a luz e a sombra.

2.1 – O HOMEM NATURAL NA ORGANIZAÇÃO SOCIAL

Embora tenhamos muitas situações díspares no Brasil que demandam muita atenção dos entes governamentais, temos também muitas vertentes que podem modificar tal escalonamento puxado para baixo, seja por situação econômica, seja por situações familiares, mas no conceito em discussão, por situações sociais. Situações estas que levam o homem em toda a sua essência a buscar em outras fontes e suprir suas necessidades de encaixe social. Neste sentido, Rousseau (1983 a p. 231) afirma que o "estudo do homem original, de suas verdadeiras necessidades e dos princípios fundamentais de seus deveres" faz com que conheçamos as suas agruras e, com isso, busquemos formas de saná-las.

Este saneamento não vem somente por levantes sociais, mas, de maneira simples e bem organizada, se dá pelos meandros da justiça, que devidamente provocada traz à tona a sua perspicácia em orientar para ajustar e dar sentido a grandes anseios sociais. Sabemos, pois, que para o homem, "a privação se tornou muito mais cruel do que doce fora sua posse, e os homens sentiam-se infelizes por perdê-las, sem terem sido felizes por possuí-las", conforme Rousseau (1983 a p. 262).

Esta seria a forma de auxílio que a justiça poderia dar sem se preocupar com questões filosóficas ou religiosas, mas sempre prezando pelo bem-estar daquele que a busca tentando sanar suas debilidades ou mesmo sua perda. Provocar a justiça para ter de si algo que as mãos geralmente não conseguem alcançar, tem que ser sempre uma forma norteadora, e jamais algo rotineiro e sem nenhum tipo de peso e contrapeso.

No entanto, devido ao ser humano não fugir de seus princípios naturais de possuir, sem se importar com os demais, sejam eles seus próximos ou mesmo sua prole, faz-se necessário alguns cortes no sentido de colocá-lo não em rota de colisão com os direitos dos demais, mas sim em sentido convergência com as necessidades dos demais e seus anseios. Isso posto, entendemos as palavras de Rousseau (1983 a p.235) ao afirmar "estabelecida ou (...) autorizada pelo consentimento dos homens nos vários privilégios que gozam alguns em prejuízo de outros". A busca pela satisfação deve ter um equilíbrio, um freio, um norte que dá à sociedade seguridade, ordenamento e mais do que apenas ditames legais, mas orientação e salvaguarda para uma trajetória esculpida e declarada firme em seu proceder na busca da estabilidade social.

2.2 –O HOMEM NATURAL E AS BUSCAS POR SUPERAR AS VULNERABILIDADES

Ser, estar, ter vulnerabilidades esporádicas ou constantes fazem parte da história humana e de seus percalços até os tempos de hoje. O homem sempre buscou formas de superar, suprir,

suplantar as lacunas vulneráveis por onde a própria história lhe fez transitar. Quando olhamos os caminhos que nos trouxeram até aqui, buscamos por esta visão pretérita calçar de forma sólida nossas raízes. Porque assim aduz Rousseau (1978, p.935):

> O princípio fundamental de toda moral, sobre o qual tinha falado em todos meus escritos e que tinha desenvolvido neste último [Emílio] com toda clareza de que eu sou capaz, é o de que o homem é naturalmente bom, amante da justiça e da ordem; que não existe perversidade original no coração humano e que os primeiros movimentos da natureza são sempre retos.

O homem, desde a sua existência solitária, como homem natural, tinha no seu âmago as raízes de resolução e acolhimento de situações e de outros seres que, porventura, viesse a encontrar. Trilhando os passos da saída da inércia em busca de fugazes luzes que o levasse a uma melhoria e consequentemente a uma evolução, seja esta natural ou por força mecânica engendrada pelo seu ator principal, iniciou assim a sua trajetória rumo a socialização. Nesse sentido, Rousseau (1978, p. 179) aponta brilhantemente:

> O homem social, situado pela natureza à mesma distância da estupidez dos brutos e da ilustração funesta do homem social, e empurrado igualmente pelo instinto e pela razão a proteger-se contra o mal que lhe ameaça, se encontra obrigado pela piedade natural a não fazer mal a ninguém, e não se vê forjado a fazê-lo, inclusive depois de ter sido danificado.

Contrário aos primitivos, este homem começa a se distanciar da rusticidade e busca de forma incessante uma constante melhoria e organização social no grupo ao qual pertence, sendo assim um período de transição histórica e de evolução considerável. No entanto, ao longo desta transformação, desta saída da inércia e deste *start* para a evolução, temos o surgimento também de vícios, falhas que poderiam não ser tão bem associadas. Desta forma, Rousseau (1978, p.174) aponta que:

> Era necessário que as pessoas se mostrassem diferentes do que de fato eram. Ser e parecer se converteram em duas coisas radicalmente distintas, e desta distinção surgiu o fato enganoso, a astúcia falaz e todos seus vícios que são seu cortejo.

Assim, o homem deixa de ser apenas um incansável buscador de resoluções e sanador de suas vulnerabilidades, para criar mais situações que o transforme em um ser aprisionado e desta forma mais vulnerável a todas as adversidades que pudessem surgir.

3 – A VULNERABILIDADE SOCIAL

A vulnerabilidade tem sido exposta de forma congruente dentro da sociedade. Seja ela pelas condições de pessoas em situação de rua, fome, miséria, desalentadas em busca de um levante social e moral das suas condições. A pandemia que assola o mundo mostrou as misérias dantes escondidas por crateras sociais não vistas, porém que foram expostas à luz por este

fenômeno pandêmico. Tudo aquilo que estava lastreado no submundo da informação ou das lentes midiáticas, foi abruptamente exposto. Trouxeram a isso clareza, luminosidade e destaque.

Esta situação nunca foi tão aparente, falada ou demonstrada, justamente porque não era algo que na correria de um mundo ativo não conseguíamos ver. A pandemia deu visibilidade, demonstrou o quanto homens e mulheres estavam sofrendo e passando já há muito tempo situação vexatória em relação a até então normalidade que era demonstrada.

A ideia que podemos ter sobre a vulnerabilidade social não está restritamente ligada ao poder financeiro dos vulneráveis; a falta de laços afetivos, educação básica de qualidade, acesso a serviços e bens públicos são outros fatores determinantes. No início da década de 1990, podemos notar um grande esforço por parte das políticas públicas para se compreender os fatores que mais influenciavam na pobreza em grande parte da sociedade.

É notório que a vulnerabilidade social se instala, em maior grau, nas populações mais pobres; a questão econômica é relevante, porém não determinante. No entanto, estes são os indivíduos mais afetados pela lascívia da marginalização socioeconômica. Desta forma, os lança na vala comum dos infortúnios causados pela situação exposta.

Por consequência do acesso à renda ser mais precário, esses sujeitos têm maior dificuldade em conseguir usufruir dos meios de superação das vulnerabilidades vivenciadas, sejam tais meios materiais ou capacidades impalpáveis, como autonomia, a liberdade, o autorrespeito. A seguridade social, no Brasil, teve incluída em seu escopo a saúde e a assistência social em uma linha programática vinculada à proteção social redistributiva, diferentemente da lógica do seguro em que foi assentada a previdência social. Mesmo tendo ocorrido essa incorporação em 1988, a efetividade da assistência social contra a vulnerabilidade social ainda é extremamente precária, conforme dispõe o legislador, Brasil (2004, p. 33).

> [...] prevenir situações de risco através do desenvolvimento de potencialidades e aquisições, e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Destina-se à população que vive em situação de vulnerabilidade social decorrente da pobreza, privação (ausência de renda, precário ou nulo acesso aos serviços públicos, entre outros) e/ou fragilização de vínculos afetivos – relacionais e de pertencimento social (discriminações etárias, étnicas, de gênero ou por deficiências, entre outras).

A atual política pública de assistência social brasileira foi antecedida por um longo período de “cidadania regulada”, após sua inserção no tripé da seguridade social, e as constantes recomendações internacionais e pressões populares e políticas por um país responsável

fiscalmente, a conformação da assistência social como política pública acaba por se encontrar vulnerável. Conforme nos ensina Klaus (2000, p. 214):

> Já no Brasil, estudos sobre políticas públicas foram realizados só recentemente. Nesses estudos, ainda esporádicos, deu-se ênfase ou à análise das estruturas e instituições ou à caracterização dos processos de negociação das políticas setoriais específicas.

A vulnerabilidade e a capacidade estão inseridas em um mesmo processo de luta por superação, ou seja, na vulnerabilidade está a semente para o seu próprio enfrentamento. Dessa forma, exigindo do Estado, pelos serviços públicos, maior aproximação possível com o cotidiano das pessoas. A responsabilidade na garantia de direitos pelo Estado e a ativa participação da população são elementos intrínsecos na defesa da cidadania e garantidor da condição de usufruir de seus benefícios, pela parcela da população mais vulnerável socialmente.

4 – A JUSTIÇA E A VULNERABILIDADE SOCIAL

Dentre as várias formas aqui apresentadas para a mitigação das agruras socioeconômicas, ainda cabe ser dito sobre os pontos em que o Direito atua como fonte legalizadora de ações que visam ajustar *ipsis litteres* fatos a normas, em se tratando de priorizar fontes e recursos destinados a mover os interesses sociais. O Direito entra como mão garantidora dos recursos necessários para mitigar as situações de vulnerabilidade. Assim, portanto, nos ensina SADEK (2020, on-line):

> Para a efetividade de todos os direitos, sejam eles individuais ou supra-individuais, de primeira, de segunda ou de terceira geração, acesso à justiça é requisito fundamental, é condição *sine qua non*. Os direitos só se realizam se for real a possibilidade de reclamá-los perante tribunais imparciais e independentes. Assim, a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos. Consequentemente, o seu impedimento provoca limitações ou mesmo impossibilita a efetivação da cidadania.

Sendo assim, a justiça age como fonte garantidora de todos os direitos e suas nuances, dando respaldo aos que os buscam de forma direta ou indireta.

Mesmo com estes direitos postos, temos uma gama de pessoas que estão à margem da justiça, ou seja, os vulneráveis que não encontram respaldo em suas buscas. São os grupos vulneráveis, pessoas que sofrem com a intolerância social. Neste diapasão, ROGERS e BALLANTYNE (2008, p. 32) asseveram:

> Existem muitas fontes de vulnerabilidade, mas é possível estabelecer uma tipificação básica: a) vulnerabilidade extrínseca – ocasionada por circunstâncias externas, como falta de poder socioeconômico, pobreza, falta de escolaridade ou carência de recursos; e b) vulnerabilidade intrínseca – causada por características que têm a ver com os próprios indivíduos, tais como doença mental, deficiência intelectual, doença grave, ou os extremos de idade (crianças e idosos). Ambos os tipos de vulnerabilidade, extrínseca e intrínseca, levantam questões éticas em relação à participação em pesquisa. Eles podem ocorrer isolada ou concomitantemente. Em particular, as pessoas com vulnerabilidade

> intrínseca frequentemente também são extrinsecamente vulneráveis, pois geralmente não têm poder e provavelmente vivem na pobreza e sem acesso à educação.

Cabe salientar que a vulnerabilidade judicial ainda é de grande lastro em nosso país, mesmo com os direitos aí expostos, muitos ainda não conseguem acessá-los. Temos ainda milhares de pessoas que vivem à sombra, não sendo assistidas sequer pelo quinhão jurídico e vozes muitas vezes caladas ou simplesmente abafadas por um sistema macerador. Sobre este fenômeno Dantas (2002, p. 209) escreve:

> Assim, a América Latina e, especificamente, o Brasil convivem com efeitos que derivam da vulnerabilidade e da dominação suportada pela multidão invisível e sem voz composta pelas várias minorias que integram a estratificação da injustiça e da desigualdade social, muitas delas, inclusive, sofrendo-a em caráter sobreposto, num agravamento agudo da vulnerabilidade e do alijamento político. Daí que em momentos de crise seja imperativo recobrar a necessidade de resguardo da efetividade das normas constitucionais relativas ao que se pode considerar como sistema constitucional de proteção das minorias [...].

E ainda há muitas pessoas que sofrem com a vulnerabilidade digital, ou seja, aquelas que além de não poderem ou buscarem seus direitos juntos aos órgãos físicos, também não o conseguem fazer na forma digital. Gonçalves Filho (2020, p.184) faz este apontamento:

> Mais modernamente, tem-se identificado novas espécies, a exemplo vulnerabilidade digital, que engloba tanto o modo analógico (off-line) – a exemplo da coleta de dados em estabelecimentos comerciais – como o modo digital (on-line ou cibervulnerabilidade) – quando, por exemplo, há coleta de dados através do uso de smartphones. A vulnerabilidade digital tem sido objeto de debate entre defensores públicos de todo o país através de grupo de aplicativo de comunicação (WhatsApp). Em diálogo ali estabelecido, os defensores públicos Roger Feichas e Bheron Rocha observaram que este possivelmente será o novo desafio da Defensoria Pública, principalmente no que diz respeito aos dados sensíveis previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018).

Precisamos ter um acesso digital facilitado, em que o cidadão mediano possa, de forma simples e coesa, entender e enfrentar seus processos e procedimentos. Faz-se evidente um raciocínio lógico e uma facilitação para este indivíduo. Desta forma, a justiça e seus operadores devem objetivar meios de acesso para isso. Nesse viés, aponta Hess (2004, p. 165):

> [...] a extensão do acesso à justiça deve ser repensada em outras bases, meios ou instrumentos alternativos, os quais cooperem e aliviem a carga excessiva do Poder Judiciário estadual e que tenham o mesmo nível de idoneidade e praticidade na ordenação social e pacificação de conflitos. [...] A modificação da mentalidade dos operadores do direito e da cultura jurídica, para buscar novas bases de cooperação com a sociedade civil, organizações e instituições modernas, voltadas à pesquisa e investigação social, a fim de apresentar sistemas alternativos viáveis para a solução de conflitos, que servirão de complemento útil à reforma do Poder Judiciário.

É necessário dar voz, mostrar caminhos novos e tracejar novos rumos para que estas pessoas possam alcançar os seus objetivos. A justiça precisa de novas aberturas, de melhores e

mais facilitados caminhos por onde se consiga caminhar, ainda que a passos lentos, mas que todos possam caminhar por eles. Precisamos buscar igualar os desiguais na medida de suas desigualdades.

5 - A EDUCAÇÃO ATUANTE NA REORGANIZAÇÃO DA CRIAÇÃO SOCIAL

O homem natural tinha por princípio ser totalmente livre e vivia por locais incertos e não sabidos, fazendo com que não buscasse ou tivesse nenhum tipo de apego, de moradia, necessidade de outros membros e até mesmo dos filhos que viera a ter, como já discutimos em tópicos anteriores. A natureza tem este poder de libertar dentro de cada um os seus instintos mais primitivos e, com isso, dar ao homem sempre uma fonte renovadora de suas energias naturais e necessárias.

No entanto, o homem precisou criar subterfúgios para que assim pudesse se amparar, encontrar segurança diante dos percalços e dos novos tempos que estavam surgindo. Ele então começa a se aperfeiçoar para que pudesse se ajustar aos novos moldes. Deste modo, Rousseau (1978, p.249) aponta "a faculdade de aperfeiçoar-se [...] com o auxílio das circunstâncias desenvolve sucessivamente todas as outras e se encontra, entre nós, tanto na espécie quanto no homem". Sendo assim, o homem busca mudanças e deste modo faz com que ocorra evolução.

Nesta constância da evolução, o homem busca formas de não ficar vulnerável e assim forma a sociedade pelo contrato social. Esta é uma forma de se proteger e ao mesmo tempo envolver a espécie e sua conservação neste alinhamento. Dentro desta forma de vida moderna e atualizada, faz-se necessário novas fontes de cultura, educação e preservação dos seus costumes e ritos. Com isso, surge a educação como fonte inesgotável de evolução. De acordo com Kaztman (2001),

> [...] o sistema educativo é o principal e muitas vezes o único âmbito institucional, que tem potencialidade de atuar como integrador, como também tem a capacidade de gerar contextos onde crianças e adolescentes podem ter a possibilidade de manter contatos entre seus pares, de outras camadas sociais, e desenvolver códigos comuns e vínculos de solidariedade.

A única fonte que poderá fazer com que subsista o homem, nesta era, passa pela educação. Ela pode transformar e criar novas diretrizes, condicionamentos dando ao seu detentor formas de maior sobrevivência no meio social. A vulnerabilidade social passa pela falta de uma educação de qualidade e, muitas vezes, pela dificuldade de acesso a ela. Numa sociedade justa e equilibrada, educar para melhorar deve ser regra e não de forma contrária. Neste sentido, Piovesan (2003, p. 482) nos ensina:

> [...] em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto, outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância. Por isso devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

As mudanças promovidas pelo homem mostram que a educação, via de regra, é sempre o braço motivador para sair de situações abruptas e muitas vezes destruidoras. Ela é garantida em lei pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988, p. 96), no seu artigo 205, que de forma clara, expressa essa garantia:

> **Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Buscar, portanto, um viés que sempre se volte para a educação é algo motivador em qualquer época da humanidade, para que assim a vulnerabilidade não atinja de forma exponencial todos os membros que a estão tocando. De acordo com Soares (2002, p.35), “a Alfabetização tem também o papel de promover a participação em atividades sociais, econômicas, políticas e culturais, além de ser um requisito básico para a educação continuada durante a vida.”

O direito à educação está assegurado em vários documentos, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culurais (PIDESC), de 1966, ratificado pelo Brasil, em 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo 592/92; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (PNE, Lei 13.005/2014).

A evolução passa pela educação e vice e versa; portanto, alinhá-las é uma necessidade da humanidade para que possamos superar momentos vulneráveis e, com isso, avançar na construção de uma sociedade mais justa, humana e fraternal. Nesta sociedade a busca pela educação tem de ser um princípio latente para alçar novos voos. Como nos ensina Soares (2002, p. 40):

> A educação, como uma chave indispensável para o exercício da cidadania, na sociedade contemporânea, vai se impondo cada vez mais nestes tempos de grandes mudanças e inovações nos processos produtivos. Ela possibilita ao indivíduo jovem e adulto retomar seu potencial, desenvolver suas habilidades, confirmar competências adquiridas na educação extra-escolar e na própria vida, possibilitar um nível técnico e profissional mais qualificado.

Desse modo, entende-se que a educação entrega formas incansáveis para que o homem

mude o seu tracejar na rotina da sociedade, porém, para que tudo isso possa ocorrer, é necessário vontade e desenvoltura de todos os agentes transformadores, para que as próprias vulnerabilidades não parem o homem neste caminho para a evolução.

CONCLUSÃO

O presente artigo que teve por objetivo analisar a questão da vulnerabilidade social, situação esta que a condição pandêmica mundial revelou de forma veemente e deu visibilidade a situações de vulnerabilidade em todos os níveis, a partir das reflexões aqui realizadas, constatou-se que ao avaliar os requisitos necessários para superar as situações que tenham levado e podem continuar a levar a vulnerabilidade no sentido social, pode-se entender que fatores como empatia, olhar os pares com mais atenção e destinar aos menos favorecidos, por recursos financeiros, uma educação de qualidade, pode em situações semelhantes no futuro, sejam pandêmicas ou apenas crises financeiras mundiais, ter amortizado o vultoso número de pessoas que foram expostas de forma agressiva a situações de vulnerabilidade socioeconômica durante este processo pandêmico. O simples direcionamento social de iguais oportunidades pode suprir tantas lacunas que a *longa manus* do Estado não consegue alcançar.

Entender os homens e suas dificuldades, disponibilizar formas, atualizá-los com constância, faz com que as margens de vulnerabilidade sejam estreitadas. Dissipar estas situações e garantir o *fumus boni iuris* para estes grupos, faz com que possamos almejar uma sociedade mais equalizada e preparada no enfrentamento das intempéries que venham surgir. Esse caminho é possível, basta manter o olhar atento e os modos de empatia ligados para que assim o radar natural capte as necessidades periféricas.

Em consonância com todas as atividades para mitigar a vulnerabilidade, a educação é primordial, visto que alarga a visão e dá condições de lutar de forma igualitária com os demais indivíduos. Ter formas de lutar e condições de manejar seu próprio destino passando pela educação de qualidade, faz com que se aumente as fontes socializadoras, pois elas movem e alteram caminhos.

Deste modo, concluímos que o homem, de fato, nasce bom, mas, ao longo de sua vivência, se deturpa, porém há maneiras de voltar ao projeto inicial e dar um *start* neste que está adormecido no interior do habitáculo humano. Ser um homem natural, mas adornado pelo homem

moderno imbuído de empatia e boa vontade, isso pode transformar vulnerabilidades em oportunidades e consequentemente sair da inércia e alçar novos e altos voos.

REFERÊNCIAS

APEL, K. O. Estudos de moral moderna. Tradução Benno Dischinger. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

ARISTÓTELES. Obras (completas). Tradução Francisco P. Samaranch. Madrid: Tolle Lege Aguilar, 1967.

ABRIC, J. C. Pratiques Sociales et Représentation. Paris: PUF, 1994.

ABRIC, J. C. O estudo experimental das representações sociais. In: JODELET, D. (Org.) As Representações Sociais. Rio de Janeiro: Eduerj, 2001.

ALBERNAZ, Renata Ovenhausen e MARQUES, Camila Salgueiro Purificação. **Os grupos juridica- mente vulneráveis e a formação da legalidade e do judiciário brasileiro: histórico e tendên- cias do acesso aos direitos e à justiça no Brasil.** Ponta Grossa: Revista Emancipação, vol. 12, n° 1, 2012.

ALVES, Cleber Francisco Alves. **Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, França e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, N. O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo. 3. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CARDOSO, F. H. Autoritarismo e democratização. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

BOURDIEU, Pierre (2002), Distincion. A socila crtitique of the judgment of taste. Cambrige, Harvard University Press.

GIDDENS, Anthony (1975), Estrutura de classes das sociedades avançadas. Rio de Janeiro, Zahar. (2002) Modernidade e identidade. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor.

HESS, Helena Maria Coutinho. Acesso à Justiça por Reformas Judiciais: comparativo entre as reformas judiciais do Brasil e da Alemanha. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

OBSERVATÓRIO DAS METRÓPOLES. Análise da Regiões Metropolitanas do Brasil. Construção de Tipologias, Tipologia Social e Identificação de Áreas Vulneráveis. Rio de Janeiro, 2005.

BARBOSA, Estefanea Maria de Queiros. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. In: Dissertação (mestrado) – Pontificia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, 142 p.

BORGES, André , Governança e Política Educacional: a agenda recente do Banco Mundial, Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 18, nº52.

BRASIL. **Constituição Federativa da Republica do Brasil**: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 67/2010, pelo decreto nº 186/2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, 2011, 578 p.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Política Nacional de Assistência Social (PNAS)*. Brasília: MDS/SNAS, 2004.

BRONZO C. Vulnerabilidade, empoderamento e metodologias centradas na família: conexões e uma experiência para reflexão. In: Sposati A, organizador. Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura; 2009. p. 171-201.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constituição Minoritária e COVID-19 in Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus.** São Paulo: IASP, 2020.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia Saberes Necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996 (coleção leituras).

FREY, Klaus. Políticas Publicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil, *Planejamento de Políticas Públicas*, n. 21, p. 211-259, 2000, p. 214.

FALETTO, E.; CARDOSO, F. H. Dependência e desenvolvimento da América Latina. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

GONÇALVES FILHO, Edilson. **Defensoria Pública e a tutela coletiva dos direitos**: teoria e prática. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 184.

GONÇALVES FILHO, Edilson; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. ***Custos vulnerabilis***: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson. **Defensoria Pública e a tutela coletiva dos direitos: teoria e prática**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 187.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos. *Revista do Advogado:* Estudos de direito constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos. São Paulo, nov. 2003.

LAJÚS MLS. Sistema Único de Assistência Social: um difícil caminho rumo à conquista da cidadania [Tese de Doutorado]. Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; 2010.

KOWARICK, Lúcio. Viver em risco- sobre a vulnerabilidade no Brasil Urbano. Novos Estudos São Paulo. CEBRAP. n. 63. Julho/2002. p. 9-30.

PAUGAM,Serge. Desqualificação Social Ensaio sobre a nova Pobreza. São Paulo: Cortez, 2003, p. 48-55, p. 239-249.

NETTO. Paulo J. Capitalismo monopolista e serviço social. São Paulo: Cortez Editora; 1992.

NOGUEIRA. RP, Capacidades humanas, desenvolvimento e políticas públicas. In: Rodrigues VA, organizador. Estudos e análises, 1. Brasília: Núcleo de Estudos em Saúde Pública, Universidade de Brasília/Observatório de Recursos Humanos em Saúde do Brasil/Núcleo de Estudos sobre Bioética e Diplomacia em Saúde, Fundação Oswaldo Cruz; 2013. p. 15-20.

ROGERS, Wendy e BALLANTYNE, Angela. **Populações especiais: vulnerabilidade e proteção.** Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde, vol. 2, 2008.

ROUSSEAU, J-J. (1964). Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes. In : Ouvres complètes. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard.
____. (1983a). Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril. Os pensadores.
____. (1983b).Do contrato social: ou princípios do direito político. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril. Os pensadores.

ROUSSEAU. J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Lourdes Santos Machado. Introduções e notas de Paul Arbousse- Bastide e Lourival Gomes Machado, sob licença da Editora Globo Cultura e Industrial. *Coleção Os Pensadores.* São Paulo: 2a edição, abril, 1978.

_____. **Contrato Social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introduções e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado, sob licença da Editora Globo Cultura e Industrial. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: 2a edição, abril, 1978.

_____. **Ensaio sobre a origem das línguas.** Tradução de Lourdes Santos Machado. Introduções e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado, sob licença da Editora Globo Cultura e Industrial. *Coleção Os Pensadores.* São Paulo: 2a edição, abril, 1978.

_____. **Emílio ou da Educação.** Clássicos Garnier. Difusão Europeia do Livro. Coleção dirigida por Vitor Ramos. Tradução de Sergio Milliet. São Paulo, 1968.

_____. **Discurso sobre as ciências e as artes.** Tradução de Lourdes Santos Machado. Introduções e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado, sob licença da Editora Globo Cultura e Industrial. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: 2a edição, abril, 1978.

_____, **Emile e Sophie** ou **Os solitários**. Tradução de Françoise Galler, Porto Alegre: Editora Paraola, 1994.

_____**, Carta a D'Alembert**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas: Editora da Unicamp, l993.

_____, **Considerações Sobre o Governo da Polônia**. In: **Obras J.J. Rousseau**, vol, II.Tradução de Lourdes Santos Machado. Rio de Janeiro – Porto Alegre – São Paulo: Editora Globo, 1962._____, **Júlia ou a nova Heloísa**. Tradução de Fulvia Moretto, Campinas: Hucitec/Unicamp, 1994.

_____, **Projeto de Constituição Para Córsega**. In: **Obras J.J. Rousseau**, vol, II. Tradução de Lourdes Santos Machado. Rio de Janeiro – Porto Alegre – São Paulo: Editora Globo, 1962.

_____, **Os Devaneios do Caminhante Solitário**. Tradução de Fúlvia Maria Luiza Moretto, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 3a ed, 1995.

KAZTMAN, Ruben. Seducidos y abandonados: el aislamento Social de los pobres urbanos. CEPAL, nº75, Dez/2001. Versão não editada.

KAZTMAN, Ruben. Vulnerabilidad y Exclusión social. Uma propuesta metodológica para el estúdio de las condiciones de vida de los hogares.

SADEK, Maria Tereza A. Efetividade de Direitos e Acesso à Justiça. Reforma do Judiciário. Apud. ROQUE, Nathaly Campitelli. Acesso à Justiça. Enciclopédia jurídica da PUC-SP, 1a ed, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/105/edicao-1/acesso-a-justica. Acesso em: 14 Out. 2021.

SOARES, Leôncio. Educação de jovens e Adultos. Rio de janeiro: DP&A, 2002. p. 7- 132. (Diretrizes Curriculares Nacionais).

YUNES, M. A. M. et al.. Resiliência e Educação. São Paulo: Cortez, 2001.

VOLI, F. A Auto-Estima do Professor: manual de reflexão e ação educativa . São Paulo: Edições Loyola, 1998.

A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS: CASO ABÍLIO DINIZ

Iani Favaro Casagrande[5]
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa[6]

RESUMO: Considerando a historiografia do direito (GILISSEN, 2001), percebe-se que o contrato transitou por diversos momentos históricos até chegar tal como se conhece hoje. Ao reconhecer a evolução contratual histórica, torna-se possível prever a possibilidade de o documento ser verbal ou expresso, observando-se, principalmente, o ônus da instabilidade jurídica da relação contratual verbal. O presente trabalho tem como objetivo, por meio da revisão bibliográfica e da historiografia, observar como esta instabilidade jurídica não ocorre mediante a participação advocatícia. Enaltece-se, portanto, a agência de advogados na elaboração contratual, a fim de se alcançar melhores resultados preventivos, de forma a evitar litígios judiciais futuros por meio da elaboração contratual condizente com os interesses das partes e com os devidos ajustes às normas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Contratos. 2. Garantia jurídica. 3. Advogado. 4. Efetividade.

ABSTRACT: Considering the historiography of the law (GILISSEN, 2001), one notices that the contract went through several historical moments until arriving as it is known today. By recognizing the historical contractual evolution, it becomes possible to foresee the possibility of the document being verbal or express, observing, mainly, the legal instability onus of the verbal contractual accord. The present work aims, by means of bibliographical review and historiography, to observe how this legal instability does not occur when there is an attorney's participation. Therefore, the agency of attorneys in the contractual elaboration is praised, in order to achieve better preventive results, avoiding future judicial litigation by means of a contractual elaboration that is consistent with the interests of the parties involved, and with the proper adjustments to the legal rules.

KEY-WORDS: 1. Contracts. 2. Legal guarantee. 3. Attorney. 4. Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

O estudo historiográfico do direito, doutrinado por John Gilissen (2001), demonstra que os contratos existem desde os primórdios da sociedade, *a priori* pela via oral, passando a ser escrito com o passar dos anos. Tomando como base a história e a evolução contratual, o presente trabalho tem por objetivo enaltecer a importância da realização do contrato por intermédio da participação advocatícia.

Assim, dividiu-se o artigo em dois momentos para realizar a discussão. No primeiro

---

[5] Acadêmica do 10° período do Curso de Direito da Faculdade Maringá (FAC), acadêmica do 5° período do Curso de Pedagogia do Centro Universitário Dinâmico das Cataratas (UDC).

[6] Graduado no Curso de Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista (2001), especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina – 2005, especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina 2007, mestre em Direito pelo Centro Universitário "Eurípides" de Marília (UNIVEM), atualmente é advogado. Professor da Faculdade Maringá.

tópico, explicar-se-á as primeiras formas de contrato, visando evidenciar a evolução histórica e o constitucionalismo do direito privado predominante nas relações contratuais atuais. Posto isso, no tópico "Formação de Contratos", pretende-se discorrer sobre as fases preparatórias até a efetivação do instrumento contratual, no instituto de elucidar como esses documentos são realizados.

Ao evidenciar a importância da atuação advocatícia para elaboração de contratos mais satisfatórios para as partes, acredita-se que, a título de ratificar a essencialidade da presença e qualificação do advogado para elaboração e execução do contrato, que trará efetividade e satisfação ao invés de prejuízos às partes, este trabalho possa contribuir para futuras discussões a respeito da temática.

2 OS CONTRATOS NA HUMANIDADE

Desde os primórdios da humanidade, tem-se vestígios acerca dos contratos enquanto instrumento de circulação de interesses, ainda que estritamente informais e verbais, estão presentes nos achados da Antiguidade. O contrato ascendeu com intuito de materializar a estabilidade nos negócios jurídicos pactuados, aprimorando-se para várias formas de realização, evidenciando sempre a real manifestação da vontade das partes contratantes, e se encontrando em constante evolução.

2.1 Contratos verbais e expressos

O Contrato é um negócio jurídico vinculante entre as partes declarantes - contratante(s) e contratado(s) -, com intuito de autodisciplinar a autonomia das próprias vontades. Gomes (1999, p. 6) aduz que contrato é "um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem.", isto é, uma obrigação assumida entre as partes celebrantes.

Com o desenvolvimento das sociedades, este não perdeu sua essência, de modo que não há formalidades específicas e pré-determinadas para a formação de um contrato, haja vista que pode ser verbal ou expresso, a depender da real manifestação de vontade desejada.

Com habitual maestria, Arnoldo Wald (2000, p. 43) assevera que:

> Poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escala de valores tão distintas quanto às que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo

capitalista e no próprio regime comunista.

Partindo da premissa de que o contrato existe desde os primórdios da humanidade e que este pode ser verbal, é acoplado de ônus e bônus: ônus por independer de material escrito, assim, a comprovação do negócio jurídico resta instável, ensejando outros meios de prova para comprovar a exatidão dos termos ajustados; bônus por ser simples, objetivo, rotineiro e sem burocracia.

No atual Código Civil (CC) brasileiro, o artigo 107 prevê que, salvo quando a lei exigir, não haverá forma especial para real manifestação da vontade das partes. Premissa essa que corrobora a existência válida de contratos verbais no ordenamento jurídico vigente, visando que a real manifestação de vontade se sobressaia às formalidades, conforme expressamente consta no CC: "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem." (BRASIL, 2002).

No âmbito da jurisprudência, o contrato verbal pode ser reconhecido, conforme a citação abaixo:

> APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NEGÓCIO JURÍDICO VERBAL. RECONHECIMENTO. Prova produzida nos autos que confirma a existência de contrato verbal celebrado entre as partes litigantes. Circunstância que impõe o reconhecimento do negócio jurídico. Inviabilidade de outorga da escritura pública do imóvel objeto do acordo, uma vez que terceiros, estranhos ao negócio jurídico, figuram como proprietários registrais. Sentença parcialmente reformada. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (TJ-RS - AC: 70065569238 RS, Relator: Giuliano Viero Giuliato, Data de Julgamento: 09/05/2017, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 11/05/2017).

Com efeito, o contrato verbal, no caso concreto supracitado, teve sua existência devidamente comprovada nos autos, corroborando para o reconhecimento do negócio jurídico celebrado. Dessa forma, apesar de normalmente ser instável a comprovação da real manifestação de vontade nesses casos, a jurisprudência evidencia sua possibilidade, ainda que não seja o mais recomendado do ponto de vista das garantias contratuais.

Dessa maneira, os contratos escritos são dotados de cláusulas expressas que estabelecem o pactuado entre as partes, de modo que podem ser feitos em particular ou por escritura pública, nos termos do art. 107 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Superada essa condição, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p. 23) ressaltam a importância de os contratos atenderem aos três planos, quais sejam:

> a) Existência — um negócio jurídico não surge do nada, exigindo-se, para que seja considerado como tal, o atendimento a certos requisitos mínimos.
> b) Validade — o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos,

> o que exige o atendimento de determinados pressupostos legais.
> c) Eficácia — ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, ou seja, perfeito para o sistema que o concebeu, isto não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por elementos acidentais da declaração.

Dessa forma, é possível especificar e dimensionar a autonomia da vontade decorrente do processo mental de cognição de boa-fé exteriorizado em cláusulas escritas e pormenorizadas, pois os sujeitos declarantes especificarão o objeto do negócio materializado na relação obrigacional.

Para esclarecer que a importância do contrato escrito vai além de manifestação real de vontade, visto que também propicia garantias contratuais e, consequentemente, segurança jurídica, observar-se-á como demonstra o julgado infracitado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE ARRAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADA. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À OPERADORA VIVO PARA APRESENTAÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS MENSAGENS TROCADAS PELAS PARTES. TROCA DE MENSAGENS QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE ADITAR O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. **CONTRATO ESCRITO**. ADITAMENTO QUE DEVE SEGUIR AS **FORMALIDADES DO CONTRATO ORIGINÁRIO**. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. MAGISTRADO QUE, NA CONDIÇÃO DE DESTINATÁRIO DA PROVA, POSSUI A PRERROGATIVA DE DECIDIR PELA PRODUÇÃO PROBATÓRIA NECESSÁRIA PARA A FORMAÇÃO DO SEU CONVENCIMENTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.AUSÊNCIA DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. JUIZ QUE NÃO ESTÁ OBRIGADO A SE MANIFESTAR SOBRE TODAS AS ALEGAÇÕES E FUNDAMENTOS APRESENTADOS PELAS PARTES QUANDO JÁ ENCONTROU MOTIVO SUFICIENTE PARA FUNDAMENTAR A DECISÃO. PACÍFICA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPERIOR.**DESFAZIMENTO DO CONTRATO** POR DESCUMPRIMENTO DO PRAZO PARA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL PELOS APELANTES. CONDIÇÃO RESOLUTIVA EXPRESSA. RESCISÃO AUTOMÁTICA. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO PARA FINS DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO.APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJ-PR - APL: 00044795420198160194 Curitiba 0004479-54.2019.8.16.0194
> (Acórdão), Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima, Data de Julgamento: 07/07/2021, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 08/07/2021, grifo nosso).

Ao observar o caso supracitado, note-se ainda que a Ação de Restituição de Arras foi proposta em decorrência de contrato escrito existente entre as partes. Além disso, houve o desfazimento do contrato por descumprimento de prazo. Com efeito, verifica-se a essencialidade de fazer constar o “querer humano” de forma expressa, com intuito de fazer cumpri-lo.

2.2 Evolução dos pactos e garantias escritas

Os pactos interpessoais estão presentes ao longo da história e são denominados de

contratos, os quais são caracterizados como atos declaratórios de vontade entre duas ou mais pessoas e não exigem formalismo pré-determinado. Mesmo não havendo comprovações científicas que determinem o exato momento do surgimento dos contratos, há materiais históricos que comprovam a sua existência desde os primórdios da humanidade. Dito isso, no presente tópico serão tratados alguns pontos históricos que revelam a existência e importância dos contratos no decorrer da história com base nos termos do doutrinador Gilissen (2001).

No direito do antigo império egípcio (*cerca* 3200–2423 a.C), há direito público centralizador, em que pese o direito privado se aproxime de caráter individualista, o direito contratual é bastante civilizado, valendo-se de contratos de compra e venda, arrendamento, doação e fundação. Importante mencionar que, durante esse período, não havia perpetuidade nos contratos (GILISSEN, 2001, p. 54-55).

No caso da Mesopotâmia, a partir do *Código de Hammurabi* (*c*. 1726-1686 a.C), os contratos eram bem desenvolvidos (GILISSEN, 2001, p. 61-63), pois foi criada uma técnica contratual com inovações jurídicas no ponto de vista do direito das obrigações. Já na Grécia Antiga, em especial Atenas, as regras de direito privado eram dispostas para as liberdades individuais, de modo que a transferência de propriedades era realizada por intermédio de contrato formado pela autonomia da vontade, livre de maiores formalidades.

No direito Romano, (GILISSEN, 2001, p. 95-96) apresenta o instituto chamado *GAIO,* que surgiu por volta de 160 d.C, *in verbis*:

> GAIO, *institutiones (cerca de 160 d.C) COMMENTARIUS PRIMUS*
> a) DE JURE CIVILI ET NATURALI. 1.1 Omnes Populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo próprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque popullus ipse sibi jus constituit, id pproprium est vocaturque jus civile, quase jus proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populus peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quase quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo próprio, partim communi omnium hominum jure utitur.
> Tradução
> 1. ACERCA DO DIREITO CIVIL E NATURAL. 1.1 Todos os povos que se regem por leis e costumes, utilizam em parte um direito que lhes é próprio, em parte um que é comum a todos os homens; na verdade, aquele direito que o próprio povo institui para si mesmo é-lhe próprio e chama-se direito civil (direito dos cidadãos), como direito próprio da cidade; no entanto, aquele que é instituído entre todos os homens pela razão natural, esse é observado em geral entre todos os povos e chama-se direito das gentes, como direito de todas as nações. E assim o povo romano usa um direito que em parte lhe é próprio e em parte comum a todos os homens.

O chamado "*GAIO*" refere-se à "catalogação das fontes das obrigações" (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 48), e, dentre elas, o *contrato*, conforme Gagliano e Pamplona Filho (ibid.):

> Deve-se ao jurisconsulto GAIO o trabalho de sistematização das fontes das obrigações,

> desenvolvidas posteriormente nas Institutas de Justiniano, que seriam distribuídas em quatro categorias de causas eficientes:
>
> a) *o contrato — compreendendo as convenções, as avenças firmadas entre duas partes*; o quase contrato — tratava-se de situações jurídicas assemelhadas aos contratos, atos humanos lícitos equiparáveis aos contratos, como a gestão de negócios;
> b) o delito — consistente no ilícito dolosamente cometido, causador de prejuízo para outrem;
> c) o quase delito — consistente nos ilícitos em que o agente atuou culposamente, por meio de comportamento carregado de negligência, imprudência ou imperícia.

A par disso, por ser o contrato uma convenção entre as partes, este pode prever situações em que as partes pactuam em sua liberalidade. Diante disso, o *"GAIO"* são as obrigações que podem decorrer deste *contracto*.

Voltando-se a Gilissen (2001, p.188-193), o autor aponta o *Contrato Vassálico,* vigente no regime Feudal (séculos X, XI e XII), como uma cerimônia solene na qual o Vassalo, isto é, o homem livre, em um aperto de mãos, durante uma homenagem, compromete-se a ser fiel ao Conde, oferecendo-lhe seus serviços de ajuda e conselhos em troca de proteção e manutenção.

Interessante ressaltar também a história do casamento e sua evolução. Desde a concepção Romana do Baixo Império, o casamento é um contrato privado, consensual e livre de formalismos. Na concepção Germânica, contudo, uma das opções de casamento é por intermédio da compra, na qual a mulher é vendida ao seu futuro marido. Para esclarecer a concepção Germânica, Gilissen (2001, p. 565-566) afirma que nesta concepção o contrato é dividido em dois atos: i) *sponsalia* (esponsais), correspondendo ao acordo entre ambas famílias sobre o valor a ser pago pela mulher (independe de seu consentimento), podendo ainda prever uma espécie de "multa" se acaso o noivo se recusar ao casamento; e ii) *traditio puellae* (cerimônia nupcial) que consiste na "entrega material da noiva", normalmente este momento é eivado de festas e ritos simbólicos costumeiros à época, tal como testemunhas acompanharem os noivos ao quarto conjugal.

Superada essa condição, os contratos foram dotados do princípio do consensualismo a partir de costumes dos séculos XII e XIII e evolução do direito canônico, como se pode observar:

> O princípio moderno do consensualismo dos contratos é o resultado de uma longa evolução histórica. O direito romano não o tinha admitido; muito menos o direito germânico. Foi no decurso da Baixa Idade Média que o respeito pela palavra dada se impôs, sobretudo por influência do direito canônico. O consensualismo triunfou rapidamente e tornou-se na base da moderna teoria dos contratos. (GILISSEN, 2001, p. 731).

Nas palavras do doutrinador: "É preciso manter tanto a promessa feita por simples

loquela (enunciação) como a feita por juramento", em respeito à palavra dada. Na mesma linha, o Papa Gregório IX previu em seus decretos a expressão "*pacta quantumque nuda servantur"*, que na significa "os pactos, embora nus, devem ser cumpridos". (GILISSEN, 2001, p. 743).

Assim, um grande exemplo para evolução contratual foi a Magna Carta (1215) que, nas palavras do doutrinador Fachin (2012, p. 212), "[...] constituiu-se num pacto entre os súditos e o monarca Inglês, Rei João-Sem-Terra, estabelecendo a proteção a importantes direitos individuais e a submissão do rei às leis [...]".

Note-se ainda que, com o Humanismo e a Reforma Protestante (século XVI), o individualismo contratual se aprimorou com a denominada doutrina da autonomia da vontade, em que "cada indivíduo, enquanto sujeito de direito, goza da liberdade de se obrigar ou não, sendo pela sua vontade consciente que ele se obriga" (GILISSEN, 2001, p. 743).

Em complemento, a título de curiosidade, há registros de rescisão contratual por vício redibitório nas "Ordenações Filipinas, IV, t. 17 – a rescisão do contrato por vícios redibitórios (escravos, animais e coisas inanimadas)" (GILISSEN, 2001, p. 746), em que se prevê:

> Quando os que compram escravos, ou bestas os poderão enjeitar por doenças ou manqueiras. [...] Qualquer pessoa que comprar algum escravo doente de tal enfermidade, que lhe tolha servir-se dele, o poderá enjeitar a quem lhe vendeu, provando que já era doente em seu poder de tal enfermidade, com tanto que cite ao vendedor dentro de seis meses do dia que o escravo lhe for entregue. [...] E sendo a doença de qualidade, ou em parte que facilmente se deixe conhecer, ou se o vendedor a manifestar ao tempo da venda, e o comprador comprar o escravo sem embargo disso: em tais casos não o poderá enjeitar, nem pedir o que menos valia do preço que por ele deu por causa da tal doença. [...] E todas as coisas acima ditas se poderão enjeitar, não somente quando são havidas por título de compra, mas ainda se forem havidas por troca, ou escambo, ou dadas em pagamento, ou por qualquer outro título em que se traspasse o Senhorio: mas não se poderão enjeitar quando forem havidas por título de doação.

Essa tendência de vício redibitório em relação aos escravos, apesar de ultrapassada e incabível hodiernamente, infelizmente fez parte da história social, por qual pessoas eram objeto de contrato, tal como a rés (coisa).

Estando o contrato presente nas sociedades desde os tempos mais remotos, portanto, agora não seria diferente. Diante disso, nos tempos modernos, muito se fala em limites contratuais com o intuito de proteção aos considerados "hipossuficientes", no sentido de que se submetem a contratos abusivos por necessidades pessoais, caracterizando a era da "suposta crise dos contratos". Por outro lado, conforme pontua Giselda Hironaka (2002, p. 127 *apud* TARTUCE, 2021, p. 25), o termo "crise dos contratos" se refere apenas a uma alteração estrutural que modifica a sua função social,

> [...] confundindo-se, muitas vezes, liberdade de contratar com liberdade contratual, o diagnóstico foi sempre muito pessimista, a respeito da sobrevida institucional do

> contrato. Mas, como o 'sonho de John Lennon', o contrato não morreu. Nem declinou, nem encolheu, nem perdeu espaço, nem poder. Rui de Alarcão escreveu, e com toda a razão, que tal pessimismo foi claramente desmentido, a significar que o alarde foi exagerado e que a pós- modernidade prescreve a necessidade de novos modelos de realização do direito, estando entre eles, certamente, os novos modelos contratuais que todos os dias se multiplicam, indicando uma fertilidade inesgotável desses paradigmas e o seu verdadeiro e sempre renovado papel de organizador e autorregulamentador dos interesses privados. Ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa. Todas essas faces são as faces do contrato que se transmuda e evolui sempre, como a própria transmudação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais. A dinâmica própria da vida dos homens e a realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa mobilidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual. Construção e crítica se alternaram [desde o início do anterior século], produzindo um movimento de edificação de uma teoria [geral do direito privado] tão sólida quanto volátil. Esse movimento é absolutamente saudável, rejuvenescedor e revigorante para as instituições privadas, mesmo porque, dizendo respeito a relações de natureza intersubjetiva, quer dizer, dos sujeitos entre si, essas instituições se renovam com o próprio uso, e o seu eventual desuso é que pode acarretar sua morte, por inércia. O contrato não caiu em desuso nunca e, por isso, permanece vivo; sua força revela sua indispensabilidade no trato das relações jurídicas e da mantença da segurança. (HIRONAKA, 2002, p. 128 *apud* TARTUCE, 2021, p. 25).

Diante ao exposto, pode-se concluir que os contratos estão sendo revitalizados para melhor atender os anseios das sociedades e que estes não só não estão em crise, como estão em seu apogeu no direito privado. Dentre as mudanças, Tartuce (2021) menciona a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), que se originou na Medida Provisória 881, e

> [...] que teve a minha atuação no Congresso Nacional quando da sua conversão em norma jurídica –, contribui sobremaneira para intensificar esse debate, diante de uma tendência de volta do liberalismo, como tem sido comum em todo o início de século, não só no Brasil como em todo o mundo. Procurando declarar os chamados direitos de liberdade econômica, esse diploma traz em seu art. 2.º os seguintes princípios norteadores: a) a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; b) a boa-fé do particular perante o poder público; c) a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e d) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Deste modo, os contratos são envoltos por princípios norteadores que limitam a atuação abusiva e manifestamente desproporcional entre as partes contratantes, visando a alcançar satisfação para ambos os contraentes, como verdadeiro acordo lastreado na boa-fé e na real manifestação de vontade.

2.3. A Constitucionalização do Direito Privado

A autonomia da vontade privada sofre limitações cogentes com a relativização da cláusula *pacta sunt servanda*, sob a égide de que o contrato deve atender um fim visando à liberdade e igualdade entre os vulneráveis no ponto de vista social, econômico, político e

jurídico. Dito isso, pode-se afirmar que a liberdade precisa ser relativizada observando os princípios constitucionais para não caracterizar violação aos direitos e garantias fundamentais das partes contratantes e terceiros envolvidos na relação contratual, objetivando a boa-fé.

Na mesma linha, preceitua Daniel Sarmento (2004, p. 189):

> [...] autonomia privada não é absoluta, pois tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito de outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança. Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional [...].

Frisa-se, portanto, que a atuação constitucional possui fundamento de regulamentar as relações. Dito isso, verifica-se o entendimento do Virgílio Silva (2005, p. 136 *apud* OLIVEIRA, 2016):

> Para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado. Essa é a base dos efeitos indiretos. Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõem a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um sistema de valores com a existência de portas de entrada desses valores no próprio direito privado, que seriam as cláusulas gerais.

Dessa forma, pode-se concluir que os direitos e garantias fundamentais estão alinhados com o direito privado contratual, seja no âmbito civil ou no constitucional, visando alcançar maior proteção principiológica e legal aos envolvidos pela obrigação contratual.

3 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

De início, importante mencionar que a elaboração do instrumento contratual vai além de um acordo entre as partes, isto é, para atender a sua função, esta precisa revelar a real declaração de vontade das partes e respeitar os ditames jurídicos, como será melhor explanado nos subtópicos desta seção.

3.1 Fases que antecedem à efetivação do contrato

O contrato decorre de um processo de formação que envolve negociações preliminares, proposta e aceitação, por fim, se houver acordo entre os termos, a celebração do contrato é efetuada. Nesses termos, a fase de “puntuação”, ou negociações preliminares, é o momento que antecede ao contrato efetivo, sendo a ocasião em que as partes conversam sobre seus interesses,

termos, formas, entre outros detalhes.

Dito isso, as tratativas se iniciam e os celebrantes podem, sem obrigatoriedade e responsabilidade, debater sobre os possíveis termos, vislumbrando uma expectativa de contratação futura (ou não, se acaso não acordarem). Nas palavras do doutrinador Carlyle Popp (2002, p. 230):

> A principal característica desta fase de negociações preliminares é a não obrigatoriedade. Isto porque realizar negociações é um direito concedido pelo ordenamento, de natureza constitucional, que autoriza a livre celebração de negócios jurídicos. Optar pela celebração ou não é um direito que assiste a cada um dos negociantes. Este direito, volta-se a dizer, é cada vez mais limitado, limitação esta diretamente proporcional ao incremento da boa-fé objetiva nas relações jurídicas. Não celebrar o negócio jurídico é um direito que assiste ao tratante, desde que aja dentro dos limites da boa-fé e não viole a confiança alheia.

Essa tendência da não obrigatoriedade é justamente porque ninguém é obrigado a contratar enquanto não souber das condições, fazendo, portanto, com que as negociações preliminares sejam debates não vinculativos, desde que respeitado o princípio da boa-fé.

Superada essa condição, para Tartuce (2021, p. 196), se for de interesse das partes, é possível formular uma proposta, ou seja, oficializar a oferta, correspondendo a um ato unilateral que pode ser realizado de várias formas: entre ausentes, entre presentes, oferta ao público etc. Aquele que oferece a proposta é nomeado proponente, enquanto aquele que recebe é denominado de *oblato*. Considerando o *oblato* (GOMES, 1999, p. 61), ele pode aceitar, ou não, a proposta por intermédio de declaração expressa ou tácita, a depender dos termos da proposta, desde que chegue ao conhecimento do proponente, para que possam estar vinculados mediante a proposta.

Seguindo a linha do procedimento do contrato, após negociações preliminares, proposta e aceitação, haverá acordo entre as partes e, por consecutivo lógico, o contrato, que poderá ser verbal ou escrito. Isto posto, essa fase é de suma importância, pois é o momento para discussão dos reais interesses das partes contraentes em consonância com a adequação ao contrato, ou seja, ser os agentes capazes, o objeto lícito, possível e determinado (determinável).

3.2 Função do advogado

É imperioso destacar a importância e essencialidade do advogado no âmbito do Poder Judicial, assim reconhecido pela Constituição Federal, em seu artigo 133, *in verbis:* “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (BRASIL, 1988). Nesse ínterim,

ser advogado é prestar compromisso com a sociedade, seguindo os ditames constitucionais, infraconstitucionais e principalmente os princípios éticos, morais que emanam da boa-fé, requisito essencial desse profissional.

Dito isso, note-se que o advogado é competente para atuar não só na esfera judicial, de forma remediativa, mas também, e não menos importante, possui legitimidade no Estado de Direito para atuação extrajudicial, de forma preventiva. Essa tendência foi explanada com habitual erudição pelos doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 25):

> Muito importante, aliás, observarmos que, hodiernamente, com o assustador aumento das demandas judiciais, a denominada *advocacia preventiva*, ou seja, o assessoramento jurídico prévio ao eventual litígio, ganha mais força e, nessa nova ordem, cresce a importância do apuro técnico na feitura de um contrato.

Nesses ditames, a importância da atividade advocatícia preventiva é no sentido de consultoria jurídica, seja ela para emissão de simples pareceres, ou para efetiva elaboração de contratos para seu cliente. Frise-se que a elaboração do contrato é um dos momentos mais importantes para concretização de negócios do cliente, seja ele agressivo no mundo dos negócios, ou conservador, e a sua real manifestação de vontade, o seu "querer", deve ser objetivado no contrato pelo advogado, que deve realizar na elaboração contratual adequação dos fatos às normas jurídicas.

Importante ressaltar que o instrumento contratual exige alguns requisitos para sua existência, validade e eficácia. O que é imprescindível destacar é que, para o contrato ser satisfatório para os contraentes, este deve ter a vontade das partes declaradas sem vícios de consentimentos e respeitando os regramentos e princípios jurídicos. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 35).

Conforme discorrem Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 35), no plano da existência do negócio jurídico contratual, é necessário que contenha "agente, vontade, objeto e forma", isto é, exige-se sujeitos que emanarão a sua vontade sobre determinado objeto, respeitadas as formas previstas em lei quando houver. Nessa linha, não havendo algum desses requisitos, o negócio é inexistente.

Por outro lado, ainda segundo os autores supracitados (ibid.), no plano da validade, o agente deve ser capaz, nos termos do art. 166, I do Código Civil de 2002, sob pena de nulidade; a declaração de vontade emanada deve ser livre de vícios, sob pena de anulabilidade, nos ditames do art. 171, II do Código Civil de 2002. Em outras palavras, não pode haver "erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão" (BRASIL, 2002) para declaração de vontade provocada ou com intenção de fraude.

> Por fim, no plano da eficácia estão os elementos relacionados com as consequências do negócio jurídico, ou seja, com a suspensão e a resolução de direitos e deveres relativos ao contrato, caso da condição, do termo, do encargo, das regras relacionadas com o inadimplemento, dos juros, da multa ou cláusula penal, das perdas e danos, da resolução, da resilição, do registro imobiliário e da tradição (em regra). De outra forma, nesse plano estão as questões relativas às consequências e aos efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros. Logicamente, a *Escada Ponteana* indica que o plano seguinte não pode existir sem o anterior. Elucidando, para que o negócio ou contrato seja eficaz, deve ser existente e válido, em regra. Para ser válido, deve existir. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 35).

Posto isso, diante dos requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, resta dizer que, para um leigo no âmbito jurídico respeitar esses ditames, é um processo complexo. Nesse sentido, a figura do advogado para elaboração de contratos é de suma importância por ser conhecedor da lei, tendo em vista que o intuito deste é evitar lides por falta ou cláusulas mal elaboradas.

3.3 Segurança jurídica: caso Abílio Diniz (Pão de Açúcar)

Diante ao exposto nos tópicos anteriores, evidencia-se a importância da elaboração de contrato no ponto de vista negocial, visando atuação preventiva, objetividade, interesses das partes, entre outros aspectos. Ora, partindo dessa premissa, para melhor satisfação das partes, no ponto de vista social, jurídico e econômico, não basta a existência do instrumento contratual, mas que seja realizado de acordo com o que as partes almejam adequado às normas jurídicas, ou seja, deve ser bem-feito para atender aos seus fins preventivos.

No âmbito dos negócios, pouco se tem sobre a conscientização do “saber contratar” e muito se tem sobre “contratar rápido, para não perder o negócio”. Aqui, enquadra-se a figura do advogado, que, quando contratado, sofre pressão externa para elaborar este instrumento de forma célere, cumprindo meras exigências formais. No entanto, essa ideia de que o contrato é mera formalidade pode acarretar inúmeros prejuízos para as partes contratantes, pois, nos termos do *pacta sunt servanda*, o contrato deve ser cumprido em sua totalidade, ressalvadas hipóteses de nulidade ou anulabilidade.

Dessa forma, a fase da contratação precisa ser realizada com muita cautela e exaustão, seja no ponto de vista do “querer humano” ou jurídico, devendo as partes compreenderem que este é o momento de negociação, com atuação preventiva aos possíveis problemas supervenientes e que, portanto, é primordial que seja feito da melhor forma possível.

Nesse ínterim, o empresário Abílio Diniz, ex-sócio do Grupo Pão de Açúcar (GPA), relatou a sua história no mundo dos negócios e expôs, de forma educativa, que sofreu sérios

prejuízos por elaborar um “contrato mal-feito”, em 2005, com o Casino, o qual transferiu os poderes diretivos a este, em decorrência do contrato.

Em uma entrevista realizada para o canal Endeavor Brasil, Diniz (2017) relata que:

> As pessoas às vezes perguntam, você já cometeu erros na vida?
> - É claro que sim.
> - Qual foi o grande erro da tua vida?
> - Eu digo com muita clareza, o grande erro da minha vida foi o contrato que eu fiz com o Casino em 2005. Esse foi o grande erro da minha vida. Só que eu faria de novo, faria de novo, mas faria bem-feito.
> - Qual foi o grande erro?
> - Eu ter feito um mal contrato.
>
> [...] se vai contratar alguma coisa, **o momento do contrato é o mais importante de tudo**. Tem que contratar bem; tem que prever todas as possibilidades; tem que prever tudo que vem pela frente, o máximo possível. E se não se entender, se brigar, briga no contrato e não briga lá na frente. Um contrato mal-feito é um desastre, é realmente um desastre.
>
> Então, esse é uma coisa que pode ser um aprendizado para todos vocês: deem importância no momento de contratar, vão à exaustão; tome o tempo que for necessário [...]
>
> Eu prefiro não fazer um negócio do que fazer um mal contrato. Isso vocês podem ter certeza! Contrato bem-feito, faz, nunca briga, a vida é feliz, nunca tem problema. Fez um contrato mal-feito, a chance de dar problema é enorme, então esse é o grande aprendizado que eu posso tirar do grande erro da minha vida, onde, todos os motivos, todas as razões de fazer aquele contato, fazer aquele acerto eu faria de novo, eu tinha motivos, tinha razão, tudo ... só que eu faria bem-feito, eu contrataria certo, esse é o ponto [...]. (grifo nosso).

A história de Abílio Diniz é apenas mais um exemplo de situações corriqueiras em que pessoas são prejudicadas em decorrência de contratos, principalmente considerando sua falta ou sua má elaboração, não alcançando a efetividade almejada. Diniz frisa que as condições eram favoráveis e que realizaria o mesmo negócio novamente, justamente por ser bom, contudo, ressalva que, dessa vez, faria por intermédio de uma boa contratação, pois o que era para ser bom, tornou-se o grande erro de sua vida, e uma das maiores brigas societárias internacionais.

4 CONCLUSÃO

Ante ao exposto, pode-se concluir que inicialmente os contratos eram vistos como "acordos" entre as partes, sem quaisquer formalismos e pré-requisitos, apenas a declaração de vontade vinculada a uma obrigação. Superada essa condição, o presente trabalho abrangeu a importância da atuação preventiva durante a elaboração contratual, visando a participação de advogados para corroborar no ponto de vista jurídico, a fim de agregar valor ao contrato, prevenindo quaisquer e eventuais problemas que possam dificultar a satisfação de seu cliente na execução do contrato.

Por derradeiro, é importante ressalvar que o instrumento contratual está presente na vida de todos. Acredita-se que o presente artigo conseguiu dimensionar a importância de realizar um contrato bem-feito, observando como a essencialidade desse instrumento deve ser realizada abarcando a atuação preventiva e efetiva, conforme visto no relato do empresário Abílio Diniz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mario Veiga. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mario Veiga. **Novo Curso de Direito Civil**: Obrigações. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**.14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENTORIA Online com Abilio Diniz. S.I.: Endeavor Brasil, 2017. Youtube, son., color. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=VDLaN7X9-Ps. Acesso em: 15 set. 2021.

OLIVEIRA, Josilene Nascimento. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais, **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 21 de mar. de 2016. Disponível. em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46246/eficacia-horizontal-dos-direitos- fundamentais. Acesso em: 30 set 2021.

PARANÁ. Tribunal da Justiça. Apelação cível n. 0004479-54.2019.8.16.0194. Apelação Cível. Ação de Restituição de Arras. Admilson Montovani e Pauline Terezinha dos Santos Montovani. versus Laudinil Souza Penteado e Maria Helena Silva Cunha. Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima. Curitiba, 07 de julho de 2021. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1247141110/apelacao-apl-44795420198160194-curitiba- 0004479-5420198160194-acordao/inteiro-teor-1247141124. Acesso em: 18 set. 2021.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial**: O Rompimento das Tratativas. Curitiba: Juruá, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal da Justiça. Apelação cível n. 02042301-46.2015.8.21.7000. Promessa de Compra e Venda. Ademir Romani. versus Ademir Romani. Relator: Dr. Giuliano Viero Giuliato. Porto Alegre, 09 de maio de 2017. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/908590829/apelacao-civel-ac-70065569238-rs. Acesso em: 18 set. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, v. 3. Barueri: Grupo GEN, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993849/. Acesso em: 18 set. 2021.

WALD, Arnoldo. O Contrato: Passado, Presente e Futuro. **Revista Cidadania e Justiça**, ano 4, n. 8, 2000.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O CRESCIMENTO DO CRIME ORGANIZADO

Moacir Leandro Filho
Wilson Massali

1 INTRODUÇÃO

A situação carcerária no país é umas das questões mais graves e complexas da realidade social no Brasil. Atualmente, têm sido presenciadas muitas discussões acerca do aumento da violência no país. O crime organizado, força atuante paralelamente ao Estado, também vem se expandido por todo o território nacional, e os presídios do país também vêm sendo um dos locais onde o crime organizado vem imperando. Tudo isso, por conta da fragilidade do sistema presidiário brasileiro.

Com o crescimento da violência no país, tem aumentado a população carcerária, e isso vem sendo um problema, à medida que as políticas públicas e o pouco espaço para a iniciativa privada atuarem neste setor não vem possibilitando melhorias no sistema, que não comporta os números alarmantes de pessoas recrutadas pela criminalidade.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014), a população prisional no Brasil, em 2014, ultrapassou o número de 607 mil pessoas privadas de liberdade por conta de algum delito cometido. Deste total, o sistema penitenciário comportou mais de 579 mil pessoas. O restante, de acordo com o levantamento, está distribuído em Secretarias de Segurança/Carceragens de Delegacias e Sistema Penitenciário Federal.

Em números mais recentes divulgados pelo INFOPEN (2016), o número da população prisional passou de 726 mil pessoas. O sistema penitenciário que em 2014 apresentava uma população de mais de 579 mil pessoas, em 2016, apresentou mais de 689 mil pessoas; portanto um crescimento considerável. Aumentou também o número de vagas, que passou para mais de 368 mil, e aumentou também o déficit de vagas, pouco mais de 358 mil.

São dados preocupantes, à medida que se tem acompanhado, nos últimos anos, o aumento da população carcerária no país, em advento do aumento da violência no Brasil,

por uma série de questões, principalmente pelas dificuldades nas quais o Estado se vê em relação às formas de combate à violência e ao crime organizado, que vem se expandindo e propiciando maiores complexidades ao poder público, no que diz respeito ao combate das organizações criminosas no país.

Em vista do crescimento da população carcerária, é agravante a situação do sistema penitenciário brasileiro, que recebe baixos investimentos e não comporta tamanha população, que se expande a cada ano que passa. De acordo com o INFOPEN (2014), o número de vagas do sistema penitenciário brasileiro é de pouco mais de 376 mil, apresentando um déficit de pouco mais de 231 mil vagas, visto que a população carcerária total até o ano datado, que era de pouco mais de 579 mil pessoas.

Neste sentido, é possível averiguar que existe superlotação, população carcerária superior à capacidade dos presídios em receber os detentos. Diante deste quadro, surgem problemas para o poder público que, frente a essa precariedade, encontra uma série de dificuldades de fiscalizar e evitar problemas comumente mostrados na mídia, como rebeliões e fugas, além das ações coordenadas e a mando do crime organizado, por meio inclusive de aparelhos eletrônicos que são facilmente penetrados na "segurança" dos presídios.

Essa situação é contrária à lógica do presídio, que é proteger a sociedade dos indivíduos infratores. De acordo com Marques, et al. (2015, p.2),

> [...] entende-se também que esse objetivo só pode ser alcançado se quando, durante o processo de reclusão, ao preso sejam proporcionadas condições mínimas no qual ele compreenda que, após o cumprimento da pena, ao reingressar na sociedade, ele terá que, não somente respeitar a lei, mas principalmente de auto sustentar-se diante da sociedade. Desta forma, o preso terá como direito as condições que possibilitem o seu processo de ressocialização.

Nesse sentido, entende-se que os presídios precisam oferecer um ambiente completamente oposto ao que é visto atualmente, em que as condições são degradantes, muitas vezes, insalubres e inseguras; os ambientes tidos como selvagens, pois estão presentes divergências e indivíduos pertencentes a diferentes organizações criminosas.

Ou seja, o sistema prisional atual faz parte de uma política penitenciária e de segurança pública que, ao invés de proporcionar a reabilitação do preso, acaba por criar infratores mais violentos e revoltados com a sociedade. A superlotação das prisões, a falta de projetos de ressocialização dos detentos, a insalubridade dos presídios tornam o cárcere um ambiente vulnerável e propício à proliferação de doenças e epidemias (MARQUES et al., 2015).

Todas essas questões introdutórias criam um ambiente muito vulnerável à proliferação de problemas e facilita a ação do poder paralelo, que são as organizações criminosas, que vêm crescendo no Brasil a cada ano que passa, impondo antigos e novos desafios ao poder público brasileiro.

Existem alguns grupos que hoje comandam e monopolizam o crime no Brasil; dentre eles, estão o Comando Vermelho e o PCC, que é o Primeiro Comando da Capital. Grupos que historicamente emergiram na sociedade com algumas premissas, entre elas, a de realizar "justiça social".

Manso e Dias (2018), no livro *''A Guerra: Ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil''*, reforçam essa questão em relação ao discurso inovador que apresentavam nos primórdios da organização e afirmam que *"os Paulistas diziam que seus crimes eram praticados em nome dos ''oprimidos pelo sistema'' e não em defesa dos próprios interesses."*

Pautados em um discurso ideológico, esta organização, segundo os autores, ''buscavam'' se diferenciar do crime organizado carioca, o Comando Vermelho, tendo como inimigos, além do Comando Vermelho, a polícia e aqueles que se opunham às regras da organização.

Os autores ainda vão relatar que o fato de pautarem com uma ideologia, deu-lhes condições de se organizarem e lucrarem, aumentando poder pelo Estado e por todo o país. Nesse sentido, o crime organizado, utilizando-se de uma ideologia "em favor'' dos pobres, aproveitou-se das fragilidades presentes nas regiões vulneráveis para expandirem seus negócios, recrutarem pessoas e capitalizarem seu poder, utilizando inclusive dos presídios para fortalecer os negócios.

Portanto, diante de uma reflexão, entende-se que é uma questão de grande amplitude, pois permeia problemas sociais, à medida que os maiores prejudicados são aqueles que se encontram em vulnerabilidade social, longe das oportunidades que, *a priori*, deveriam ser fomentadas e garantidas pelo poder público.

Diante dessa isenção, surgiram, ao longo dos anos, "oportunidades'' e brechas à criminalidade, que vem ganhando poder e fazendo frente ao poder público. Neste ciclo, acabam surgindo outros problemas que se entrelaçam e aumentam ainda mais os desafios da justiça e do poder público, de uma forma geral.

Aumento da população carcerária e falta de investimento inteligente em segurança e presídios acarretam precarização dos presídios que não comportam tamanha demanda, causando superlotação e insegurança aos profissionais da segurança, que não conseguem conter uma série de problemas e conflitos internos, além do controle do crime organizado dentro dos presídios, que segue como um dos maiores problemas.

Diante disso, o artigo pretende realizar uma discussão acerca da ineficiência do sistema prisional brasileiro e o crescimento do crime organizado, buscando suas relações e propor possíveis caminhos para superar alguns problemas vigentes na segurança pública no Brasil.

Assim, tem-se como justificativa para a escolha do tema o aumento da criminalidade no Brasil nos últimos anos e o aumento da população carcerária, que situa o Brasil entre os países de maior população carcerária do mundo, atrás de países como Estados Unidos, China e Rússia.

2 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Nos últimos anos, tem sido constatada uma série de agravantes em relação ao sistema prisional brasileiro, cada vez mais precarizado e abandonado, aumentando assim os desafios do poder público, no que diz respeito às dificuldades no combate ao crime organizado e também ao tratamento com os indivíduos que são encarcerados, estes que hoje se encontram em ambientes perigosos e insalubres, considerando também a questão da superlotação.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014), a população prisional no Brasil, em 2014, ultrapassou o número de 607 mil pessoas privadas de liberdade por conta de algum delito cometido. Desse total, o sistema penitenciário comportou mais de 579 mil pessoas. O restante, de acordo com levantamentos, está distribuído em Secretarias de Segurança/Carceragens de Delegacias e Sistema Penitenciário Federal.

Em números mais recentes divulgados pelo INFOPEN (2019), a população prisional passou 529 mil para 773 mil pessoas, ultrapassando, pela primeira vez na história do país, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade. O sistema penitenciário que, em 2014, apresentava uma população de mais de 579 mil pessoas, em 2016, apresentou mais de 689 mil pessoas; portanto um crescimento considerável. Aumentou também o número de vagas, que passou para mais de 368 mil, e aumentou também o déficit de vagas, pouco mais de 358 mil.

Algumas observações podem ser feitas em relação a esses números, visto que foi constatado aumento da população carcerária e o déficit de vagas, portanto não houve melhoras nos presídios, ainda com o problema da superlotação. E ainda mais grave, mais pessoas são presas, alarmando para o problema da violência no Brasil que vem crescendo a cada ano que passa.

De acordo com os dados divulgados pelo INFOPEN (2016), de 1990 até o ano de 2016, houve um aumento na ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. O Ministério da Justiça apontou, neste ano, 90 mil pessoas encarceradas, ultrapassando a casa dos 100 mil; dois anos depois, mais precisamente 114.300 pessoas.

Ainda de acordo com os dados divulgados pelo INFOPEN (2016), o estado de São Paulo concentra 33,1% de toda população prisional do país, com 240.061 pessoas presas. O estado de Roraima apresenta a menor população prisional do país, com 2.339 pessoas privadas de liberdade, entre aquelas custodiadas em unidades do sistema prisional, e aquelas que se encontram em carceragens de delegacias.

As informações ainda são complementadas com o seguinte apontamento: entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000, existiam

137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, conforme (INFOPEN, 2016).

Os dados ainda apontam que 40% das pessoas presas no Brasil até este ano não haviam sido ainda julgadas e condenadas. Portanto, quando buscamos entendimento destes dados, é importante que consideremos uma série de questões. O problema é amplo e complexo, são questões que envolvem problemas burocráticos em relação à justiça no Brasil, a estrutura e as condições nas quais os presídios, presidiários e profissionais da segurança estão envolvidos diariamente.

Observa-se nos dados supracitados que, a cada ano que passa, há aumento considerável e o poder público não consegue conter este avanço e nem atender às demandas que são postas, como presídios que possam alocar de maneira digna os presidiários, pois, além de uma questão humana, também perpassa naturalmente por questões de segurança.

Atualmente nos presídios existe o problema da superlotação, onde pessoas estão submetidas à doenças, à insegurança e compromete também os profissionais envolvidos com a segurança. Diante de tamanha situação de precarização, existem brechas e cria-se um ambiente propício para que organizações criminosas possam orquestrar seus movimentos dentro dos presídios.

É comum verificar nas mídias rebeliões, mortes, brigas, fugas e atuação das facções criminosas dentro dos presídios, inclusive pelo uso de celulares, possíveis de serem encontrados dentro dos presídios. As análises que podem ser consideradas atualmente no país e que são alvos de muita discussão passam pela questão do perfil dos presidiários, os tipos de crimes, a falta de condenação e julgamento, que contribuem para essa superlotação e são alvos de reflexão.

Entende-se também que além dessa questão, existem muitos infratores em liberdade, que poderiam estar presos; portanto, é um quadro que apresenta uma série de discussão, reflexão e que devem ser estudadas para maior entendimento acerca deste fenômeno tão problemático para o país no presente século.

Todas essas questões discutidas até então fazem parte e comprometem a eficiência do sistema prisional brasileiro, tornando-o um dos mais ineficientes do mundo. Entende-

se por sistema prisional o conjunto das unidades de regime aberto, semiaberto e fechado, comportando o público masculino e feminino, onde inclui também estabelecimentos penais em que o recluso ainda não foi condenado, sendo estas unidades denominadas de estabelecimento penal.

De acordo com o INFOPEN (2016), 32% das vagas existentes no sistema prisional devem-se aos presos sem condenação; para o regime fechado, existem 171.664 vagas (ou 47% do total de vagas) e para os demais regimes de cumprimento da pena existem 77.106 vagas, distribuídas entre as medidas de segurança, regimes abertos e semiaberto, além do Regime Disciplinar Diferenciado.

Nesse sentido, o DEPEN afirma que o nosso sistema penitenciário é um dos maiores do mundo, e hoje comporta uma das maiores populações carcerárias, atrás apenas de países como os Estados Unidos, China e Rússia. Dentro de uma concepção filosófica, entende-se o sistema prisional como parte de um conjunto de mecanismos de controle social.

A ideia é retirar do convívio social aqueles que representam algum tipo de ameaça ao bem estar da população, por transgredirem leis. Existem algumas vertentes de pensamentos que entendem o sistema prisional brasileiro como um instrumento de exclusão social, ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais menos favorecidas.

Isso gera, certamente, algumas discussões, pois os estudos mostram e detalham o perfil do presidiário, geralmente considerando nível educacional, renda, cor, dentre outros fatores que abrem margem para diferentes interpretações, pois são importantes para o entendimento mais amplo do problema no Brasil, no que diz respeito ao encarceramento de considerável número da população.

2.1 Tipos e perfis do preso brasileiro

O Brasil atualmente conta com uma população carcerária de 726 mil presos, dado que o apresenta entre os três maiores do mundo no que diz respeito ao número de pessoas presas. Dentre estes presos, pode-se verificar diferentes perfis e tipos de crimes.

Dados dessa natureza podem servir para entender melhor a complexidade do sistema prisional brasileiro, além de fatores sociais que contribuem de forma direta e indireta para que o Brasil seja atualmente um dos países com a maior população carcerária do mundo.

Atualmente alguns crimes correspondem por um percentual considerável em relação aos presos no Brasil. Pode-se verificar a distribuição dos diferentes tipos de presos por crime cometido.

O Conselho Nacional de Justiça (2018), com base no Banco Nacional de Monitoramento de Prisão (BNMP), os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais levam pessoas à prisão; 27,58% referem-se ao crime de roubo, simples ou nas suas formas agravadas, excluído o latrocínio; 24,74% ao tráfico de drogas e condutas correlatas; 11,27% aos crimes de homicídio; e 8,63% aos crimes de furto.

Merece ainda destaque a existência de 1,46% de imputações relativas a crimes contra a Administração Pública, e 0,79% de crimes previstos na lei das organizações criminosas, o que totalizam 2,25% das imputações que envolvem pessoas privadas de liberdade no sistema de justiça criminal brasileiro.

Nesse sentido, verifica-se a complexidade que é o sistema prisional brasileiro, que tem o roubo e atos ilícitos relacionados ao tráfico de drogas representando boa parte dos tipos penais. Considerando isso, é possível levantar uma série de questões que podem ser relacionadas com outros fatores sociais importantes.

Para isso, pode ser levado em consideração o perfil do preso brasileiro, por idade, renda, escolaridade, dentre outros indicativos, que servem para compreender melhor a complexidade dessa questão no Brasil atualmente.

Verifica-se que a população considerada jovem representa boa parte das pessoas privadas de liberdade no Brasil, passando dos 50% as pessoas com a idade entre 18 e 29 anos de idade. Isso também acende um alerta, à medida que sinaliza para um desvio nas gerações mais novas, o que pode ser relacionado com as mazelas do Estado e da sociedade, no que diz respeito à responsabilidade para com os mais novos.

É possível também verificar outro fator geralmente associado em diferentes discussões, as questões de vulnerabilidade social.

Verifica-se que a população parda juntamente com a população considerada preta, representam mais de 54% da população carcerária no Brasil. Já a população branca, representa pouco mais de 42% da população carcerária. Além de perfis, pode-se analisar também o nível de escolaridade dos presos.

Nota-se o maior percentual de presos no que diz respeito ao grau de escolaridade, 71,15% dos presos possuem ensino fundamental completo, seguido por 32,72% de presos com fundamental incompleto. Portanto, conforme esses dados, observa-se que pode haver relações importantes que servem como parte para explicar esse fenômeno no Brasil, de alta população carcerária.

Atualmente o país passa por uma série de dificuldades no que diz respeito à tutela do governo à sociedade, que pouco vem intervindo sobre as condições que tornam parte da população vulnerável, suscetível a compor o sistema prisional brasileiro, por crimes de variados tipos, tais como roubo e tráfico de drogas.

Para além dessa complexidade, ainda se verificam problemas no que diz respeito aos processos burocráticos e trâmites da justiça. Acredita-se que o grande número populacional de presos também se dá pelo fato de que a burocracia e a falta de recursos humanos acabam tornando o processo lento. Além do mais, são muitas as discussões sobre penas alternativas que poderiam desafogar o sistema prisional, para crimes de menor grau de periculosidade.

As naturezas de julgamentos são múltiplas, entre presos provisórios, execução provisória, execução preventiva, entre condenados e internados.

Portanto, fica claro que pouco mais de 40% dos presos no Brasil são provisórios, aqueles cujas prisões foram decretadas com o intuito de garantir que o acusado passe por um processo penal, com direito à ampla defesa e contraditório, para que o juiz, ou conselho de sentença, no caso do Tribunal do Júri, possa chegar a uma decisão e, consequentemente, aplicar uma pena que pode ser a de prisão.

Diante dos dados que foram apresentados, é importante aprofundar a análise, buscando compreender a complexidade do estudo em questão, que visa abordar o sistema prisional brasileiro, dentro do contexto da realidade social.

2.2 A reincidência de ex-detentos

Os graves problemas carcerários do Brasil têm levado o poder público e a sociedade a refletirem sobre a atual política de execução penal, fazendo emergir o reconhecimento da necessidade de repensar esta política, que, na prática, privilegia o encarceramento maciço, a construção de novos presídios e a criação de mais vagas em detrimento de outras políticas (IPEA, 2015).

Sapori et al. (2017, p.1), nesse sentido, afirmam que:

> Um dos temas mais presentes no debate público sobre violência no Brasil é a reincidência criminal. É recorrente a representação de que a maioria absoluta dos presos que saem da prisão após o cumprimento da pena volta a delinquir em pouco tempo.

Considerando os problemas e a complexidade do sistema prisional brasileiro, fomenta-se na sociedade uma série de discussões que visam minimizar os problemas em relação à superlotação e no que diz respeito à penalização dos diferentes crimes, além da temática da reincidência no mundo do crime.

Nesse sentido, Colares (2016) ressalta que, há algum tempo, as leis penais no Brasil têm sido produzidas e/ou reformadas ao sabor de determinados fatos sociais de grande apelo midiático, mas que, paradoxalmente, possui pouca ou nenhuma base científica e/ou empírica acerca dos resultados que a nova legislação trará.

Nesse sentido, as mudanças mais relevantes têm ocorrido no sentido de tornar mais severas as penas de determinados tipos criminais. A exemplo dessa política, podem ser citados a Lei 8.930/94, que incluiu o crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, pouco depois do brutal assassinato da atriz Daniella Perez; a Lei 10.224/2001, que criou o crime de assédio sexual (art. 216-A do Código Penal); o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), que criou nada menos que 13 (treze) tipos penais antes inexistentes; a Lei 13.104/2015, que criou o feminicídio (COLARES, 2016, p.24).

Portanto, é possível verificar diversas tentativas com criação de leis. Mas ainda assim, é possível verificar poucas mudanças no sentido de mudar o sistema prisional brasileiro. O autor, considerando isso, vai ressaltar que a política criminal adotada no

Brasil pouco tem se preocupado com aquilo que vem a ser a principal finalidade da pena: a prevenção de novos crimes.

Colares (2016, p.25) ainda ressalta que:

> Apesar de ser inegável o caráter retributivo da pena – ou seja, a visão da pena como um mal justo, um castigo merecido a quem violou norma penal – qualquer política criminal que tenha como objetivo reduzir a criminalidade deve buscar mecanismos que façam com que as pessoas se sintam desestimuladas a delinquir no futuro. Por sua vez, alguém que eventualmente tenha infringido a norma penal dificilmente será convencido pelo Estado a deixar as atividades criminosas se não lhe for mostrado algum caminho que traga mais benefícios que o crime.

Nesse sentido, verifica-se aquela máxima que sempre é discutida em todos os âmbitos da sociedade. O preso recebe sua pena, cumpre-a parcialmente ou não, retorna ao convívio social, porém volta a praticar atos de ilegalidade. Dessa forma, acredita-se que faltam algumas ações que possam caminhar juntamente com essa discussão, visando sempre a possibilidade do ex-detento não se tornar um reincidente do crime.

Sapori et al. (2017) esclarecem que se consolidou em meio pensamento jurídico e no senso comum a certeza de que a taxa de reincidência criminal no Brasil supera 70%. Portanto, visa-se à gravidade da questão, fazendo-se urgente aprofundamento nas discussões que analisem, por uma ótica social, este problema.

Portanto, acredita-se que é importante variar a lógica de encarceramento, buscando complementar com ações mais efetivas que possam caracterizar as leis como mecanismos que, de fato, possam inibir as práticas ilícitas, mas que conjuntamente a isso, sejam pensadas alternativas que possam trabalhar no âmbito da prevenção.

Para Colares (2016, p.24),

> [...] o endurecimento das penas revela-se medida de pouca valia na prevenção de novos crimes: em vez de estimular a ressocialização de apenados, torna o processo mais longo e potencialmente menos eficaz, dada a quase nula atenção que seguidos governos têm dado à execução penal.

Considerando a discussão posta, é curioso pôr em perspectiva que o perfil dos reincidentes também varia e pode ser fator usado para subsidiar diferentes discussões que tangem o fenômeno abordado. Quando se considera, por exemplo, a faixa etária verifica-se que a predominância dos apenados no momento do crime foi de 18 a 24 anos, com 42,1% do total de casos – 44,6% entre os não reincidentes e 34,7% entre os reincidentes (IPEA, 2015).

Essa diferença, de acordo com o relatório, proporcional entre reincidentes e não reincidentes nessa faixa etária, talvez possa ser explicada pelo corte da idade mínima para a imputabilidade penal, que é aos 18 anos. Assim, existe uma boa chance de os réus mais jovens não serem reincidentes. Apesar disso, quando comparados com outros grupos etários, a proporção de reincidentes, com menos de 25 anos, é considerável, equivalente a um terço do total de reincidentes. **Fonte: Pesquisa IPEA, 2015.**

Quando se considera o sexo, os dados do IPEA (2015) revelam que 91,9% dos condenados eram do sexo masculino, contra 8,1% do sexo feminino. Há uma diferença significativa, visto que a proporção de homens reincidentes é bem superior que o número de mulheres reincidentes. **Fonte: Pesquisa IPEA, 2015.**

Ao realizar análise no que diz respeito a raça e cor, de acordo com pesquisa do IPEA (2015), é possível observar uma diferença no que diz respeito à proporção de pretos e pardos comparativamente à de brancos. Entre os não reincidentes, a população parda é maioria (53,6%). Entre os reincidentes, a maioria é branca (53,7%). **Fonte: Pesquisa IPEA, 2015.**

De acordo com o IPEA (2015), quando se analisa os dados referentes à graus de instrução, verifica-se que entre a população brasileira, 17,4% das pessoas possuem o ensino fundamental completo ou o médio incompleto; entre a amostra de apenados, porém, a proporção é inferior nestas categorias, 14,4%.

Ainda de acordo com a pesquisa, os dados brasileiros relativos ao ensino médio completo e superior incompleto perfazem 23,4% da população, número quase três vezes

superior à amostra dos apenados, que é de 8,5%. Entretanto, na população com ensino superior completo essa diferença agrava-se ainda mais: entre os apenados, têm-se 1,9% com este nível de escolaridade. Apenas 0,7% dos reincidentes possuem ensino superior. **Fonte: Pesquisa IPEA, 2015.**

Nesse sentido, tais dados fornecem subsídios para ampliar a discussão, buscando elementos históricos e problemas da modernidade. Assim, tem-se constatado que o modelo prisional brasileiro apenas encarcera as pessoas; as leis criadas não têm demonstrado os resultados esperados; isso sinaliza falta de outras medidas que visem, por exemplo, não permitir que o ex-detento seja reincidente. Para isso, são necessários investimentos e alocação correta de recursos, a começar pela reforma dos presídios, e se necessário, a construção de novos, não para incubar mais presos, mas no sentido de proporcionar a eles dignidade, visto que o objetivo vai além do punir, porque há o objetivo intrínseco de ressocializar o indivíduo

3 O CRESCIMENTO DO CRIME ORGANIZADO

O crime organizado, como o nome sugere, tem sua organização específica, o que dificulta o trabalho do poder público no que diz respeito ao seu combate. Segundo Melo (2015), *"é um fenômeno do crime e da atuação de criminosos.''* Portanto, pensar neste tema, muitas vezes, evoca sentimentos, injustiça, brutalidade, desrespeito.

Dessa forma, para o entendimento do que é o crime organizado, diferentes olhares contribuem para esta tarefa, podendo ser mais técnico, analítico, ou até mesmo por uma ótica mais social, permeada pelas ciências sociais para entender esse fenômeno.

O crime organizado é de interesse de toda sociedade, visto que as consequências de suas ações trazem impactos extremamente negativos ao bem estar social, no que diz respeito à segurança das pessoas. Sendo de interesse público, o é também do poder público, que tem o papel fundamental de zelar pela segurança e bem estar da sociedade.

Mas, diante dessa afirmação, existem contradições que nos remetem a visualizar a realidade hoje do Brasil, onde tem sido cada vez mais nítida a presença e o crescimento do crime organizado por todo o território nacional, aumentando os desafios do poder

público. Mas, o que é o crime organizado? Para este entendimento, a presente seção pretende levantar essa discussão.

De acordo com Melo (2015, p.8), *"são ditas ilícitas ou antijurídicas as condutas (atos ou omissões) que violem leis e normas de uma sociedade."* O autor ainda complementa afirmando que também podem ser chamadas de *infrações* ou *ofensas*. As condutas ilícitas, consideradas as mais graves de todas, são os *crimes* e compõem a classe mais importante das violações.

Melo (2015, p.8) explica que

> as leis de cada sociedade e época especificam quais são as condutas formalmente estabelecidas como criminosas. Para uma visão geral do fenômeno como objeto de estudo das ciências sociais, esta conceituação basta. Para ir além e obter visões das leis de uma sociedade específica é necessário recorrer à legislação; e para entender a fundamentação geral desta, recorrer ao direito.

Em muito do que se vê e se lê na mídia e no conceito público sobre enfrentar o crime organizado, não há uma especificidade em relação ao crime. Melo (2015, p.8) esclarece que em primeiro lugar, *"designa um agrupamento de crimes, os crimes de uma certa classe."* Estes se diferenciam de assassinatos, assaltos, agressões corporais, furtos e outros atos praticados por indivíduos.

O crime organizado é um fenômeno histórico; para se constituir hoje na sociedade no seu grau de evolução, muitos anos foram necessários. O crime organizado como força de poder paralelo o Estado e aumenta seu poder, conforme o Estado torna-se menos presente na segurança pública.

Por trás das organizações, existem pessoas que praticam o crime e aqueles que pensam e elaboram a trama. De acordo com Melo (2015, p.15), *"muitas vezes elas reúnem pessoas habilidosas e experientes; os crimes são planejados, requerem muito esforço e treinamento dos participantes; e estes gastam bastante tempo discutindo e analisando a próxima ação criminosa."*

Tais organizações atuam como empresas, visam lucro, poder e ramificação, ganho de capilaridade por todo o território, expandindo-se também pelas fronteiras nacionais.

Portanto, trata-se de organizações articuladas e bem projetadas, que demandam um esforço ainda maior do poder público para o enfrentamento dessas organizações criminosas.

Basicamente, o crime organizado se diferencia dos demais crimes por sua relação com o Estado, pois entende-se que sem essa relação o crime organizado não teria tomado amplitudes tão abrangentes. Não importa qual atividade o crime organizado irá empenhar, mas é fato que haverá confrontação com o Estado, além de rivalizar com outras facções que disputam pelo mesmo negócio explorado.

Há indicações que o tráfico de drogas, principalmente o da maconha, cocaína e heroína, são os segmentos mais lucrativos do crime organizado, de forma que esse negócio movimenta bilhões por ano. Hoje, no Brasil, existem duas grandes facções que atuam em oposição ao Estado e entre si na disputa por poder e território.

Acredita-se que o crime organizado no Brasil tenha iniciado durante o regime militar, quando o cidadão que se opunha ao regime era condenado em prisão, com outros criminosos, e isso tenha proporcionado articulação mais inteligente, visto que eram pessoas engajadas politicamente e com conhecimento mínimo sobre Estado, seu funcionamento e estrutura.

De acordo com Santos (2004, p.90), *"o resultado desta convivência teria sido o aprendizado dos presos comuns de táticas de guerrilhas, forma de organização, hierarquia de comando e clandestinidade, repassado pelos presos políticos.''* Ainda ressalta que, diante de tais conhecimentos, os presos comuns passaram a realizar seus atos criminosos salvaguardados pelo planejamento, o que garantia o sucesso do ato ilícito.

Logo, foi esse o importante aprendizado obtido por diferentes autores de crimes nas prisões brasileiras nas décadas de 70 e 80, do século passado (SANTOS, 2004, p. 90). Portanto, entende-se este movimento como opositor ao Estado, que visa adentrar aos mercados ilícitos, visando lucro, poder e controle territorial.

Acredita-se em boa parte da literatura especializada que a origem do crime organizado no Brasil esteja nas prisões desde o período supracitado; deu origem a importantes grupos que hoje atuam como força paralela ao Estado, e dentre elas, está o Comando Vermelho. Este hoje comanda diferentes pontos da cidade e do Estado do Rio

de Janeiro, além de ter territórios dominados em outras regiões do país, articulando-se inclusive dentro dos presídios.

O Primeiro Comando da Capital também é uma maiores facções criminosas do país, e de acordo com Lima (2003, p.1), foi criada no interior do Presídio de Segurança Máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tendo por objetivo patrocinar rebeliões e resgates de presos em diversos Estados brasileiros.

Com o passar dos anos, foram aperfeiçoando suas práticas criminosas, expandindo-se também para atuar com roubos a bancos e a carros de transportes de valores, extorsões de familiares presos, extorsão mediante sequestro e tráfico de entorpecentes com conexões internacionais (SILVA, 2003, p. 26; LIMA, 2003, p. 01).

A constante evolução do crime organizado se deve à ausência de políticas de controle da criminalidade nas regiões de alta vulnerabilidade social. Acredita-se que, nestas regiões, o crime organizado atua facilmente e tem controle sobre a população, pela imposição do medo ou até mesmo pela “ajuda’’ que prestam à população.

Portanto, acabam ‘’suprindo’’ uma necessidade que deveria ser auxiliada pelo Estado, responsável de prover segurança e condições melhores de vida à população, ocupando as pessoas com atividades que sejam agregadoras, criando um ambiente de oportunidade e sem criminalidade.

Vale ressaltar que o crime organizado por atuar em ações ilícitas e o Estado na tentativa de combater, geram confronto e, por consequência disso, geram violência, que por sua vez, geram problemas sociais graves e muitas mortes em decorrência desta guerra.

De acordo com Garzón-Vergara (2016, p.2), *“as características e dinâmicas da violência letal em muitos países latino-americanos estão intimamente associadas à prevalência do crime organizado e a existência de mercados ilícitas.’’* Ainda complementa afirmando que o tamanho desses mercados pode afetar a magnitude dos confrontos violentos e as disputas entre facções rivais.

Caso real pode ser considerado o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital, duas facções criminosas que disputam a hegemonia do crime em diversos territórios pelo país e em países vizinhos, além de se articularem pelo domínio dentro dos presídios pelo Brasil.

Tudo isso pode explicar ou trazer elementos para entender as altas taxas de homicídios em diversos países, principalmente no Brasil. É comumente perceptível pela mídia e na prática cotidiana, principalmente em comunidades de grandes cidades, muitos confrontos e consequentemente também muitas mortes.

Muitos especialistas entendem que esta guerra é uma guerra dita como perdida, visto que há anos o Estado não muda sua estratégia de combate ao crime organizado, que tem sido feito apenas no confronto. Partindo da premissa de que o crime é organizado e possui inteligências por trás, assim se formou, o Estado também necessita utilizar de mecanismos de inteligência para superar essas dificuldades.

Para isso, é necessário esforços em conjunto, pelo Estado Nacional e com países vizinhos, pois existe grande movimento pelas fronteiras que abastecem o crime organizado aqui no Brasil e com isso causam impactos em territórios vizinhos.

APLICABILIDADE DA TEORIA MAIOR NO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, CONFORME A REFORMA TRABALHISTA (LEI nº 13.467/2017)

Beatriz Pequito Justiniano de Souza[7]
Roberson Neri Costa[8]**

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo defender a tese de que, com a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), a inclusão do art. 855-A na CLT, afastou a omissão legal que que justificava a utilização da teoria menor (art. 28, §5º do CDC) na desconsideração da personalidade jurídica nas causas trabalhistas, uma vez que passou a prever, expressamente, a aplicabilidade dos artigos 133 a 137 do CPC no processo do trabalho. Para tanto, desenvolver-se-á um raciocínio doutrinário-legal, por meio de premissas e conclusões, para demonstrar que o direito processual civil tem sua materialidade no Código Civil e, portanto, o processo do trabalho, ao utilizar dos regramentos do CPC acerca da despersonalização, deverá ser norteado pelo regramento da teoria maior, positivada no art. 50 do CC/2015. E, para contextualizar e introduzir a temática, em um primeiro momento, realizar-se-á uma análise histórica geral acerca da personalidade jurídica e sua desconsideração, canalizando para a origem do instituto no direito brasileiro e, em um segundo plano, abordará a sua previsão legal no tempo, focando na nova tendência do judiciário trabalhista, em face da Lei nº 13.467/2017 a respeito da desconsideração da pessoa jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Personalidade jurídica. 2. Desconsideração da personalidade jurídica. 3. Autonomia patrimonial. 4. Teoria maior. 5. Reforma trabalhista.

ABSTRACT: This study aims to defend the thesis that, provided by the labor reform (Law No. 13.467/2017), the inclusion of art. 855-A in the CLT, ruled out the legal omission that justified the use of the minor theory (art. 28, §5 of the CDC) in disregarding the legal personality in labor causes, as it began to expressly provide for the applicability of the articles 133 to 137 of the CPC in the work process. To this end, a doctrinal-legal reasoning will be developed, through premises and conclusions, to demonstrate that civil procedural law has its materiality in the Civil Code and, thus, the work process, when using the CPC rules on of depersonalization, should be guided by the rules of the major

---

[7] Graduada em Ciências Contábeis (UEM), acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da Faculdade Maringá.

[8]** Graduação em Ciência Política pela Faculdade Internacional de Curitiba, graduação em Dieito pela PUC-PR, especialização em História e Humanidades (UEM), especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário (IDCC), Mestre em Direitos da Personalidade (UNICESUMAR), advogado e professor do curso de graduação de de Direito da Faculdade Maringá e PUC-PR.

theory (art. 50 of CC/2015). In favor of contextualizing and introducing the theme, there will be a general historical analysis about the legal personality and its disregard, channeling to the origin of the institute in Brazilian law, and it will address its legal forecast in time, focusing on the new trend of the labor judiciary, in view of Law No. 13,467/2017 regarding the disregard of the legal entity.

KEY-WORDS: 1. Legal personality. 2. Disregard of legal personality. 3. Equity autonomy. 4. Greater theory. 5. Labor reform.

1 INTRODUÇÃO

No intuito de possibilitar a realização de determinada atividade econômica em conjunto, pessoas físicas se reúnem formando uma entidade jurídica individualizada e independente, dotada de direitos e obrigações, logo, de personalidade própria e alheia de seus administradores.

Todavia, com o propósito de evitar que as pessoas naturais aproveitem da autonomia jurídica de suas entidades para praticarem atos de má-fé que prejudiquem seus credores, criou-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o qual permite, excepcionalmente, afastar a autonomia da entidade para chamar à responsabilidade o patrimônio de seus sócios.

Para tanto, há duas possíveis teorias a serem aplicadas: a menor e a maior. A primeira, positivada no art. 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), afasta a autonomia patrimonial pela simples insuficiência financeira da pessoa jurídica. A segunda, por sua vez, prevista no art. 50 do Código Civil (CC), exige a demonstração do abuso da personalidade para possibilitar o alcance do patrimônio particular dos sócios.

Ocorre que, no âmbito trabalhista, até antes da reforma, havia omissão legislativa quanto a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e, por isso, para suprir esse hiato, aplicava-se, analogicamente, a teoria menor do CDC em nome da proteção do obreiro, equiparado à hipossuficiência do consumidor.

No entanto, com o advento da Lei 13.467 de 2017, a inclusão do artigo 855-A na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), trouxe à legislação trabalhista, expressamente, a regulamentação do instituto da despersonalização jurídica nas causas trabalhistas, que

remete ao regramento do processo civil acerca desse tema, dos artigos 133 a 137. Neste momento, então, a razão que justificava a aplicação subsidiária do CDC deixou de existir.

Não obstante a essa mudança legislativa, de um modo geral, os magistrados continuaram aplicando, primordialmente, a teoria menor para as causas trabalhistas de despersonalização. Nos últimos tempos, contudo, percebeu-se uma nova tendência do judiciário pendente à teoria maior.

Nesse sentido, considerando que o Código de Processo Civil (CPC), como lei processual, regulamenta a aplicação dos direitos materiais consagrados pelo Código Civil, buscará com esse trabalho demonstrar que a teoria aplicada à disposição processual cível sobre a despersonalização jurídica, trata da teoria maior, por ser essa a que fora recepcionada pelo direito material cível, no novo texto do artigo 50 do Código Civil de 2002, incluído pela Lei de Liberdade Econômica (nº 13.874/19).

E, por derradeiro, visa-se comprovar que o artigo 855-A da CLT, ao determinar que ao processo de trabalho emprega-se o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica disposto pelo CPC, da mesma forma, também será regido pela teoria maior.

Portanto, a questão norteadora será defender a tese de que não se aplica mais a teoria menor do artigo 28, §5° do CDC para desconsiderar a pessoa jurídica no direito do trabalho, mas sim a teoria maior prevista no artigo 50 do CC/2002, porquanto, doravante, há previsão expressa na legislação trabalhista que remete às disposições processuais cíveis, não havendo, portanto, razões para continuar aplicando o CDC subsidiariamente.

2 BREVE HISTÓRICO NO BRASIL E NO MUNDO

Muito se tem discutido acerca da origem do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica - em inglês, Disregard Doctrine. Sob o aspecto prático, com base em Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (1998, apud PINHEIRO FILHO, 2009, p. 25), foi na commom low americana, em 1809, com o julgamento do caso Bank of United States v. Deveaux, no qual se mencionou, pela primeira vez, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Tendo em vista que, de acordo com o artigo 3º, inciso II da Constituição Federal Americana, a jurisdição dos tribunais federais era limitada as contradições entre sujeitos de estados diferentes, o juiz da causa, o norte-americano Marshall, a fim de preservar a competência da Corte sobre as pessoas jurídicas, decidiu por estender aos sócios os efeitos da personalidade jurídica da sociedade da qual participavam, sob o argumento de que as pessoas físicas, de alguma forma, seriam atingidas (KRÜGER, 2005).

No entanto, ainda em conformidade com Koury (1998 apud Pinheiro Filho, 2009), boa parte da doutrina da época repudiou a decisão por entenderem que, nesse caso, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi aplicado para preservar a jurisdição das Cortes Federais sobre as corporações, e não para dispor sobre o instituto da despersonalização em si. Por conta disso, a esse não se atribui o marco inicial da aplicação da Disregard Doctrine, mas ao famoso caso inglês, Salomon v. Salomon & Co., julgado em 1897, o qual diferenciou a figura dos sócios da corporação, decidindo por desconsiderar a pessoa jurídica da sociedade em decorrência de fraude do negócio.

Posteriormente, em 1912, a desconsideração da personalidade jurídica foi delineada no direito norte-americano pelo jurista Maurice Wormser, o qual conceituou e formulou premissas para a utilização da desconsideração (SIERVI NETO, 2005).

Segundo o doutrinador Pedro Henrique Torres Bianqui (2011), a obra Forma e realidade da pessoa jurídica', do alemão Rolf Serick, datada em meados da década de 1950, é considerada um dos trabalhos pioneiros sobre o tema desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, Serick definiu uma teoria subjetivista por meio do dualismo regra-exceção, ao estabelecer como regra a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, e a desconsideração dessa autonomia como exceção. No entanto, para que a exceção prevalecesse sobre a regra, isto é, que fosse desconsiderada a personalidade, fazia-se necessário identificar a prática de fraude à lei ou ao contrato, exigindo, portanto, a intenção (subjetividade).

Ademais, André Pagani de Souza (2013) complementa dizendo que o estudo italiano II superamento della personalità giuridica delle società di capitali nessa "common Law" e nella "civil Law", realizado em 1964, por Piero Verrucoli, professor da Universidade de Pisa, também é considerado precursor da teoria da desconsideração da

personalidade jurídica, a qual, segundo o autor, ocorria quando a personalidade jurídica concedida pelo Estado fosse utilizada para fins contrários ao direito.

Com esses eventos, ocorre então a difusão da teoria pelo mundo, chegando, inclusive ao Brasil, inicialmente pelos Tribunais, onde registrou o primeiro julgado sobre o tema no Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, em 1955, em apelação relatada pelo desembargador Edgard de Moura Bittencourt (BIANQUI, 2011).

Bianqui (2011) destaca que no âmbito doutrinário brasileiro, a teoria do disregard doctrine iniciou com o jurista Rubens Requião, em conferência feita na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 1969, por meio da obra "Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica: Disregard Doctrine". Na obra de Requião, defendeu-se a adequação da despersonalização da pessoa jurídica no direito nacional, baseando-se, principalmente, na teoria subjetivista de Serick, nos trabalhos italianos de Verrucoli e do norte-americano Wormser, observando que o juiz, cautelosamente, deveria invocá-la em casos excepcionais, mas com o fim de coibir as fraudes e os abusos cometidos através da pessoa jurídica (PINHEIRO FILHO, 2009).

Já no âmbito legal, Hayna Bittencourt (2013) demonstra que a desconsideração da personalidade jurídica foi incorporada, inicialmente, pelo Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) ao artigo 135, seguido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) no artigo 28, depois pela Lei de Crimes Ambientais (9.605/98) no artigo 4° e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002, o qual, atualmente, sofreu consideráveis alterações pela novel Lei da Liberdade Econômica (nº 13.784/2019) no artigo 50.

Em que pese essas previsões no direito material brasileiro, até 2015 não havia regramento no direito processual sobre o tema. Foi com o avento do Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015, em seus artigos 133 a 137, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica recebeu, pela primeira vez no Brasil, previsão processual (CASSAR e BORGES, 2017).

Mais recentemente, a Lei n. 13.467/2017, inseriu o art. 855-A na Consolidação das Leis do Trabalho, a fim de tratar do incidente de desconsideração de personalidade jurídica no Processo do Trabalho, tendo por base a previsão do instituto no Código de Processo Civil.

Sobre esse deslinde histórico, Fábio Ulhoa Coelho (2000) dispõe que:

> Por vezes, a autonomia patrimonial da sociedade comercial dá margem a realização de fraudes. Para coibi-las, a doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais, nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente, 'a teoria da desconsideração da personalidade jurídica', pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originalmente, cabia à sociedade. (COELHO, 2000, p. 113 apud DAIHA, 2006, p. 12).

Destarte, verifica-se que a origem do instituto da desconsideração da personalidade jurídica adveio de uma atividade judiciária dos tribunais perante casos concretos e, posteriormente, atividade legislativa que regulamentou e positivou o instituto.

3 PREVISÃO DO INSTITUTO NA NORMA BRASILEIRA

Com a revelação de sua utilidade prática nas lides que tramitavam no judiciário, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi ganhando, cada vez mais, espaço na doutrina e, posteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Personalidade jurídica

Conceitualmente, a entidade formada por indivíduos, os quais objetivam fins comuns específicos, portadora de capacidade para praticar atos ou negócios da vida civil, para Gladston Mamede (2018), é um “artifício jurídico, criado ao longo da evolução jurídica da humanidade, com a finalidade de estimular e facilitar a concretização de determinadas empreitadas úteis à comunidade em geral.” (MAMEDE, 2018, p. 230).

Somando-se a essa previsão, os artigos 52 e 985, ambos do Código Civil de 2002 (Lei n o 10.406), preveem proteção à personalidade jurídica, a qual é adquirida com a inscrição dos seus atos constitutivos no registro próprio. Assim, Ludmilla Ferreira Mendes de Souza (2010) afirma que o surgimento das pessoas jurídicas favoreceu o

desenvolvimento econômico, vez que gerou maior segurança aos investidores, que passaram a aplicar na economia resguardando seu patrimônio pessoal.

Ocorre que, para André Pagani de Souza (2013), os representantes não podem ser considerados como titulares dos direitos e deveres oriundos do exercício da atividade econômica da pessoa jurídica, vez que, em regra, o patrimônio jurídico não se confunde com o de seus membros. Consequentemente, a sociedade jurídica será titular de personalidade e patrimônio próprios, distintos de seus sócios, consagrando, assim, o princípio da autonomia patrimonial.

Nesse sentido, estabeleceu o artigo 20 do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071), que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. Essa idéia de separação da pessoa física da jurídica, apesar de não ter sido recepcionada pelo texto originário do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406), foi reintroduzida com a inclusão do artigo 49-A pela Lei n° 13.874/19, o qual corrobora a autonomia patrimonial, obrigacional, pessoal e processual da pessoa jurídica, com a seguinte redação: "A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores." (BRASIL, 2019).

Nathalia Vernet de Borba Carvalho (2012) ressalta, portanto, que o princípio da autonomia patrimonial continua em vigor, e que a pessoa jurídica mantém vida distinta de seus sócios, constituindo, assim, limitadores da possibilidade de perda dos membros da pessoa jurídica nos negócios de riscos, com o fim de estimular a economia e o seu desenvolvimento.

Nesse mesmo sentido, consagrou a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Isabel Gallotti:

> **A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios** que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. (Embargos de Divergência em Recurso Especial. RESP 1.306.553-SC (2013/0022044-4). Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta turma. DJe: 12/12/2014. Revista do Superior Tribunal de Justiça. p. 3, grifo nosso).

Tanto é verdade, que o parágrafo único do referido artigo 49-A, ao determinar que "a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos." (BRASIL, 2019), esclarece que a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é uma forma do empreendedor limitar os seus riscos ao capital investido, a fim de estimular o emprego em todo o país.

Sobre isso, Coelho (2010) esclarece que:

> Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos da exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais. (COELHO, 2010, p. 16 apud SOUZA, 2013).

Portanto, Deilton Ribeiro Brasil (2012) pontua que "a limitação da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na empresa é condição jurídica indispensável, na ordem capitalista, à disciplina da atividade de produção e circulação de bens e serviços." (ibid., p. 25).

Desta forma, em que pese a autonomia patrimonial garantida à pessoa jurídica, se forem praticados atos ilícitos ou fraudatórios pelos sócios dessa, que lesarem direitos de terceiros em benefício próprio, ensejará, portanto, a despersonalização jurídica, possibilitando a responsabilização dos bens particulares em prol das dívidas sociais.

3.2 Desconsideração da pessoa jurídica – teoria maior e teoria menor

Diante do reconhecimento da aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade nos casos de mau uso da pessoa jurídica, a doutrina brasileira instituiu a essa teoria duas "subteorias", quais sejam: teoria maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica, as quais, de acordo com Fabiane Peres da Silva (2015), diferenciam-se na forma e momento de aplicação.

Conforme ensinamentos dos doutrinadores André Pagani de Souza (2013) e Pedro Henrique Torres (2011), a teoria maior, como o próprio nome sugere, é considerada uma

teoria de maior consistência, oferecendo maior segurança aos sócios, visto que requer prova da prática de algum abuso da personalidade, seja proveniente de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, para legitimar ao magistrado o poder de rejeitar a autonomia da pessoa jurídica. Essa teoria, ainda, desdobra-se em subjetiva e objetiva.

Na formulação subjetiva, os pressupostos autorizadores da aplicação da teoria maior são a ocorrência do desvio de finalidade da personalidade jurídica, que é configurada pela fraude (conduta ilícita com o objetivo de prejudicar terceiros através da autonomia patrimonial) ou pelo abuso de direito da personalidade jurídica (conduta lícita praticada pela pessoa jurídica que leva a resultado contrário à sua função social). Já na formulação objetiva, para o emprego da teoria maior é necessário a ocorrência da confusão patrimonial, isto é, a mistura dos patrimônios particulares e sociais.

Por outro lado, a decretação da desconsideração da personalidade jurídica pela teoria menor é realizada pelo simples fato de o credor incorrer em prejuízo por não lograr êxito em receber o que lhe é devido, não exigindo, para tanto, nenhum requisito específico da teoria maior, ou seja, independente de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não analisando, portanto, os reais motivos que levaram a sociedade a deixar de se obrigar perante terceiros. Isso porque, para essa teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não poderá ser suportado por terceiros.

Nota-se que a aplicação da teoria maior, por conter maiores exigências para a aplicação do instituto, requer mais cautela do que a menor. Ainda assim, essa teoria é tida como a regra, enquanto a menor é a exceção (BRASIL, 2012).

Corroborando essa ideia, a Corte Superior de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n° 970.635/SP (Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira turma. DJe: 01/12/2009), assinala a teoria maior, recepcionada pelo artigo 50 do Código Civil, como regra geral a desconsideração da pessoa jurídica, por assegurar a atividade empresarial desenvolvida:

> Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. **Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica.**

> - A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.
> - **A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva**.
> - **Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade** (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, **ou quando evidenciada a confusão patrimonial** (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.
> Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. (STJ - REsp: 970635 SP 2007/0158780-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/11/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2009. RB vol. 554 p. 29REVJUR vol. 386 p. 163, grifo nosso).

Sobre isso, é a orientação dos tribunais: “diante de abusos de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, pode o juiz desconsiderar tal personalidade para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que nele se escondem para aqueles fins.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Des. Munhoz Soares, Jurisp. do Trib. de Justiça – LEX, vol. 147, pág. 196, apud EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL: 7010055-91.2017.8.22.0005. Porto Velho-RO. Dje: 12/04/2019. Ano XXXVII. n. 069. p. 563.).

Diante disso, caberá ao Judiciário, sob o comando do artigo 93, IX, da Constituição Federal, o poder de determinar a desconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão que aponte, precisamente, as obrigações que serão beneficiadas pela medida excepcional, apresentando as razões de fato e de direito que sustentam tal reconhecimento, e indicando aquele ou aqueles que suportarão os efeitos da obrigação (MAMEDE, 2018).

Todavia, Gladston Mamede (2018) complementa dizendo que essa decisão não será um ato definitivo, implicando na extinção da pessoa jurídica ou revogação da separação patrimonial e responsabilidade do(s) sócio(s), mas suspenderá os efeitos desses para cumprir com a obrigação pendente. Em outras palavras, a sociedade empresária será ignorada apenas no julgamento da conduta fraudulenta ou abusiva de sua personalidade,

não afetando, contudo, as demais relações jurídicas, de modo a preservar e zelar pela continuidade, sempre que possível, da pessoa jurídica.

4 PREVISÃO LEGAL

Ao longo dos anos, o instituto da desconsideração jurídica foi positivado em diversos códigos legais e, mais recentemente, teve sua codificação na Consolidação das Leis do Trabalho com a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), a qual inseriu o art. 855-A, que supriu a omissão que o processo do trabalho possuía, até então, sobre o tema.

4.1 Previsão legal geral

Não obstante a existência das duas teorias da despersonalização – maior e menor, o direito brasileiro não especifica, de forma expressa, um padrão a ser adotado na prática.

A teoria menor encontra previsão legal no art. 4º da Lei de Crimes Ambientais (n° 9.605/1998), bem como no Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/1990), mais especificadamente em seu artigo 28, §5º, o qual autoriza a desconsideração da pessoa jurídica "sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores." (BRASIL, 1990), isto é, o simples fato de o consumidor não obter o seu crédito da pessoa jurídica lhe permite atingir o patrimônio de seus integrantes.

Por sua vez, a teoria maior da desconsideração da pessoa jurídica foi a adotada pelo Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406), já em sua redação original, especialmente em seu artigo 50, o qual fora recentemente alterado pela Lei da Liberdade Econômica (nº 13.874/2019), fruto da conversão da Medida Provisória nº 881/2019, que estabeleceu critérios mais rígidos para a desconsideração da personalidade jurídica, mantendo a sua excepcionalidade para os casos de abuso da personalidade (OLIEVEIRA, 2019):

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.
> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:
> I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
> II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
> III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.
> § 3º O disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.
> § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.
> § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (BRASIL, 2019).

Da leitura do referido artigo, Flávio Tartuce (2019) elucida que, na teoria maior, o simples inadimplemento de obrigações para com os credores não autoriza a desconsideração, mas em ambas as formulações, tanto objetiva quanto subjetiva, exigem-se prova de tanto. Assim, os novos parágrafos incluídos no artigo 50 estabeleceram os critérios para a incidência da desconsideração em prol da segurança jurídica, sendo eles: desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Em relação ao desvio de finalidade, o próprio parágrafo 1° do artigo 50 o define como sendo a utilização da pessoa jurídica para lesar credores ou praticar atos ilícitos de qualquer natureza. O §5° complementa ao esclarecer que a mera expansão ou alteração da finalidade original da atividade econômica não caracteriza o desvio de finalidade.

Já a confusão patrimonial é explicada pelo parágrafo 2° do artigo como a mistura do patrimônio da pessoa jurídica com o dos sócios, ou seja, o dinheiro da empresa se mistura com o dinheiro particular do sócio, e vice-versa, como se fossem uma única pessoa, sem distinção de propriedade, ocasionado por uma das situações listadas pelos incisos desse parágrafo.

Doutrinariamente, nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2008), o desvio de finalidade é conceituado por:

> [...] constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social, nos termos dos traços de sua personalidade jurídica. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua

> atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica. (NERY JUNIOR e NERY, 2008 p. 249 apud BITTENCOURT, 2013, p. 04).

E a confusão patrimonial, para os mesmos autores é tida como:

> [...] confusão entre o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica. Essa situação decorre da não separação do patrimônio do sócio e da pessoa jurídica por conveniência da entidade moral. Neste caso, o sócio responde com seu patrimônio para evitar prejuízos aos credores, ressalvada a impenhorabilidade do bem de família e os limites do patrimônio da família. (NERY JUNIOR e NERY, 2008 p. 249 apud BITTENCOURT, 2013, p. 04 - 05).

Conforme já mencionado, no que tange à disciplina processual civil do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, essa foi positivada pelo Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015) nos artigos 133 a 137, consagrando a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5, LV, CF), ao permitir que o sócio ou administrador manifeste-se e/ou produza provas antes que seus bens particulares, em um primeiro momento estranhos ao processo, sejam atingidos para satisfazer obrigações contraídas pela pessoa jurídica, desde que configuradas as hipóteses autorizadas por lei (ROSA, 2018).

Baseando-se na análise feita por André Pagani de Souza (2017), verifica-se que o §4° do art. 134 do CPC, ao estabelecer que "o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica" (BRASIL, 2015 apud SOUZA, 2017), foi claro ao exigir o preenchimento dos pressupostos legais específicos para o requerimento da desconsideração. Se fosse para interpretar a exigência desse dispositivo como mera alegação formal, sem o condão de imprescindibilidade, a letra da lei poderia ter ficado apenas com o § 1º do art. 133 do CPC, cujo teor é: "o pedido de desconsideração observará os pressupostos previstos em lei" (BRASIL, 2015 apud SOUZA, 2017). Porém, o legislador foi além (SOUZA, 2017).

Souza (2017) acrescenta que além de demonstrar o preenchimento dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, o requerente deve, também, formular o pedido de citação daqueles que poderão ser atingidos pela desconsideração, para que, em 15 (quinze) dias, apresentem sua defesa, bem como

requeiram a produção de provas que entenderem necessárias. Para o autor (2017), tal manifestação "[...] tem a natureza de contestação ao pedido formulado no incidente. Depois de analisada tal manifestação e de produzidas todas as provas cabíveis, o incidente será resolvido por meio de decisão interlocutória.".

Nesse sentido, com a instauração do incidente de desconsideração, está formalizado o pedido de tutela jurisdicional em face do patrimônio particular do sócio ou administrador da pessoa jurídica, quando, então, esse passará a ser parte do processo, com direito ao contraditório e ampla defesa.

4.2 Previsão legal no direito do trabalho

Já no âmbito do direito do trabalho, antes do advento da reforma trabalhista (Lei n° 13.467/2017), a CLT era omissa em relação à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e, por isso, utilizava-se, subsidiariamente, nos termos do artigo 769 da CLT, o direito comum.

Tendo em vista que a relação de trabalho tem como fundamento a proteção ao trabalhador (hipossuficiente), até então era pacificado pelos tribunais o entendimento que se usava, por analogia, a previsão do artigo 28, §5°, do Código de Defesa do Consumidor, admitindo, aos casos trabalhistas, a responsabilização dos sócios quando a personalidade da sociedade empresária configurava impeditivo ao ressarcimento dos prejuízos causados, não exigindo demonstração de desvio de finalidade nem a confusão patrimonial, logo, aplicando a teoria menor (CALEGARI, 2018).

No entanto, para Cláudia Viegas e Samantha Moreira (2015, p. 217), dada a excepcionalidade da teoria menor e a clara contrariedade à função social da empresa, "esta só poderia ser admitida em situações muito específicas quando expressamente previstas e de maneira fundamentada.".

Assim, a aplicação análoga do CDC nas relações trabalhistas gerou controvérsias no judiciário, tanto que o doutrinador André Pagani de Souza (2013) se manifestou no sentido de que o referido artigo 28, §5º não guarda relação com a teoria da

desconsideração da personalidade jurídica, "pois seus pressupostos de incidência são outros: desvio de finalidade ou confusão patrimonial.".

Na visão de José Franklin de Sousa (2019, p. 197):

> O direito material sonha; o processo concretiza perfeitamente o máximo possível esse sonho. Instrumentalidade do processo: segue a premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.

Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da resolução n° 203 de 15/03/2016, editou a Instrução Normativa n° 39, estabelecendo em seu artigo 6° que: "aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)" (BRASIL, 2016).

Pouco mais de um ano depois, a Lei 13.467/2017 incluiu na CLT o artigo 855-A, que trouxe a previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na lei trabalhista, em termos semelhantes aos da resolução nº 39, in verbis.

> Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.
> §1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:
> I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1o do art. 893 desta Consolidação;
> II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;
> III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.
> §2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. (BRASIL, 2017).

Com efeito, a Reforma Trabalhista sanou o hiato legal trabalhista ao tornar expresso a aplicação dos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho, ao acrescentar a Seção IV ao Capítulo III do Título X da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, passaram a decidir os tribunais da seguinte forma:

> Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Execução trabalhista. Aplicação. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto nos artigos 133 a 137 do atual CPC**, com a suspensão da execução, **é aplicável ao processo do trabalho, de acordo com o art. 855-A da CLT.** Agravo de petição provido. (TRT-1 - AP: 01014321920185010571 RJ, Relator: JORGE FERNANDO GONCALVES DA FONTE, Data de Julgamento: 10/02/2021, Terceira Turma, Data de Publicação: 20/02/2021., grifo nosso).

Todavia, em que pese o novel artigo 855-A inserido pela reforma trabalhista, os Tribunais Superiores do Trabalho continuaram a adotar a teoria menor para desconsiderar a pessoa jurídica, como constata-se nos recentes julgados abaixo:

> AGRAVO DE PETIÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INSTAURAÇÃO - Na esfera trabalhista é pacífico o entendimento de que os bens particulares dos sócios das empresas reclamadas podem ser alcançados para satisfação dos débitos trabalhistas inadimplidos. Trata-se da aplicação do disposto no artigo 855-A, da CLT e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, derivada do caput do art. 2º da CLT e da aplicação analógica do art. 28, § 2º, do CDC. Constatada a inexistência de patrimônio livre e desembaraçado da executada, capaz de suportar o crédito exequendo, impõe-se a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes do artigo 855-A da CLT c/c artigos 133 a 137, do CPC. (TRT-3 - AP: 00110554120185030152 MG 0011055-41.2018.5.03.0152, Relator: Jesse Claudio Franco de Alencar, Data de Julgamento: 09/10/2019, Quinta Turma, Data de Publicação: 09/10/2019., grifo nosso).
>
> AGRAVO DE PETIÇÃO. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. A Justiça do Trabalho vem adotando a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, de modo que a ausência de pagamento, por parte da Empregadora, pode caracterizar abuso de personalidade jurídica da Empresa que se utilizou do trabalho do Empregado, como forma de implementar seus objetivos sociais, sem a contraprestação dos direitos previstos na legislação trabalhista. Correta, assim, a Decisão agravada. Agravo de Petição improvido. (Processo: AP – 0000044-96.2017.5.06.0271, Redator: Eneida Melo Correia de Araujo, Data de julgamento: 23/04/2020, Segunda Turma, Data da assinatura: 23/04/2020) (TRT-6-AP: 00000449620175060271, Data de Julgamento: 23/04/2020., Segunda Turma, grifo nosso).

Desse modo, observa-se que a regulamentação processual da desconsideração da personalidade jurídica na causa trabalhistas, provém das normas do processo civil, o qual, por sua vez, tem origem material no Código Civil.

4.3 Da nova tendência do judiciário trabalhista

Para Arthur Cugler Salvador de Carvalho (2020), com a introdução do art. 855-A à CLT:

> Estamos diante de uma tendência global que sinaliza para um liberalismo econômico com o afã de dar maior proteção à personalidade jurídica e elevar o real significado do Princípio da Autonomia Patrimonial, trazendo critérios e requisitos autorizadores para a desconsideração da personalidade jurídica no Processo do trabalho. (CARVALHO, 2020, p. 36).

Nesse mesmo diapasão, Rômulo Thiago Brantes (2019) esclarece que a alteração legislativa foi para "trazer maior segurança jurídica para os sócios das empresas e exigir a abertura de um incidente que permita oportunidade para produção de provas e afirmação do contraditório, também na esfera trabalhista.", uma vez que, ao partir dos estudos de Hilda Baião Ramírez Deleito (2017 apud BRANTES, 2019), "o direito deve procurar meios para garantir o retorno do investimento, delimitando o risco do empreendimento de modo a incentivar a produtividade e desestimular práticas fraudulentas." (BRANTES, 2019, p.).

Nesse sentido, não obstante o entendimento majoritário dos magistrados trabalhistas ainda ser pela aplicação da teoria menor na desconsideração da pessoa jurídica nas relações de trabalho, atualmente, tem-se notado sinais de mudança nos entendimentos, os quais indicam uma tendência de aplicação da teoria maior em detrimento da menor, conforme os recentes julgados abaixo:

> INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO DEVEDOR. ART. 134, § 4º, DO CPC. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. REQUISITOS LEGAIS. **Embora a Justiça do Trabalho viesse se posicionando pela adoção do mecanismo de redirecionamento da execução aos sócios das pessoas jurídicas, com vistas a assegurar o cumprimento da obrigação trabalhista, quando constatada a insuficiência patrimonial (teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica), é certo que, por meio das inovações trazidas pelos arts. 133 a 137 do CPC e 855-A da CLT, buscou o legislador regular a aplicação do instituto e oportunizar o debate entre as partes,** inclusive nesta esfera, acerca do atendimento ou não dos requisitos legais para a despersonificação do devedor. **Dessa forma, autorizar a inclusão dos sócios no polo passivo da execução é medida que depende de prova concreta, a cargo do exequente, acerca do atendimento dos pressupostos legais para configurar a hipótese em discussão (teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica), estabelecida no art. 134, § 4, do CPC, sob pena de esvaziamento da figura do incidente previsto na lei processual.** (TRT12 - AP – 0000591-90.2019.5.12.0048, Rel. LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA, 5ª Câmara, Data de Assinatura: 09/02/2021) (TRT-12 - AP: 00005919020195120048 SC, Relator: LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA, Data de Julgamento: 09/02/2021., grifo nosso).

> DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ADOÇÃO DA TEORIA MAIOR. **Com o advento do art. 855-A, caput, da CLT (Lei n. 13.467/2017), não mais se revela admissível a aplicação, em âmbito trabalhista, da tese segundo a qual a desconsideração da personalidade jurídica deve orientar-se pela disposição contida no art. 28 do CDC.** (TRT-3 - AP: 00107789320185030097 MG 0010778-93.2018.5.03.0097, Relator: Luis Felipe Lopes Boson, Data de Julgamento: 19/03/2021, Terceira Turma, Data de Publicação: 19/03/2021., grifo nosso).

Nos termos do primeiro julgado, a desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho seguirá os dispostos nos artigos 133 a 137, em decorrência do artigo 855-A a CLT, incorporado ao ordenamento jurídico por meio da Lei n 13.467/2017, e consoante a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST.

De acordo com a relatora Ligia Maria, o §4º do art. 134 do CPC determina que o requerimento da despersonalização jurídica deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos, os quais tem previsão no art. 50 do Código Civil. Inclusive, pontua que:

> [...] o ordenamento jurídico, ao fazer distinção entre a personalidade jurídica da empresa e a dos sócios pessoas físicas que a compõem, visa, sobretudo, conferir segurança jurídica às partes envolvidas na composição da pessoa plural. Nesta linha, a própria desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica (***disregard doctrine***) mostra-se verdadeira exceção à regra que a distingue dos seus componentes. Portanto, adentrar à via da exceção demanda comprovação hígida dos elementos para tanto, previstos em lei.
>
> [...] não obstante a Justiça do Trabalho viesse adotando o referido mecanismo de responsabilização dos sócios, com vistas a assegurar o cumprimento da obrigação trabalhista, quando meramente constatada a insuficiência patrimonial da empresa executada (teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica), é certo que, por meio das inovações mencionadas (CPC, arts. 133 a 137, e CLT, art. 855-A), buscou o legislador regular a aplicação do instituto e oportunizar o debate entre as partes, inclusive nesta esfera, acerca do atendimento ou não dos requisitos legais para a despersonificação do devedor. (TRT12 - AP – 0000591-90.2019.5.12.0048, Rel. LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA, 5ª Câmara, Data de Assinatura: 09/02/2021) (TRT-12 - AP: 00005919020195120048 SC, Relator: LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA, Data de Julgamento: 09/02/2021).

Somando-se a isso, conforme a fundamentação do segundo julgado, com a inclusão do art. 855-A à CLT, tornou-se expressa a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, segundo as regras dos artigos 133 a 137 do CPC, de modo a aplicar a teoria maior para tanto:

> [...] ao garantir o direito de defesa ao sócio, deixa clara a intenção do Legislador em vedar a desconsideração da personalidade jurídica pelo mero inadimplemento da dívida pela empresa, como vinha sendo feito na esfera trabalhista, o que dispensaria qualquer produção de provas. Portanto, não é mais admissível a aplicação subsidiária da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica prevista no CDC ao processo do trabalho, eis que esta não se harmoniza com as novas regras procedimentais da CLT. (TRT-3 - AP: 00107789320185030097 MG 0010778-93.2018.5.03.0097, Relator: Luis Felipe Lopes Boson, Data de Julgamento: 19/03/2021, Terceira Turma, Data de Publicação: 19/03/2021).

Nesse sentido, Pedro Henrique Torres Bianqui (2011) já dizia que a teoria menor não pode prevalecer, vez que os "azares do negócio jamais podem servir como pressuposto para a desconsideração da pessoa jurídica. Entendimento em sentido contrário fere a autonomia da pessoa jurídica." (BIANQUI, 2011, p.).

Isto ocorre devido a "busca do pleno emprego está relacionada estritamente com o princípio da preservação da sociedade empresária", e a despersonalização desregrada refletirá em desempregos no mercado como um todo, pois "o exercício da atividade empresária é a fonte de tributos e empregos." (BRASIL, 2012, p. 31).

Ademais, Verçosa (2006, p. 105, apud BRASIL, 2012, p. 18) declara que: "O abuso do instituto da disregard doctrine desestimula a atividade empresária, causando insegurança aos agentes econômicos e eventualmente os afastando da opção pelo exercício daquela, com prejuízo para a economia como um todo.".

À vista disso, depreende-se que a desconsideração da personalidade jurídica deverá ser a exceção, e não a regra, uma vez que só poderá ser manejada quando houver comprovação de fraude ou abusos de direito, afastando, portanto, a aplicação da teoria menor.

5 CONCLUSÃO

Por todo exposto, permite-se concluir, em suma, que com a inclusão do art. 855-A à CLT, determinou, expressamente, a aplicação do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica disposto nos artigos 133 a 137 do CPC ao processo do trabalho, não havendo mais razões que justifiquem a utilização da teoria menor do art.28, §5º do CDC, uma vez que foi sanada a omissão na legislação trabalhista que legitimava a aplicação subsidiária do direito comum.

Além disso, em que pese o art. 855-A da CLT não mencionar, de forma clara, qual teoria deverá ser aplicada na despersonalização trabalhista, infere-se, a partir de um raciocínio doutrinário-legal, que incidirá as disposições da teoria maior, regulamentada pelo art. 50 do Código Civil. Isso porque, o Direito Processual é visto enquanto conjunto de normas e princípios que governam a atividade da jurisdição (PELLEGRINI, 2006, p.

25), servindo como instrumento para a concretização do direito material, dividindo-se em dois grandes ramos: o processo penal e o processo civil, o qual, por sua vez, é aplicável no âmbito da jurisdição civil.

A partir da literatura, pontua-se que a separação entre direito e processo (DOURADO, 2018) não deve envolver uma metodologia distante ao se relacionar com o direito material que está sob proteção, devido a uma visão instrumentalista do processo que cria a ponte entre o direto processual e o direito material. O ramo do Direito Processual Civil (GONÇALVES, 2020) contém regras e princípios que opera na jurisdição civil, ou seja, na aplicação da lei em casos cíveis. Logo, percebe-se que a principal fonte do direito processual civil é o Código Civil.

Consoante a isso, o direito material se coloca enquanto valor que rege a criação, interpretação e aplicação das regras processuais (SOUSA, 2019, p. 197). E, diante disso, primeiramente, identificam-se duas premissas, das quais resulta uma conclusão:

1ª premissa: O Código de Processo Civil regulamenta todo o trâmite dos processos na esfera judicial cível;

2ª premissa: O Direito Civil recepcionou a teoria maior para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Conclusão: Logo, o processo cível do incidente de desconsideração da pessoa jurídica utiliza-se da teoria maior.

Por outro lado, a partir da letra do caput do artigo 855-A da CLT, identificam-se outras duas premissas conclusivas decorrentes da anterior:

1ª premissa: O procedimento cível do incidente de desconsideração da pessoa jurídica utiliza-se da teoria maior

2ª premissa: O Processo do Trabalho utiliza-se da previsão do Processo Civil quanto ao incidente de desconsideração da pessoa jurídica.

Conclusão: Logo, o procedimento trabalhista na aplicação da desconsideração da pessoa jurídica funda-se na teoria maior.

Destarte, constata-se que o próprio legislador trabalhista, ao inserir o art. 855-A na CLT, foi categórico ao lecionar que o instituto de desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho fundamentar-se-á nos termos do processo civil que, por sua

vez, adota a teoria maior oriunda do direito civil, prevista no artigo 50 da Lei nº 10.406/2002.

Se fosse para aplicar a teoria menor no processo de desconsideração, o contraditório seria um mero formalismo, vez que essa teoria não exige demonstração de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, bastando a simples insolvência da empresa. Contudo, o legislador foi claro ao estabelecer prazo – inclusive um prazo razoável – para que o sócio ou pessoa jurídica se manifeste, de modo a produzir provas que defendam a improcedência da desconsideração (art. 135, CPC).

Percebe-se, portanto, que a inclusão do art. 855-A na CLT, foi no sentido de dar maior proteção à personalidade jurídica e priorizar o respeito a autonomia patrimonial, uma vez que remete à legislação civil, a qual possui critérios e requisitos autorizadores para a desconsideração da personalidade jurídica.

Não obstante a essa transformação legal, os tribunais, em sua maioria, continuam aplicando a teoria menor nos pedidos de desconsideração nos processos trabalhista, perseguindo o patrimônio dos sócios independente da comprovação de abuso da personalidade ou confusão patrimonial.

Assim, se os julgadores não adequarem suas decisões nos termos da nova reforma trabalhista quanto a autonomia patrimonial, certamente haverá um desestimulo da atividade empresarial, uma vez que aumentará a insegurança dos empregadores da iniciativa privada e, eventualmente, os afastará do exercício econômico, refletindo, negativamente, no desempenho financeiro do país.

REFERÊNCIAS

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Civil**. Coleção Theotonio Negrão. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book.

BITTENCOURT, Hayna. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica**: Modalidades e Possibilidade. Orientador: Lilian Dias Coelho Guerra. 2013. 17 f. Artigo. (Pós-graduação em Direito Processual Civil.) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n1_2013/pdf/HaynaBittencourt.pdf. Acesso em: 31/03/2020.

BRANTES, Rômulo Thiago. **A aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho**. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF, 2021. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52589/a-aplicacao-do-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-na-justica-do-trabalho. Acesso em: 22/03/2021.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 21/04/2020.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 27/04/2020.
BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07/05/2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n° 8.078, de 10 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 04/05/2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-LEI n° 5.452, de 1° de maio de 1943, atualizada até a Lei n° 13.769/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 04/05/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07/05/2020.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Os Efeitos Decorrentes da Aplicação Judicial da Teoria Menor da Disregard Doctrine:** Uma Análise Econômica do Direito. Athenas: Revista de Direito, Política e Filosofia. Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). vol. I, n. 2, jul-dez. 2012. Disponível em: http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano1_vol2_2012_artigo2.pdf. Acesso em: 25/05/2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** RECURSO ESPECIAL: RESP 970635 SP 2007/0158780-8. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira turma. DJe: 01/12/2009. RB vol. 554 p. 29. REVJUR vol. 386 p. 163. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8636271/recurso-especial-resp-970635-sp-2007-0158780-8-stj. Acesso em: 04/05/2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Embargos de Divergência em Recurso Especial. RESP 1.306.553-SC (2013/0022044-4). Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta turma. DJe: 12/12/2014. Revista do Superior Tribunal de Justiça. p. 3. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2014_236_capSegundaSecao.pdf. Acesso e m: 25/05/2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Rondônia.** EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL: 7010055-91.2017.8.22.0005. Porto Velho-RO. Dje: 12/04/2019. Ano XXXVII. n. 069. p. 563. Disponível em: https://www.tjro.jus.br/novodiario/2019/20190412814-NR69.pdf. Acesso em: 07/05/2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Agravo de Petição: AP 0101432-19.2018.5.01.0571. Relator: Jorge Fernando Gonçalves da Fonte. Terceira turma. Data de julgamento: 10/02/2021, Data da publicação: 20/02/2021. Disponível em: https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205337377/agravo-de-peticao-ap-1014321920185010571-rj. Acesso em: 22/09/2021.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Agravo de Petição: AP 0010778-93.2018.5.03.0097. Relator: Luis Felipe Lopes Boson. Terceira turma. Data de julgamento: 19/03/2021, Data da publicação: 19/03/2021. Disponível em: https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1183036800/agravo-de-peticao-ap-107789320185030097-mg-0010778-9320185030097. Acesso em: 22/09/2021.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Agravo de Petição: AP 0011055-41.2018.5.03.0152. Relator: Jesse Claudio Franco de Alencar. Quinta turma. Data de julgamento: 09/10/2019, Data da publicação: 09/10/2019. Disponível em: https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111262106/agravo-de-peticao-ap-110554120185030152-mg-0011055-4120185030152. Acesso em: 22/09/2021.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**. Agravo de Petição: AP 0000044-96.2017.5.06.0271. Redator: Eneida Melo Correia de Araújo. Segunda turma. Data de julgamento: 23/04/2020, Segunda Turma, Data da assinatura: 23/04/2020. Disponível em: https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/839049252/agravo-de-peticao-ap-449620175060271?ref=serp. Acesso em: 04/05/2020.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 12 Região**. Agravo de Petição: AP 0000591-90.2019.5.12.0048. Relator: Ligia Maria Teixeira Gouvea. Quinta câmara. Data de julgamento: 09/02/2021, Data da assinatura: 09/02/20221. Disponível em: https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1167013146/agravo-de-peticao-ap-5919020195120048-sc. Acesso em: 22/09/2021.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução n° 203, de 15 de março de 2016. Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe. Acesso em: 07/05/2020.

CALEGARI, Luciano Robinson. **Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho**. Conteúdo Jurídico. 2018. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51221/incidente-de-

desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-processo-do-trabalho. Acesso em: 07/05/2020.

CARVALHO, Arthur Cugler Salvador de. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Impacto da Lei Nº 13.874/19 Lei de Liberdade Econômica no Processo do Trabalho**. Orientador: Patrícia Santos e Costa. 2020. 48 f. Monografia. (Especialista em Direito e Processo do trabalho.) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2020. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/12084. Acesso em: 22/03/2021.

CARVALHO, Nathalia Vernet de Borba. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Redirecionamento da Execução contra os Sócios.** Escola de Direito – PUCRS, 2012. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/nathalia_carvalho.pdf. Acesso em: 01/06/2020.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista:** Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. São Paulo: Método, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado 146** – **III Jornada de Direito Civil.** Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/239. Acesso em: 11/05/2020.

DAIHA, Antonio Cesar Coutinho. **Desconsideração da Personalidade Jurídica na Justiça do Trabalho** (Enfoque na penhora on-line). Orientador: Zoraide Amaral de Souza. 2006. 95 f. Dissertação. (Mestre em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp000576.pdf. Acesso em: 31/03/2020.

DOURADO, Sabrina. Aspectos Relevantes da Teoria Geral do Processo. In: DOURADO, Sabrina. **Descomplicando**: Processual Civil. 5. ed. Salvador: Editora Armador, 2018. Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/72f60dfecdb3bd0b999203e0be786221.pdf. Acesso em: 27/08/2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil -** Teoria Geral. vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROSA. Lorena Franciele Corrêa. A Aplicabilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Direito do Trabalho. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 170, ano XXI, 2018. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-170/a-aplicabilidade-do-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-ao-direito-do-trabalho/. Acesso em: 08/03/2021.

SILVA, Fabiane Peres da. As Teorias Menor e Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. **Revista Jus Navigandi**, 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/40707/as-teorias-menor-e-maior-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica. Acesso em: 08/03/2021.

SOUSA, José Franklin de. **Direito Processual Civil**: Individual e Coletivo. v. I. Clube de Autores, 2019. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=Y8d5DwAAQBAJ&pg=PA680&lpg=PA680&dq=Direito+Processual+Civil+Volume+I+jose+franklin+de+sousa.+editora&source=bl&ots=9d3MsTRvqs&sig=ACfU3U0CbbVRmhvl6Fdx6DaANaIrtYE70g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiq1KODrfLpAhXWHbkGHf6iDVYQ6AEwBXoECAkQAQ#v=onepage&q=Direito%20Processual%20Civil%20Volume%20I%20jose%20franklin%20de%20sousa.%20editora&f=falsehttps://books.google.com.br/books?id=Y8d5DwAAQBAJ&pg=PA680&lpg=PA680&dq=Direito+Processual+Civil+Volume+I+jose+franklin+de+sousa.+editora&source=bl&ots=9d3MsTRvqs&sig=ACfU3U0CbbVRmhvl6Fdx6DaANaIrtYE70g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiq1KODrfLpAhXWHbkGHf6iDVYQ6AEwBXoECAkQAQ#v=onepage&q=Direito%20Processual%20Civil%20Volume%20I%20jose%20franklin%20de%20sousa.%20editora&f=false. Acesso em: 08/06/2020.

SOUZA, André Pagani de. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica**.** CAMPILONG, Celso Fernandes; GONZAGA, Alavaro de Azevedo; FREIRE, André Luis (Org.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/184/edicao-1/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica. Acesso em: 08/06/2020.

SOUZA, André Pagani de. Coleção Direito e Processo - **Desconsideração da Personalidade Jurídica:** Aspectos Processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

SOUZA, Ludmilla Ferreira Mendes de. Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito do Trabalho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2731, 23 dez. 2010. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/18099. Acesso em: 08/03/ 2021.

TARTUCE, Flávio. A “Lei da Liberdade Econômica” (lei 13.874/19) e os Seus Principais Impactos para o Direito Civil. Primeira parte. **Migalhas**, 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/311604/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-primeira-parte. Acesso em: 27/04/2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC e seus impactos no processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, v. 61, n. 92, p. 213-235, jul./dez. 2015. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27297/Revista%2092%20TRT%203%20Regiao-213-235.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 25/05/2020.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: BREVE ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS DE EXPRESSÃO E DE INTIMIDADE

Eliane Avila Munhoz Gallina[9]
Tais Zanini de Sá Duarte Nunes[10]

RESUMO: O presente artigo trata das questões relacionadas aos direitos da personalidade, relacionadas ao direito ao esquecimento, a liberdade de expressão e a intimidade. De mais a mais, o objetivo deste trabalho é analisar a aplicabilidade da proteção dos direitos da dignidade da pessoa humana, abordando o direito ao esquecimento e, sequencialmente, a efetividade do direito da liberdade de expressão e a proteção da intimidade, das formas de abordagem de eventos relacionados aos direitos inerentes da dignidade e personalidade, a partir dos conceitos de liberdade de expressão e privacidade, na atualidade e como o Brasil (nosso ordenamento jurídico) examina tais fatos, como a legislação brasileira aborda estes direitos. Esta análise se dará por meio de pesquisa bibliográficas e meios mediáticos disponíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidades. Direito ao Esquecimento. Liberdade de Expressão. Direito à Intimidade.

ABSTRACT: This article deals with the issues of personality rights related to the right to be forgotten, freedom of expression and intimacy. Moreover, the objective of this study is to analyze the applicability of the protection of the rights of human dignity, addressing the right to be forgotten and, sequentially, the effectiveness of the right of freedom of expression and the protection of privacy, the ways to approach events related to the inherent rights of dignity and personality, based on the concepts of freedom of expression and privacy, today and how Brazil (our legal system) examines such facts, how Brazilian legislation addresses these rights. through bibliographic research and available media.

KEY-WORDS: Personality Rights. Right Oblivion. Freedom of Expression. Right to Privacy.

---

[9] Graduando em Direito pela Faculdade Maringá. E-mail: elianeavila.gallina@gmail.com.

[10]** Mestre em Direitos da Personalidade pelo Unicesumar, Maringá/PR; Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela PUC, Campo Grande/MS. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera, São Paulo/SP. Especialista em Direito Constitucional pela UNIFIA, Amparo/SP. Editora-chefe da ACTIO Revista de Estudos Jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo apresentar o direito ao esquecimento como uma real compreensão e equilíbrio, frente aos direitos da personalidade, que envolve nosso ordenamento jurídico; partindo desta análise, a princípio, verificou-se uma evolução, desde os primórdios até os dias atuais, das esferas sociais que regem o comportamento social do ser humano e promulgada em nosso ordenamento jurídico, nas áreas cível e constitucional.

Desde a Grécia antiga, passando pelos costumes bárbaros, a escola de Bolonha, passando pela Europa Medieval, onde percebemos mudanças quanto aos direitos humanos, o advento do cristianismo, período este em que se materializou a dignidade da pessoa humana, até o século XX, onde ocorreram as mudanças no sistema jurídico quanto aos princípios da dignidade da pessoa humana.

Este artigo possui, além disso, a finalidade de revelar tais direitos elencados, os quais são intitulados como direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Abordaremos, em sequência, sua evolução no ordenamento brasileiro, vistos a partir dos direitos fundamentais, em relação com a pessoa e a lei, em uma visão clássica do Direito e da Ética.

Nessa linha, serão abordados os percalços do direito ao esquecimento diante dos desafios exibidos nos direitos da personalidade e da dignidade humana bem como a relevância apta a exprimir a privacidade, a honra, liberdade de expressão e a intimidade, um equilíbrio entre a liberdade de informações e a privacidade, revelados por várias facetas que o direito ao esquecimento nos proporciona.

Quanto ao entendimento jurisprudencial, trataremos acerca dos pedidos de exclusões, analisando tanto pela ótica de quem invoca o direito ao esquecimento quanto pelo direito constitucional da liberdade de expressão.

Por fim, fazemos um apontamento, desde logo, quanto ao fato de entendermos que o presente artigo é matéria polêmica e passional e, sendo assim, não se impõe como isento de motivadas e fundamentadas críticas, ao contrário, estamos abertos ao contraditório.

2 RUDIMENTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Cumpre, logo de início, dizer que, os direitos da personalidade, em vista da necessidade de se compreender os direitos que são inerentes e, essenciais para seu amparo, diante da proteção da pessoa humana, sua dignidade, integridade física e psíquica, ademais, dos princípios inerentes constitucionais que compõe nosso ordenamento jurídico têm, como o mais notável, o da dignidade da pessoa humana, que está elencado na Carta Magna da Constituição Federal, em seu artigo 1º, e inciso III,

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, inciso III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Antes de tratar dos direitos da personalidade, propriamente ditos, importante dizer que tais direitos fundamentais referem-se ao tratamento da dignidade humana e seu desenvolvimento e personalidade, sendo esta, um conjunto de qualidades do seu ser em sua forma individual. Essa personalidade diz quem realmente é este indivíduo, e como ele se relaciona com os demais em meio à sociedade, como um ser único.
Acerca deste assunto, indubitavelmente, leciona Souza (2002) que:

> A personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio em que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa. Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, entre outros. Em torno destes gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser [...]. (apud CAMIN, 2016, p. 103).

Podemos compreender que a personalidade é fundamental para a pessoa humana, que traz consigo inúmeros direitos e deveres, que visam, assim, a proteção da vida, da intimidade, honra, integridade física e moral, bem como, todos os atributos que compõe os direitos das personalidades como direitos da pessoa humana, como um direito previsto em nosso ordenamento jurídico bem como a defesa de seus valores.

Neste sentido, esclarece Puccinelli que, a essencialidade é revestida ao ser humano, que é protegido pela Carta Maior:

> É dizer, portanto, que os direitos das personalidades se revestem de essencialidade ao ser humano ou ao sujeito de direitos, protegendo e salvaguardando de valores intrínsecos. Projeta-se sobre tais direitos, em outras palavras, a própria dignidade da pessoa humana, como farol irradiante da Carta Maior da República (art. 1º, III, da CF) (PUCCINELLI, 2015, p. 49).

Fato é, que os direitos da personalidade são todos aqueles necessários para concretização da personalidade e para sua admissão nas relações jurídicas, onde se analisam os sujeitos de direito e suas aptidões, características de cada pessoa. Desta forma, eles são protegidos pelas jurisprudências e reconhecidos pelas doutrinas, merecendo uma proteção legalmente inalienável.

Destaca-se, neste diapasão, que os direitos da personalidade são subjetivos, pertencentes a todos os homens disponíveis, ou seja, tem efeito absoluto, *"erga omnes*". Assim sendo, são direitos personalíssimos ou de personalidade, que são inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis e vitalícios, constituindo um conjunto de direitos e deveres, sendo pressupostos da dignidade da pessoa humana, em que todas as pessoas têm de defender a vida, integridade, liberdade honra, privacidade, o direito à sociabilidade, sua autoria, sua imagem e seus princípios.

Para Pereira (2003, apud GONÇALVES, 2013, p. 156), neste sentido: "São os direitos da personalidade, inalienáveis e cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra".

Antes de qualquer coisa, conforme aduz, o Código Civil em seu artigo 11, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, salvo previsão contrária em lei. (CÓDIGO CIVIL, 2002.)

De acordo com Nunes e Rossaneis (2017, p.19), "os indivíduos que detém personalidade são aqueles que se enquadram no rol dos que são considerados como pessoas. E assim, é um conjunto de atributos da pessoa humana".

Desta forma, os direitos da personalidade são aqueles que se referem à dignidade humana, conforme seus direitos. Existente desde a concepção, no momento em que há a

fecundação, os direitos da personalidade são de forma sucinta, intelectual e moral. Contudo, a incolumidade física, considerando o direito da personalidade frente à dignidade da pessoa humana e diante do campo tecnológico mediante as informações e avanço crescente da internet, gera um liame entre a ordem e o direito fundamental, que visa à proteção da personalidade e a dignidade humana.

2.1 Origens

A origem dos direitos humanos, remonta aos primórdios, sendo conatos ao ser humano e garantidos a partir da concepção do nascituro. Entretanto, primeiramente é necessário estabelecer à origem dos direitos das personalidades de início, desmistificando assim, sua verdadeira origem e sua verdadeira natureza real.

É possível afirmar que tais direitos surgiram na Grécia, onde se percebe que "a ideia abarcava as ações humanas necessárias para garantia ao homem o resultado de suas conquistas, assim como um agente limitador de vontades e estabilizador de conflitos", (NUNES; ROSSANEIS, 2017, p. 20).

Desta forma, as autoras Nunes e Rossaneis, destacam que, tendo em conta os fundamentos do direito natural, positivado, que aduz a ideia do homem como um ser sobre tudo distinto dos demais, e possuindo assim uma dignidade própria, como se vê adiante:

> Inicialmente, o direito grego vigente à época reconhecia que o homem era dotado de características específicas e próprias, as quais eram capazes de individualizá-las dentro do meio em que vivia, logo, essas essenciais e intrínsecas características necessitavam de reconhecimento e proteção, momento marcante para o início da ideia de um direito personalíssimo (NUNES; ROSSANEIS, 2017, p. 20).

Fica claro, desta forma, que é possível seus primórdios na Grécia antiga, a partir do momento em que analisamos assim as questões relacionadas ao direito da personalidade e sua proteção, oriunda de seus princípios.

Podemos mencionar, também, os direitos da personalidade em Roma, que deu sua contribuição em uma sociedade em que seus povos eram separados entre plebeus e patrícios, ligados por costumes, e tendo como base suas religiões, e os escravos que naquela época eram comuns, não gozavam do direito reconhecido como personalidade;

assim sendo, eram apenas reconhecidos como uma desimportante coisa que pertenciam a seus senhores (propriedade de seu senhor).

No tocante a esfera dos direitos da Personalidade, tem-se que operava a vingança privada, que mesmo após a instalação da monarquia, cabia apenas, a supervisão quanto aos possíveis excessos cometidos, mas não sua proibição. (SOUZA, 1995, p. 47 apud NUNES; ROSSANEIS, 2017, p. 22).

No império romano do ocidente, com o advento da idade média e as fragmentações causadas pelas invasões bárbaras, politicamente, o Direito romano passou a sofrer alterações devido aos costumes bárbaros, restaurando a vingança privada. Assim sendo, somente após a Escola de Bolonha, é que ressurge o Direito romano com ideias de poder centralizadas, vigorando pela Europa Medieval; contudo, não houve mudanças significativas quanto ao Direito da Personalidade.

Com o acontecimento do cristianismo, se materializou a dignidade da pessoa humana, onde se criou um vínculo entre o homem e Deus, o que, desta forma, se tornou a fraternidade universal, trazendo a ideia de igualdade e inviolabilidade da pessoa: assim os homens passam a ser um sujeito de valor.

Desta forma, esclarecem as doutrinadoras Nunes e Rossaneis, a noção de pessoa torna-se única, indivisível e fundamental, na ideia de que o homem é a personificação da imagem de Deus; logo, o homem é dotado de algo que o diferencia dos demais seres, o homem é, pois, dotado de dignidade.(NUNES; ROSSANEIS, 2017, p. 24).

No período dos séculos XVI ao XIX, o renascer do humanitarismo, que foi fundamentado pelo direito natural e que passou a ter as primeiras noções de direitos subjetivos e, a vontade de um poder mais justo individual, desde seu nascimento. Desta forma, surgiram os direitos considerados essenciais à dignidade da pessoa humana, ao seu próprio corpo, não mais considerados como propriedade.

Neste sentido, surge a classe burguesa e o capitalismo, com o interesse privado, econômicos e políticos, baseados na liberdade e na legalidade, propiciam o surgimento, desta maneira, do Direito da Pessoa Humana, em caráter internacional, com a Declaração dos Direitos Humanos e dos cidadãos, em 1789. Entretanto, no século XX, marcado por guerras mundiais, a humanidade sofreu alterações em sua estrutura estatal, passando

assim, a ser um Estado Social com mudanças nos sistemas jurídicos para, de tal modo, atender as novas necessidades, inseparáveis, humanas e sociais.

À vista disto, segundo a doutrina de Szaniawski:

> Diante deste novo panorama que se instalou é ressurge e se afirma o direito geral de personalidade, com fundamento em uma cláusula geral de proteção, constitucionalmente tipificada, de onde parte a ideia do homem e de sua dignidade como fundamento destinatário de toda a ordem jurídica, efetivando o direito de personalidade e reconhecendo sua real dimensão. (SZANIAWSKI, 2005, apud NUNES; ROSSANEIS, 2017, p. 30).

Desta forma, sob a visão dos direitos da personalidade contemporâneo, iniciou-se a representação a partir de um valor a ser protegido pela verdadeira ordenação jurídica, moral e materialmente de seu interesse, através da personalidade, em pleno desenvolvimento.

Na visão de Szaniawski (2005, apud NUNES; ROSSANEIS, 2017, p. 31), “os direitos da personalidade se abreviam como um conjunto de caracteres do próprio individuo, com o direito à vida, à liberdade e à honra”.

Assim sendo, destaca Gomes que:

> Sob a denominação de Direitos de Personalidade, compreende-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destina-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos. (GOMES, 1998, apud NUNES; ROSSANEIS, 2017, p. 31)

Em síntese, os Direitos da Personalidade constituem um direito absoluto e materializado adequadamente dentro do ordenamento jurídico, consistindo na atualidade um conjunto com características próprias como objeto, proteção e natureza, na esfera de sua atuação, sendo esta eficaz adequada e integral para com o indivíduo.

2.2 Previsão Legal no Ordenamento Brasileiro

O Direito da Personalidade teve sua evolução no ordenamento brasileiro a partir direitos fundamentais inerentes da dignidade da pessoa humana e a Declaração dos Direitos

Humanos. Contudo, é de caráter fundamental, sendo um direito absoluto amparado pelo Código Civil, Penal, Administrativo e, em leis esparsas, sendo este, de direito material, bem como, moral. Garantindo assim, a proteção dos direitos inerentes a personalidade e a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais, previstos em nosso ordenamento para a defesa de valores pertencentes ao homem, bem como o direito a vida, intimidade, honra, intelectualidade entre outros tantos direitos.

Os Direitos da Personalidade são favorecidos por específicas características, que, conforme estabelece a doutrina de Bittar, "direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes". (BITTAR, 1995, p. 11).

Destarte, os direitos humanos e os direitos fundamentais, embora pareçam ser idênticas, possuem traços distintos entre ambas, conforme esclarecem Mendes e Branco, referenciados por Alexandrino e Vicente, a saber:

> Conforme lição de Gilmar Mendes, a expressão "*direitos humano"* é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jus naturalistas, possuem índole filosófica e não têm como característica básicas a positivação numa ordem jurídica particular. Essa expressão é empregada, também, para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.
> [...]
>
> Já a expressão direitos fundamentais é utilizada para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado, são direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, apud VICENTE; ALEXANDRINO, 2011, p. 99 e 100).

Igualmente, para os doutrinadores Alexandrino e Vicente, os direitos e garantias tem funções específicas:

> Os direitos fundamentais são bens jurídicos em si mesmos considerados, conferidos às pessoas pelo texto constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos por meio dos quais é assegurado o exercício desses direitos, bem como a devida reparação, nos casos de violação. (VICENTE; ALEXANDRINO, 2011, p. 100).

Em sua doutrina, Alexandrino e Vicente (2011, p. 100; 101), mencionam que "o, Professor Alexandre de Morais sintetiza os principais direitos fundamentais como:

imprescritibilidade; inalienabilidade; irrenunciabilidade; inviolabilidade; universalidade; efetividade; interdependência; relatividade; interdependência."

Importante ressaltar que, em nosso Código Civil, há referências apenas para três destas características inerentes aos Direitos da Personalidade:

1. Intransmissível, os direitos inerentes a alguma pessoa, não pode de forma alguma ser transferido para outra pessoa;
2. Irrenunciável, que em regra os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia;
3. Indisponível, como regra não se pode transferir seus direitos a outra pessoa.

Não obstante, os direitos da personalidade dividem-se em três categorias distintas: conforme os arts. 11 ao 21 do Código Civil de 2002 que, os direitos da personalidade, dividem-se em direitos à integridade física, psíquica e os direitos morais.

Bezerra Junior (2018) afirma que, em relação ao dever de exigir – para que se possa reconhecer um direito – a exaustiva e prévia tipificação é correto afirmar que não se conhece como um recurso demasiadamente extenso e elusivo, adequado e recíproco, sem limitação, podendo ser de direito, tanto pelo lesado quanto pelo lesante.

De contínuo, em relação ao art. 12, do CCB, o qual dispensa uma tutela genérica, de uma forma mais ampla, esta defesa do "pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão do direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sansões previstas em lei" se dá em virtude de que independe da exigência da tipicidade ou a ter que recorrer a um direito geral, contidos em sentido próprio.

Assim, compreende Bezerra Junior, em sua obra, que:

> A cláusula geral de proteção, trazida no artigo 12 do NCCB, a assegurar reação do titular contra alguma modalidade de ameaça ou lesão a direito da personalidade, busca conformação e origem no princípio fundante da dignidade da pessoa humana, o que permite alcançar a tutela de direitos complexos, que não estejam previamente tipificados, mas que venham a surgir como emanação de aspectos juntos à personalidade e ao seu desenvolvimento. (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 40, 41).

Desta maneira, podemos dizer que a teoria dos direitos da personalidade, é um direito privado, visto que, ela tutela direitos que estão relacionados no âmbito dos direitos civis, ao passo que, os direitos dos cidadãos, são um direito e uma prerrogativa pertencente ao

Estado, em sua forma originária e essencial. Portanto, a tutela destes direitos que visa os cidadãos, está nos direitos da dignidade humana, contidos na Carta Magna da Constituição Federal, em seu artigo 1º, e inciso III, já tratados inicialmente.

Igualmente, podemos dizer que, a destreza desproporcional de um determinado direito de se informar ou ainda de se expressar, irá importar em uma violação aos seus direitos em um de seus diversos aspectos sobre a proteção da personalidade, constituindo assim, como um direito ao esquecimento, objeto este que será estudado a seguir, porquanto, sua formação se dá de forma as proteger a honra, o nome e a privacidade, que abrange tal instituto, sobre seus aspectos visando a intimidade da pessoa, como um direito da personalidade e, permitindo uma melhor compreensão acerca de do tema visto em a priori.

3 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento é o direito que toda e qualquer pessoa têm e, desta forma, essa determinada pessoa detêm por desígnio impedir que seus dados de outrora sejam revividos na contemporaneidade, de forma a analisar ou entender algo não levando em conta as circunstâncias que ocorreram anteriormente, posto isso, é um direito voltado para garantir que a pessoa possa manifestar-se de tal forma como ela se apresenta em sua contemporaneidade, conforme sua real realidade se apresenta.

Contudo, no Brasil o direito ao esquecimento possui suporte legal e constitucional, consequência esta que se dá pelo direito a privacidade, honra e intimidade, sendo este um direito também considerado por alguns doutrinadores como um direito da personalidade que nos é dado através do artigo 5º da Constituição Federal/88 c/c o artigo 21º da do Código Civil /02. E não menos importante, mas que, a nosso ver, é primordial, decorrendo do princípio da dignidade humana, que está elencado no artigo 1º, III da Constituição Federal do Brasil, regido pela Carta Magna, já citado anteriormente.

Ademais, a vida na sociedade requer, dessa maneira, a assimilação sobre o direito à privacidade e a intimidade do indivíduo, alcançando assim a proteção quanto a sua pessoa. O entendimento, em síntese, de Bezerra Junior, em seu livro sobre isso, diz que:

A tradicional concepção da privacidade, como *direito de estar só*, tornou-se demasiadamente limitada e, até mesmo, anacrônica, visto que não mais atende às necessidades de uma tutela efetiva da dignidade, a reclamar, de forma cada vez mais recorrente, o reconhecimento de um direito do indivíduo de controlar o uso, notadamente seus fins e o tempo de utilização, das informações que constroem a sua imagem atributo, como expressão de um direito de personalidade, voltado a resguardar a sua autodeterminação. (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 63).

Portanto, o direito ao esquecimento é uma ferramenta imprescindível para a defesa e a proteção da dignidade da pessoa humana, sua honra, nome, imagem, decorrentes dos direitos da privacidade e da intimidade, apesar de não existir um dispositivo legal específico, ainda que ele se assemelhe ao princípio da personalidade.

3.1 Objetivos do Direito ao Esquecimento

Não menos importante, insta ressaltar que o direito ao esquecimento teve uma influência do Direito Penal, que fundamenta e veda a pena perpétua no nosso ordenamento jurídico e disposto no artigo 5º, III, XLVII, "b", da Constituição Federal /88, que exaure daquele que cumpriu totalmente sua pena integralmente, e não vincule o agente com o crime que este cometeu, ou seja, ele causa uma limitação de seu passado com a atual realidade da coexistência. Reverenciando, desta forma, como um direito correlacionado com o direito da dignidade da pessoa humana e, da personalidade, já abordados anteriormente por este artigo.

Maldonado (2017), afirma que, neste sentido, doutrinalmente tem-se que o direito ao esquecimento é contemporâneo e justifica o interesse público, pois, com o tempo, pode desaparecer, garantindo ao homem o princípio da dignidade.

À vista disso, é totalmente cabível, o arrependimento em tese, quanto erros causados no passado "afigura-se plenamente admissível, em tese, a discussão sobre a validação do arrependimento quanto a erros passados, ou mesmo o cumprimento integral de imposta obrigação legal de qualquer natureza [...]" (MALDONADO, 2017, p. 95).

Sendo assim, o objetivo do direito ao esquecimento é evitar danos a honra objetiva da sua imagem, *"o que os outros pensam dele,"* pessoas que são inocentes, mas que passam a ser considerada como culpadas fossem e, assim prejudicando a sua honra subjetiva, *"o*

que ele pensa sobre si mesmo," Greco (2013), independentemente se foram absolvidas, e dessa maneira, essa mancha em seu nome acaba por ferir seus direitos e sua dignidade, manchando por anos ou até mesmo por toda a vida , sem que este seja culpado. Igualmente, aqueles que cometeram algo reprovável perante a lei, mas que cumpriram de forma integral sua penitência com a justiça, merecem que seu nome seja esquecido, visto que, sua liberdade foi restringida por um determinado período e sua divida foi paga com a sociedade.

> O direito ao esquecimento é um direito subjetivo de índole negativa, ou seja, opera no campo gerador de um dever geral de abstenção, invocado quando se busca obstar ou reagir a uma violação, sem qualquer utilidade ou justificativa de interesse público, de direitos da personalidade, tais como a honra, o bom nome, a privacidade, o livre desenvolvimento pessoal e a integridade psíquica, por meio da permanência, por tempo indefinido, ou da simples rememoração e dados, notícias ou informações aptas a causar relevante constrangimento ao indivíduo. (BEZERRA JUNIOR, 2018, p. 93).

Preceitua, em nosso ordenamento jurídico, o Código Penal, em seu art. 93, que: "A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado, o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação." Todavia, "a reabilitação deverá ser requerida decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena, ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional", conforme traz o artigo 94, parte A, do mesmo código.

Sendo assim, podemos concluir que "emerge claramente da norma que, uma vez que estejam preenchidos os requisitos para a reabilitação criminal, não poderão ser reveladas informações criminais referentes ao apenado que já cumpriu integralmente a sansão lega." (MALDONADO, 2017, p. 141).

Não obstante, segundo o autor Bezerra Junior (2018), o direito ao esquecimento, constantemente vincula a expressão "right to be alone", (o direito ao esquecimento), ou (direito de ficar sozinho), mas vêm sendo corriqueiramente chamado de direito à privacidade e à tutela da intimidade; entretanto, esta seria umas das formas, segundo o autor, para abranger este que é um direito extremamente complexo, que advêm dos direitos da privacidade e da intimidade da pessoa.

Ainda nesta seara o autor diz:

> Em outra hipótese figurada, pode ser alegado o direito ao esquecimento , para o fim de se obter indenização pelos danos imateriais causados à honra e ao bom nome de alguém cujo nome venha a ser veiculado, anos depois, por meio de programa de televisão, como um dos agentes acusados de prática de grave crime, a despeito de haver sido finalmente inocentado por decisão judicial, sendo a expressa menção ao nome, anos depois da sentença absolutória, ainda que se trate de fatos reais e verdadeiros, situação evidentemente ofensiva à honra a ao nome da pessoa referida. (BEZERRA JUNIOR, 2018. p. 97).

Assim sendo, o direito ao esquecimento objetiva a tutela dos direitos da personalidade, vez que este já foi golpeado mesmo que de forma justificada, necessitando de fundamento de interesse devido a uma nova lesão, que cause agonia constante, causando assim uma necessidade de um período de bonança.

Pode-se inferir que o direito ao esquecimento é uma forma do indivíduo apagar o que ocorreu no passado, seja por decisões erradas ou, ainda, fatos que não eram reais, imputados como se fossem verídicos, os quais, nestes casos, trazem imensas recordações dolorosas e que realmente afligem a alma; sendo assim, este indivíduo busca sua evolução e capacidade mental através do seu direito à intimidade e à privacidade.

Portanto, o direito ao esquecimento é algo de suma importância e relevância, merecendo destaque no ordenamento jurídico, seja através do direito à dignidade humana ou direito à personalidade, já tratados através de elementos normativos e por várias vezes discutidos neste artigo, visto que o direito ao esquecimento compreende também a tutela da liberdade de expressão e o direito à intimidade, de informações e divulgações de dados e fatos, após um engano ou uma privação aplicada por lei, advinda de um lapso temporal.

3.2 Ponderações Entre o Direito, a Liberdade de Expressão e o Direito à Intimidade

A Constituição Federal do Brasil de 1988, traz em seu artigo 5º, IV, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e em seus respectivos incisos IX, X, “é livre a expressão da atividade intelectual artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença,” e; “são invioláveis a intimidade, e a vida

privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Bentivegna (2020) preleciona que, quando entendemos liberdade de expressão, o fazemos no sentido lato (*lato senso*), que compreende, de forma ampla, a liberdade de manifestação de pensamento e da opinião (aí incluídas, as produções do espírito, quer de natureza científica, literária, artística etc.); a liberdade de expressão traz um resultado odorante que agrada nossos ouvidos e exalta nossa democracia, a partir do momento em que podemos exercer livremente nossa opinião, bem como, exaltar a dignidade, personalidade e o direito a intimidade.

Cretela Junior (1989, apud BENTIVEGNA, 2020, p. 85) nos lembra de que a liberdade de pensamentos, em si mesma, nunca foi um problema para o direito, pois o ser humano pode pensar o que quiser e ninguém será punido pelo seu pensar (*nemo poenam cogitationis patitur*). Sendo assim, a liberdade de expressão satisfaze a falta de uma conduta obrigativa de uma norma que determine uma conduta. "A liberdade, portanto, em sentido jurídico, apresenta -se inicialmente como uma autorização para agir conforme se queira em razão da inexistência de impedimentos de caráter normativo que imponham uma ação ou uma omissão de conteúdo diverso, como são as proibições e os mandamentos." (MARTINS NETO, 2008, p. 25).

Martins Neto (2008) afirma que: A identificação de tal particularidade é importante n solução de controvérsias respeitantes ao âmbito de proteção da liberdade de expressão. Contudo, nosso ordenamento brasileiro faz algumas ressalvas quanto à liberdade de expressão, mais especificadamente como a inviolabilidade da honra, da imagem e da intimidade.

Ainda nesse viés, Martins Neto (2008) assegura que, por mais que a liberdade de expressão vise, além da busca do conhecimento, resguardar a autonomia das pessoas e o direito de cada um dizer o que pensa, acredita e constata, a autossatisfação do sádico não é um bem que a constituição tutele a ponto de permitir a alguém induzir o pânico. Desta forma, pode-se dizer que o que "se a liberdade de expressão protege a expressão, o que não é expressão, a liberdade de expressão não a protege".

Assim, podemos compreender que "*liberdade de expressão*" não é um objeto esporádico, mas sim um essencial objeto de nossa democracia, permitindo que as pessoas possam pensar e ouvir livremente, é um direito e uma prerrogativa de todo os cidadãos. Em essência, é um progresso para o conhecimento, sendo assim, um imperativo categórico, da condição humana como um exercício de sua faculdade racional plena, tolerante e autônoma, reivindicando a expressão do pensamento. "O predicado da neutralidade ideológica do requisito do valor expressivo estende enormemente o âmbito de proteção da liberdade de expressão." (MARTINS NETO, 2008, p. 79).

A Declaração dos Direitos Humanos, traz, em seu bojo, que todos os seres humanos tem direito à liberdade de opinião e expressão, ideias e informações.

Segundo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966):

> Artigo 19 - 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
> 2. Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. (PIDCP, 1966).

E ainda, o Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, que trouxe em seu artigo 13º:

> Artigo 13º, Liberdade de Pensamento e de Expressão.
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. (PSJCR, 1969).

Bentivegna (2020) afirma estar convencido sobre a intenção da garantia fundamental de que trata o artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal do Brasil,a qual, não foi de ofertar um salvo conduto ao ridicularizar a honra, ou a invasão da privacidade, ou a privação da imagem alheia, mas sim, que o legislador tentou proteger aquele que manifestou sua convicção, independente de ser religiosa, filosófica ou política, "sem vulnerar qualquer direito da personalidade alheia (como determina o art. 220 e seu §1º)". Entretanto, o Direito à Intimidade, disposto no art. 21, do CCB/02, dispõe: "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, à requerimento do interessado,

adotará as providências para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma." (CCB/2002).

Gonçalves (2013) assegura que, em concordância com o artigo 5º, X, da Constituição Federal do Brasil, de 1988, é protegida a intimidade das pessoas, concedendo, ao prejudicado, a prerrogativa de demandar que cesse o ato abusivo ou ilegal. Menciona, ainda, o autor, que se já houver ocorrido dano material ou moral, incorrerá o direito à indenização, que está expressamente assegurada através da norma constitucional supracitada. E esta proteção, que se refere à vida privada da pessoa, visando proteção contra intromissões inconvenientes, pode se dar sob várias óticas e circunstâncias, tais como correspondências, economias, etc.

O direito ao esquecimento, também denominado "direito de estar só", vê-se hoje, muitas vezes, ameaçado através do avanço tecnológico, por vários tipos de recursos que se prestam para este fim; neste sentido, "o art. 21, do novo diploma retrotranscrito e o art. 5º, X, da Constituição Federal, protegem a zona espiritual intima e reservada das pessoas" Diniz (2002 apud GONÇALVES, 2013, p. 168), desta forma, "assegurando-lhes o direito ao recato e a prerrogativa de tomar providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato lesivo ou exigir a reparação de dano já consumado" (GONÇALVES, 2013, p. 168).

Essa proteção que se refere a incolumidade da pessoa humana, advindo de aspectos espiritual, físico e biológico advém da personalidade através de sua autoestima do indivíduo, e do lugar onde reside sua honra social (objetiva) e individual (subjetiva).

> Nenhuma contemplação merece aqueles que, por ódio, despeito, rivalidade ou áspero prazer do mal, se fazem salteadores da honra alheia. Sob certos aspectos, são eles ainda maus perversos que os próprios rapinantes, pois, segundo os versos de Shakespeare, "...he that filches from me my good name, robs me of that whichi not enriches him, and makes me poor indeed." (HUNGRIA, 1958, apud BENTIVEGNA, 2020, p. 107).

Compreende-se que a honra é uma das primeiras características do princípio da dignidade humana e, portanto, faz se necessário dizer que é um direito da personalidade, e que tutela, por sua vez, o direito à intimidade. "O direito à privacidade é entendido o direito de excluir os outros das atividades, dos sentimentos, das amizades etc., do eu." Campos (2004 apud BENTIVEGNA, 2020, p. 147).

O direito a privacidade é devido desde o seu nascituro advindo da doutrina do common law, onde sua intenção seria a de ter um princípio legal que se amparasse sua intimidade. Logo podemos dizer que a privacidade é um conceito contemporâneo até o século XIX, e que foram aperfeiçoados ao longo do tempo, atendendo assim as necessidades individuais de cada ser humano, desde logo, optou o legislador na constituição de 1988, em legitimar autonomamente a inviolabilidade da intimidade, a privacidade, honra e a imagem. Sendo estes tratados por diversos doutrinadores como um direito da personalidade.

Desta forma, destaca o autor Bentivegna, em sua obra, com menção às palavras de José Afonso da Silva:

> Silva, procurou referir-se a ambos, *lato senso,* como direito à privacidade, abarcando as noções tanto de vida privada quanto de intimidade. Segundo ele, "privacidade é o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito." (SILVA, 1989, apud BENTIVEGNA, 2020, p. 149).

Outrossim, a intimidade é um direito personalíssimo, que diz respeito ao direito de ser esquecido, controlar suas informações pessoais. Sob a visão do autor Bentivegna:

> O direito à intimidade confere as seguintes prerrogativas ao seu titular: a) Opor-se a investigação de terceiro no âmbito de sua vida privada e b) opor-se à divulgação de dados, eventualmente obtidos, que, por sua natureza estejam destinados a permanecer alijados da curiosidade pública. Para efeitos de proteção da intimidade, é absolutamente irrelevante se os fatos íntimos que se pretenda divulgar são verdadeiros. (BENTIVEGNA, 2020, p. 153a).
> ...
> São exemplos desses aspectos da existência humana, que devem permanecer cobertos pelo manto da privacidade, os relacionados com a vida familiar, afetiva ou íntima; bem como aqueles a envolver eventos puramente pessoais, como: qualidades, hábitos, defeitos ou anomalias físicas ou psíquicas não ostensivas, fatos penosos ou mortificantes, fraquezas, misérias humanas, doenças et. (BENTIVEGNA, 2020, p. 153b).

Assim sendo, para se garantir o direito à intimidade é necessário a privacidade da pessoa, garantidos pela norma constitucional já tratados anteriormente, visto que, sua autonomia quanto o direito a sua própria imagem, honra, privacidade, e os relacionados a liberdade de expressão mesmo que seja com efeito confortador aos ouvidos, toda pessoa humana tem direito de ficar em paz, como um teor da dignidade humana e, visando assim o direito da personalidade em seu máximo existencial. E, por fim, tutela do direito ao esquecimento

está amplamente ligado ao direito da personalidade que estão vinculados a privacidade e a intimidade, por isso, o direito ao esquecimento opera como um desdobramento do direito da personalidade que visa a proteção da pessoa humana num todo e protegendo assim o direito a intimidade na esfera da vida privada, desta forma, garantindo assim o direito de ser esquecido.

4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A respeito do posicionamento jurisprudencial dos tribunais brasileiros, quanto ao direito ao esquecimento, importa destacar que, tanto no direito nacional quanto no estrangeiro, percebe-se que a doutrina do direito ao esquecimento vem ganhando força perante os tribunais.

Segundo o Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Supremo Tribunal de Justiça, em que o coordenador-geral foi o Ministro Rui R. de Aguiar, no campo da condenação criminal não se atribui o direito ao esquecimento, mas sim, a como os fatos serão lembrados. Ou seja, tem-se a possibilidade de se discutir como serão usados os dados, mediante tantas informações e tecnologias nos dias atuais. Assim, nestes termos:

> ENUNCIADO 531- "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento."
> Artigo 11 do Código Civil
> Justificativa: Os dados provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegurar a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificadamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (CJF, 2021).

Sobre este tema, Godoy (2015) diz que, sobre esta citação, é clara sua propriedade, (continua o autor) ao ser analisado o instituto, que: "Não se concebe, em geral, que as hipóteses de eventos de interesse social, em determinado momento, necessariamente continuem a sê-lo definidamente, de sorte a proporcionar, a qualquer tempo, respectivas

revelações seguidas republicações." (GODOY 2015 apud BENTIVEGNA, 2020 p. 263b).

Os direitos da personalidade, como vemos neste enunciado, estão intimamente ligados ao direito ao esquecimento; assim sendo, faz-se necessário haver uma razoabilidade entre ambos, já que, em sentido estrito, ambos têm a mesma proporcionalidade, não podendo impedir sua verossimilhança quanto ao direito ao esquecimento que vem sendo historicamente reconhecido em nosso ordenamento.

Ao que tange a liberdade de expressão, o STF, por decisão majoritária, decidiu que é incompatível com nosso ordenamento que o direito ao esquecimento venha a impedir, devido ao transcurso do tempo, a divulgação de fotos ou dados reais por meio das comunicações televisionadas, redes sociais, rádios, internet etc. Conforme o Supremo Tribunal Federal, "eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informações devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil."

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOLABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL." (STF, 2015)

A finalidade do direito ao esquecimento, quando evocado pela família ou pela própria vítima, quanto ao direito à proteção de divulgações, se dá em virtude de como os dados, pelo decurso do tempo, podem sofrer uma descontextualização e, assim, causar mais constrangimento ou, ainda, trazer recordações angustiantes. Contudo, em casos criminais, de grande notoriedade, podem causar perplexidade em não consagrar como um direito ao esquecimento. Assim, o poder das decisões do Supremo Tribunal Federal, tem força de lei que abrange todo o território nacional.

Ementa: Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso

extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça. 2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como droit a l'oubli ou right to be let alone, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na internet. 3. Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante. 4. O ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito." (STF, 2021).

A decisão do voto do Ministro Dias Toffoli, relator no caso em tela, que negou o provimento ao recurso que pleiteava a indenização, fixou a seguinte tese:

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 licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, com base em parâmetros constitucionais e na legislação penal e civil."
Tese
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 licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível." (STF, 2021).

Portanto, esse tema ainda tem muito que ser superado em nosso ordenamento brasileiro, em especial, o Supremo Tribunal Federal, que a análise necessária para uma segurança jurídica, com relação ao direito ao esquecimento, com previsibilidade nas decisões;

apesar disso, o legislador deveria dar um aparo legal exclusivo a esse tema, com uma regulamentação cuidadosa, que é tão pertinente e cresce a cada dia, não só no Brasil, mas no mundo todo. Contudo, ainda que não haja um dispositivo legal exclusivo, quanto a este tema, os direitos e garantias fundamentais que regem o Principio da Dignidade Humana são aclamados como dispositivo legal para tal fato, devido ausência legal de dispositivo relativo ao direito ao esquecimento, conferindo assim, sua efetividade.

5 CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento precisa de um marco legal, em nosso ordenamento jurídico brasileiro, onde a pessoa que teve seus direitos inerentes a dignidade, honra ou imagem afetados por expressões ou imagens que feriram sua honra objetiva ou subjetiva, possa pleitear sua tutela de um direito personalíssimo, fundamental e necessário para a construção da sua personalidade, garantidos desde o seu nascimento, direitos estes que são inalienáveis, irrenunciáveis e impenhoráveis.

Desta forma, é inegável que sua tutela em relação ao direito ao esquecimento, visa sua dignidade e respaldado no princípio da personalidade, referenciado pela democracia como sendo este, um pilar consagrado em nosso ordenamento jurídico, em âmbito da esfera constitucional, cível e penal. Sendo assim, o direito ao esquecimento demonstra sua aplicabilidade através dos direitos da personalidade.

A tutela do direito da personalidade visa, não somente, o direito ao esquecimento, mas também, a proteção ao direito a liberdade de expressão, privacidade, imagem e a sua intimidade. Mesmo que seja de natureza meramente informativa. Resguardando, desta forma, incolumidade podendo por danos irreversíveis causados à pessoa, por exposição de fotos ou imagens de fatos que a mesma queira deixar no esquecimento ou ainda fatos a esta pessoa imputado erroneamente ferindo sua honra e imagem.

Demonstrados os elementos e ponderações quanto ao direito ao esquecimento e seus desdobramentos nos demais ramos do direito, conclui-se, a necessidade de um dispositivo legal ao direito ao esquecimento que possibilite uma melhor interpretação, pelo judiciário, em termos legais, devendo este se adequar de forma eficiente, coerente e harmoniosa,

com conceitos internacionais, para que se possa reduzir os danos referentes a violação de direitos e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, MARCELO; VICENTE, PAULO. **Direito Constitucional Descomplicado** . 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011

BENTIVEGNA, CARLOS FREDERICO BARBOSA. **Liberdade de expressão, honra e privacidade:** os limites entre lícito e ilícito . Barueri/ SP: Manole, 2020.

BEZERRA JUNIOR;LUÍS MARTIUS HOLANDA. **Direito ao Esquecimento:** a justa medida entre liberdade informativa e os direitos da personalidade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITTAR, CARLOS ALBERTO. **Os Direitos da Personalidade.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRANCO, SÉRGIO. **Memória e Esquecimento na Internet.** Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

CÉSPERE LÍVIA; DIAS DA ROCHA, FABIANA. **Vade Mecum tradicional**: obra coletiva com a colaboração de Lívia Céspere e Fabiana Dias da Rocha. 29 ed. SP: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, CARLOS ALBERTO. **Direito Civil esquematizado.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V.1.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal:** parte especial, introdução à teoria geral da parte especial- crimes contra a pessoa. Niterói, RJ: Ímpetos, 2013. V. II.

LENZA, PEDRO. **Direito Constitucional esquematizado.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALDONADO, VIVIANE NÓBREGA. **Direito ao Esquecimento.** Barueri, SP: Novo Século Editora, 2017.

MARTINS NETO, JOÃO DOS PASSOS. **Fundamentos da liberdade de expressão.** Florianópolis: Insular, 2008.

NUNES, TAÍS ZANINI DE SÁ DUARTE; ROSSANEIS, ANA CLAUDIA. **A Mediação familiar brasileira como instrumento de concretização dos direitos da personalidade.** Maringá: Gráfica Caniatti, 2017.

PEGINI, ADRIANA REGINA BARCELLOS. **O Direito e o cotidiano.** Birigui, SP: Boreal Editora, 2016.

PUCCINELLI JUNIOR, ANDRÉ. **Manual de Direito Civil.** Volume único. São Paulo: Saraiva, 2015.

OAS. **Direitos Civis Internacionais.** Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%Adticos.pdf. Acesso em 20 jun. 2021.

CJF. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.** Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em: 03 jul. 2021.

STF. **STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal.** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo= 460414&ori=1. Acesso em: 21/06/2021.

STF. **RE1010606.** Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 11/12/2014. Publicação: 20/02/2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=direito%20ao%20esquecimento&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 21 jun. 2021.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

ZAQUEU DA SILVA PADILHA
ORIENTADOR: Me. Roberson Neri Costa

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO PREVIDENCIÁRIO. 2.1 Conceito Direito Previdenciário. 2.2 Avanços Históricos da Previdência Social. 3 HISTÓRIA DA APOSENTADORIA NO BRASIL. 3.1 Surgimento da Lei da Aposentadoria no Brasil. 4. PRINCÍPIOS 4.1 Princípio - Universalidade da Cobertura e do Atendimento. 4.2 Princípio - Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços a Populações Urbanas e Rurais. 4.3 Princípio - Seletividade e Distributividade dos Benefícios e Serviços 4.4 Irredutibilidade do Valor dos Benefícios. 4.5 Princípio - Equidade na Forma de Participação de Custeio 5. PREVIDENCIA SOCIAL. 5.1 A Previdência Social Pública. 5.2 A Previdência Privada. 5.3 Direito à Aposentadoria. 5.4 Critério de Segurados Especiais e sua Descaracterização. 5.5 Reforma da Previdência da Emenda Constitucional - EC 103/2019. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. AGRADECIMENTOS.

RESUMO:

Este artigo científico tem por objetivo analisar os avanços históricos da previdência social do Ministério da Previdência Social e seu contexto histórico constitucional no Brasil. Será contextualizado o critério de segurados especiais e sua descaracterização, e mais, alguns pontos da reforma da previdência 2019 e suas especificidades. Para isso, foram realizadas pesquisas em livros como Vade Mecum, Doutrinas de Direito Constitucional, Livros de Manuais de Previdência Social e em ambientes on-lines jurídicos, enriquecendo, dessa forma, os valores de conceitos de princípios jurídicos e normativas jurídicas, jurisprudências e tipologias de previdências. Os resultados apontam para a relação dos princípios com base social na previdência social para os beneficiários, o que foi possível com a evolução da reforma da emenda constitucional 103/2019.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Previdência social. 2. Critério de Segurados Especiais e sua Descaracterização. 3. Reforma de Previdência da EC 103/2019.

ABSTRACT:

This paper aims to analyze the historical improvement in social security of the Ministry of Social Security and its historical constitutional context in Brazil. This paper contextualizes the special insured criteria and its not characterization, in addition, it presents some points of the 2019 social security reform and its particularities. For this, the research was carried out in books such as Vade Mecum, Constitutional Law Doctrines, Social Security Manuals, as well as in online legal areas, thus, enriching the values of concepts of legal principles and legal regulations, jurisprudence and types of social security. The results reveal the relation to the social-based principles in social security for beneficiaries, what was possible with the evolution of the constitutional amendment reform 103/2019.

KEY WORDS: 1. Social Security. 2. Special Insured Criteria and its not characterization. 3. Social Security Reform of EC 103/2019.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo científico tem por objetivo analisar os avanços históricos da previdência social no Brasil. Para isso, empregou a pesquisa bibliográfica, pela qual realizou o levantamento de livros, como o Curso de Direito Constitucional do autor Zulmar Fachin e os livros de Direito Previdenciário, entre outros autores. Estabeleceu o fulcro na Constituição Federal, no Direito Previdenciário, com extenso rol de normas jurídicas infraconstitucionais e suas normatizações em Decretos-Leis e Instruções Normativas. O estudo parte da tese de que o trabalho e a dignidade da pessoa humana são fundamentos para o Estado Democrático de Direito, entendimento justificado pelo fato de que o trabalho leva a dignidade para famílias e propicia o bem-estar, a solidariedade

social e a justiça social e que, assim, diminui a desigualdades sociais e regionais para a promoção do bem de todos.

Por essa premissa, tratar-se-á de princípios, direitos à aposentadorias, expor situações comparativas ao lapso de tempo e desmitificando as suas especificidades e os detalhes do Regime Geral de Previdência Social e Regime Próprio de Previdência Social, Regime Previdência Social, ampliando o conhecimento de suas existências, e Direitos Fundamentais, em que tratará de benefícios de aposentadorias, auxílios, que visam à assistência social. Abordaremos também a Emenda Constitucional 103/2019 acerca da reforma previdenciária realizada.

A Previdência Social é um amparo ao trabalhador, em que faz o seguro social pago pelos trabalhadores brasileiros com o objetivo de assegurar-lhe a sua subsistência, em caso de incapacidade ou aposentadoria. A seguridade social é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinadas a assegurar e proteger os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social. Com previsão no capítulo II – direito sociais da Magna Carta, temos o Direito Previdenciário, o qual objetiva o estudo e a regulamentação da seguridade social.

Seu conceito está em Direitos Relativos à Previdência Social e nominados como Direitos Fundamentais Sociais, em que se situa, de acordo com o disposto pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988, são os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

Há objetivo bem definido e sólido à proteção para os segurados da Previdência Social, beneficiários, e inclusive de assistência social, e parte voluntária que se vincular ao sistema de contribuição, em que qualificará como segurado legal.

2. AVANÇOS HISTÓRICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os avanços históricos têm tudo a ver com as desigualdades econômicas das comunidades nacionais e internacionais; por definição, a pobreza não é um problema apenas individual, mas, sim, social (SANTOS, 2021, p.1).

A evolução socioeconômica mostra desigualdades entre seus pares e, devido à concentração da maior parte da renda nas mãos de poucos, leva à miséria a maioria, que reflete pela falta dos bens necessários para sobreviver com dignidade. Então, para compreendermos melhor, necessário se faz entender sobre assistência pública, seguro social e seguridade social. Sendo que, nos primórdios dos tempos, a proteção social é da assistência pública, fundada na caridade e conduzida pela igreja e, mais tarde, pelas instituições públicas. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

A assistência social e assistência pública existiam no início de tudo, por volta dos anos de 1601, na Inglaterra, e que Isabel I editou *Act Of Relief of the Poor* – Lei dos Pobres. Essa lei reconheceu que cabia ao Estado amparar os comprovadamente necessitados, e assim surgiram os dois tipos de assistência, pública e assistência social. Naquela época, cabia à Igreja a administração de um fundo, com arrecadação de uma taxa obrigatória. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Considera-se que "(...)Poder Público tornava cogente o binômio igualdade-solidariedade". (WAGNER, 1998, p.28).

Sendo assim, a Proteção Social deu início para as primeiras assistências sociais, que saíram das igrejas, e mais tarde então, foram para o Estado tornando-se instituições públicas, e assistências públicas.

A assistência pública no Brasil foi prevista pela constituição de 1824, cujo art. 179, §31, garantia os socorros públicos. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Do latim, a palavra aposentadoria deriva pausare, in verbis:

> Parar para descansar. O termo aposentadoria ou reforma, refere-se ao afastamento remunerado que um trabalhador faz de suas atividades após cumprir com uma série de requisitos estabelecidos em cada país, a fim de ele possa gozar dos benefícios de uma previdência social ou privada. É um objeto de estudo do direito previdenciário.

Trata-se, inclusive, de um ramo do Direito dotado de autonomia, como conceitua Martins:

> O Direito da Seguridade Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social

> aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (MARTINS, 2018, p. 19.)

Nem sempre, como visto, houve preocupação efetiva dos indivíduos quanto aos seus infortúnios; somente em tempos mais recentes, a partir do final do século XIX, a questão se tornou importante dentro da ordem jurídica dos Estados**.**

> O direito da seguridade social é um conjunto de princípios, de regras, de instituições destinados a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover suas necessidades pessoais básicas de suas famílias, integrados por ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, à assistência social". (RUSSOMANO, 1981, p.18).

A iniciativa dos poderes públicos e da sociedade em organizar e prover recurso por meios legais, para a subsistências dos direitos relativos à assistência social, saúde e previdência.

O Seguro Social, nasceu na Prússia, em 1883, com a Lei Seguro Doença e depois foram criados outros tipos de seguro, de resultados à proposta de Bismark para o programa social, e conforme a doutrina, relata que é tido como primeiro plano de Previdência Social de que se têm notícia.

Segundo a doutrina, ao tornar-se obrigatório, o Seguro Social passou a conferir direitos subjetivos ao trabalhador. Desde aquela época, o Seguro Social era organizado e administrado pelo Estado e o custeio era dos empregadores e do próprio Estado. Assim, no Estado Liberal, o Seguro Social atuava como instrumento de redistribuição de renda, que permitia o consumo.

Um dos pilares do Seguro Social é a solidariedade, que ganhou garantias jurídicas e torna-se elemento fundamental para o conceito de proteção social, e que afasta-se com o tempo dos elementos conceituais civilistas daquela época. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Solidariedade é princípio jurídico fundamental em um Estado de Direito Democrático, e solidifica e concretiza nas práticas da proteção social.

Ao refletir sobre o Seguro Social e a concepção bismarkiana, de meados do século XX na Europa, o Seguro Social não resistiu às consequências da Primeira Guerra Mundial em razão da cobertura para o grande número de órfãos, viúvas e feridos que resultaram do combate, além da inflação galopante da época, problemas sentidos principalmente na Alemanha e na Áustria. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Esclarecendo o tema, o Seguro Social é parte garantida pelo Estado, detém-se em princípios de redistribuição, e com os avanços históricos e mudanças temporais, tiveram experiências de que, se houver guerras, o Seguro Social, que é garantido pelo Estado, pode comprometer-se com o caos, fazendo com que pessoas que necessitam dele possam ficar sem seus benefícios, vindo a um estado de calamidade de extrema pobreza.

Ao escrever esse estudo, entendemos que a consequências de colapsar um sistema, em caso de caos, guerras etc. é extremamente perigoso aos dependentes do sistema de Seguro Social, de forma negativa, no qual haverá mais riscos de pobreza, insubsistência de sobrevivência daquelas pessoas.

3 A HISTÓRIA DA APOSENTADORIA NO BRASIL

A Lei Eloy Chaves, a norma, é considerada a origem da Previdência Social no Brasil. Foi sobre esse fundamento que o sistema previdenciário implementou-se até chegar ao modelo atual, que paga aposentadorias previdenciárias e sociais, pensões e outros benefícios a 35 milhões de brasileiros nos setores público e privado.

3.1 Surgimento da Lei da Aposentadoria no Brasil

Em tese, historicamente a primeira lei da previdência social foi no ano de 1923, permitia aposentadoria aos 50 anos, (Fonte: Agência Senado); no início de uma organização e legislação, no Brasil, já se tinha um parâmetro de sistemas previdenciários em outros países europeus, e o Brasil fez modelo igual e implantou-se, o qual tem-se início nessa história, que descreve-se abaixo, como iniciou de fato no Brasil, *in verbis*:

> No ano de 1923 a lei federal que fez dos ferroviários, no setor privado, os precursores do direito a um pagamento mensal durante a velhice. Conhecida como Lei Eloy Chaves, daí a origem da Previdência Social no Brasil. Foi sobre esse fundamento que o sistema previdenciário implementou-se até chegar ao modelo atual, que paga aposentadorias previdenciárias e sociais, pensões e outros benefícios a 35 milhões de brasileiros nos setores público e privado.
> A Lei Eloy Chaves obrigou cada companhia ferroviária do país a criar uma caixa de aposentadorias e pensões (CAP), departamento incumbido de recolher a contribuição do patrão e a dos funcionários e pagar o benefício aos aposentados e pensionistas. No decorrer de 1923, 27 empresas instituíram suas respectivas CAPs. (Fonte: Agência Senado).

No lapso de tempo, foi concebida na Carta Magna de 1988, e atualmente são realizadas atualizações em benefícios aos trabalhadores.

O conceito dado pela doutrina está no art. 6º da Carta Magna e enumera os direitos sociais que, disciplinados pela Ordem Social, destinam-se à redução de desigualdades sociais e regionais, em que pese, está inclusa a Seguridade Social, que é composta pelo direito à saúde, e pela assistência social e pela previdência social. Segundo doutrina, no art. 194 da Constituição Federativa do Brasil, dá-se o conceito: “Conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. A Solidariedade é o fundamento da seguridade social. Define-se constitucionalmente que a seguridade social, o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, para cada qual disciplina constitucional e infraconstitucional específica. Tanto é que (...) são normas de tratamento de proteção social que tem como dar provimento de sobrevivência com dignidade humana, ou doença por invalidez, desemprego (...) etc. É por meio desses princípios que está garantida a proteção social e que garantem a justiça social. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

No Brasil, existem três regimes previdenciários: a) Regime Geral da Previdência Social (RGPS) – Aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada e servidores sem cargo efetivo de filiação obrigatório para regime CLT; b) Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) – Aplicável aos servidores públicos de cargo efetivo de filiação obrigatória; c)

Regime de Previdência Complementar – É a previdência privada facultativa. Existe também a previdência complementar dos servidores públicos, recém-criada pelo Estado.

> (Art. 196, CF). O acesso à saúde independe de pagamento e é irrestrito. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social. Aqui, o requisito básico é a necessidade do assistido. Concede benefícios de um salário mínimo ao idoso (65 anos ou mais) e ao deficiente que não têm condições de prover o próprio sustento nem de tê-lo provido pela família. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, CF). (SZABÓ, 2015, p. 881).

São basilares os princípios constitucionais, as políticas social e econômica de direito previdenciário.

Na Seguridade Social temos a Previdência Social, para somente aqueles que contribuem; a Seguridade Social para Direito à Saúde, para todos, independe de Contribuição; Seguridade Social para Assistência Social, para somente os necessitados, independe de Contribuição. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Firma-se que, independe de contribuição para Assistência Social, mas para Previdência Social, é somente para quem contribui e concretiza-se de fato, na prática.

4 PRINCÍPIOS

Os princípios são norteadores para uma isonomia maior. Portanto, princípios é como aplicação ao campo material, a Seguridade Social deve cobrir todos os riscos ou contingências sociais possíveis, por exemplo, as doenças, invalidez, velhice, morte etc.

4.1 Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento

Conforme o autor registra, que todos os que vivem no território nacional têm direito o mínimo indispensável à sobrevivência com condições, dignidade, não podendo haver excluídos da proteção social. Neste princípio há dois aspectos: a) universalidade da cobertura, e; b) universalidade do atendimento. Explicando que a Cobertura é o termo próprio dos seguros sociais que se liga ao objeto da relação jurídica, às situações de

necessidade, fazendo com que a proteção social se aperfeiçoe em todas as suas etapas: de prevenção, de proteção propriamente dita e de recuperação. Destacamos no dizer de Rosa Elena Bosio (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá)., que foi traduzido a termos:

> Assim como subjetiva faz referência ao campo da aplicação pessoal, em virtude deste princípio e como aplicação ao campo material, a seguridade social deve cobrir todos os riscos ou contingências sociais possíveis: as doenças, invalidez, velhice, morte, etc. Num sistema completo, este aspecto é fundamental porque só assim permitiria que a seguridade social cumprisse seus fins. Entretanto, esse princípio não significa que toda pessoa tem direito de reclamar prestações por qualquer estado de necessidade, mas, sim, de que poderá gozar desse direito quando cumprir certos todos requisitos previstos pelo ordenamento jurídico e em determinada circunstância. Esse princípio se reflete no aforismo que diz "a seguridade social ampara o homem desde seu nascimento e até depois de sua morte", convertendo esta ciência numa garantia que tem a pessoa para conseguir o desenvolvimento total de sua personalidade." (destaque original).

A Cobertura determina uma garantia para desenvolvimento.

Ao princípio da Universalidade do atendimento refere-se aos sujeitos de direito à proteção social: todos os que vivem no território nacional têm direito subjetivo a alguma das formas de proteção do tripé da seguridade social.

Assim, para Rosa Elena Bosio (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá), (...) este "princípio indica que se deve proteger todas as pessoas, que toda a comunidade deve estar amparada pelo sistema. (...) sem discriminação por causa de nacionalidade, idade, raça, tipo de atividade que exerce, renda, tem direito à cobertura de suas contingências. É denominado de universalidade porque a disciplina se expande ou estende a cobertura das diferentes contingências à maior quantidade de pessoas possível. (...) A seguridade vai desbordando da restrição classista, já que a necessidade da cobertura das contingências não se admite, ou seja, não aceita como privativa de certas categorias sociais, mas sim, como um direito que deve ser estendido aos assalariados e, finalmente, ao conjunto da população, sem nenhum tipo de exclusão" (destaques no original).

A Universalidade tem forma de Cobertura, objeto, prevenção-proteção e recuperação. A Universalidade tem forma de Atendimento, sujeitos, todos os que vivem no território nacional. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Quando estudamos e aprofundamos sobre Universalidade de Cobertura, está objetivamente falando-se de prevenção, antecipando-se e auxiliando no seu atendimento constitucional e a proteção universal é de acordo com os sujeitos que têm a nacionalidade brasileira.

4.2 Princípio - Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços a Populações Urbanas e Rurais

Pela história que estudamos, relata que os trabalhadores rurais sempre foram discriminados no Brasil se comparados os direitos destes aos reconhecidos aos trabalhadores urbanos. Em termos de seguridade social, a situação não era diferente. A Carta Magna consolida e reafirmou o princípio da isonomia, consagrado no *caput* de seu art. 5º, no inc. II, do parágrafo único, do art. 194, (...) garantindo uniformidade e equivalência de tratamento, entre urbanos e rurais, em termos de seguridade social. Esse princípio da uniformidade significa que o plano de proteção social será o mesmo para trabalhadores urbanos e rurais. E pela equivalência, o valor das prestações pagas a urbanos e rurais deve ser proporcionalmente igual. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Relacionado entre trabalhadores urbanos e rurais, os direitos de seguridade social, estão elencados pelos princípios da isonomia, princípio da uniformidade, pelos princípios da equivalência e princípio da proporcionalidade.

4.3 Princípio - Seletividade e Distributividade dos Benefícios e Serviços

O princípio constitucional da seletividade e distributividade constitucional ocorre no momento da elaboração da lei e que se desdobra em duas fases, o de seleção de contingências e o de distribuição de proteção social. A proteção social tem por objetivo a

justiça social e redução da desigualdade sociais. O princípio da distributividade propicia que se escolha o universo dos que mais necessitam de proteção. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

De acordo com parágrafo anterior, a seletividade e distributividade constitucional se desdobram na fase de contingências e proteção social, sendo que proteção objetiva a justiça social e redução da desigualdade, enquanto distributividade seleciona aqueles que mais necessitam de proteção social.

4.4 Princípio – da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios

Os benefícios, prestações pecuniárias, não podem ter o valor inicial reduzido. Ao longo de sua existência, o benefício deve suprir os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, e, para tanto, não pode sofrer redução no seu valor mensal. Para tanto, a Magna Carta já previu no art. 58, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, uma revisão geral para todos os benefícios de prestação continuada em manutenção, isto é, já concedidos em 05.10.1998, para resgatar seu valor originário. Para tanto, determinou-se que todos esses benefícios fossem recalculados, de forma que passassem a equivaler o mesmo número de salários mínimos que tinham na data de concessão, até a implantação do novo plano de custeio e benefícios, o que ocorreu com a vigência da Lei 8.213/91. No Art. 201, §4º, da Constituição Federal, reafirma o princípio da irredutibilidade, ao garantir o reajustamento dos benefícios, para preservar-lhes o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Logo, observamos que o princípio da irredutibilidade é objetivo de que não pode ter valores reduzidos. E todos benefícios previdenciários jamais podem ser menores que um salário mínimo, assim, temos as Leis, que definem os cálculos para equivalência, para conseguir sua concessão e resgatar seu valor originário.

4.5 Princípio – Da Equidade e Caracterização da Previdência Social

Equidade na forma de participação do custeio – impõe que as contribuições sejam instituídas tomando como base a capacidade econômica de cada contribuinte.

A equidade na forma de participação no custeio não corresponde, exatamente, ao princípio da capacidade contributiva, pois o conceito de equidade está ligado ao conceito de "Justiça", em relação à capacidade de gerar contingências que terão cobertura pela seguridade social. (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

O princípio da equidade tem suas características próprias, citando que em caráter democrático e descentralizado da administração – é chamada gestão quadripartite do sistema, com participação de representantes do governo, das empresas, dos trabalhadores e dos aposentados.

> A Tríplice forma de custeio – do sistema do Regime Geral da Previdência Social - RGPS deve ser custeado por contribuições das empresas, dos trabalhadores e do próprio governo. Na parte governamental é oferecida mediante inclusão no orçamento fiscal. No caso de eventual falta de recursos para o pagamento dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, cabe à União efetuar a complementação. Preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço – A criação ou ampliação de benefícios deve ser feita mediante previsão da receita. (SZABÓ, 2015, p.880).

Como conceitua Zulmar Fachin

> São princípios constitucionais relativos à seguridade social: a) princípio da universalidade da cobertura e do atendimento; b) princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios; e) princípio da equidade na forma de participação no custeio; f) princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194, incisos I a VII). (FACHIN, 2015, p. 596).

De acordo com Fachin, são princípios constitucionais que versam a Autonomia do Direito Previdenciário, pois está vinculado aos princípios fundamentais da dignidade humana, em essência de Saúde, Previdenciário, Assistência Social.

Em comparação à lei antiga, para a mais atual, segundo a redação dada ao texto constitucional, o Regime Geral da Previdência Social deve prestar, nos termos da lei (Art. 201 da CF/88): a cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; a proteção à maternidade, especialmente à gestante; a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; o salário-família e o auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; a pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o valor de um salário mínimo – (isso na lei antiga). Na norma mais atual, a Lei complementar poderá disciplinar a cobertura de benefícios não programados, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo Regime Geral de Previdência Social e pelo Setor Privado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº103, 2019).

5 PREVIDÊNCIA SOCIAL

O instituto, no seu regime geral de previdência social, somente receberá benefício quem estiver a ela filiado e comprovar que contribuiu financeiramente, observados os critérios previstos na Constituição Federal de 1988 e Lei 8.213/91 e outros Decretos-Lei.

5.1 Previdência Social Pública

A seguridade social está organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória (art. 201, CF/88):

> Em outras palavras, pelo regime geral de previdência social, somente receberá benefício quem estiver a ela filiado e comprovar que contribuiu financeiramente, observados os critérios previstos na Constituição e na legislação específica. (FACHIN, 2015, p. 19).

Em tempos atuais, ainda há pessoas que não entendem da contribuição previdenciária, fazendo confusão no momento de sua solicitação de aposentadoria, para

isso, devem ser observados os critérios dos dispositivos legais da Reforma da Previdência Social Emenda Constitucional 103/2019.

5.2 Previdência Privada

Admitida pela Constituição Federal, tem caráter complementar e é organizada de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social.

> A Matéria foi disciplinada pela Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001, que faculta a atuação de entidades de previdência complementar abertas e fechadas. Apesar de ficar admitida a participação de empresas privadas, a mencionada Lei Complementar prevê a atuação do Estado para: a) formular a política de previdência complementar; b) disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro; c) determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades; d) assegurar aos participantes e assistidos e pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios; e) fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; f) proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios (art. 3.º). (FACHIN, 2015, p. 601, 602. MARTINS, 2008, p. 278).

Em caráter complementar e organizada de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, dá-se a oportunidade para todo e qualquer cidadão obtê-la, para sua assistência futura, complementar renda.

5.3 Direito à Aposentadoria

A Constituição Federal assegurava o direito à aposentadoria, pelo regime geral de previdência social, às pessoas que cumprissem as seguintes condições: a) trinta e cinco anos de contribuição, se homem, sessenta anos de idade; b) sessenta anos de idade, se mulher.

> Esse limite, no caso de aposentadoria por idade, será reduzido em cinco anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e também para os que exercem suas atividades regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal (art. 201, § 7º, Incisos I e II). (FACHIN, 2015, p. 603).

Conforme legislação anterior de 2019, observa-se que houve mudanças, quanto ao direito à Aposentadoria por Idade e Tempo de Contribuição. Podemos dizer, que, atualmente não existe mais aposentadoria por tempo de contribuição, e sim, por idade, conforme legislação atual. Concebe-se, pois, direito à aposentadoria por idade e juntamente com a contribuição, para fazer jus a integralização do salário 100% na efetivação salário-aposentadoria.

Antes, há um ano, teria o pedágio, o direito garantido, para efetivar-se ao direito de aposentadoria, em que o aposentado não recebia o valor 100%, caso optasse em efetivar sua aposentadoria por tempo de contribuição sem ter a idade completa de 65 anos para homens, e 62 anos para mulheres; teria um percentual para ser calculado, e teria o valor calculado de acordo com suas contribuições, para fins da pretendida aposentadoria.

5.4 Critério de Segurados Especiais e sua Descaracterização

A Carta Magna consagrou a igualdade entre trabalhadores urbanos e rurais dentro da Seguridade Social ao determinar a uniformidade e equivalência de benefícios e serviços. Porém, a Igualdade tem suas peculiaridades de cada categoria, nesse caso em relação aos trabalhadores rurais, conforme dita o art. 195, §8º, prevê contribuição para Seguridade Social em regime diferenciado para "produtor, parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes" – que incidirá "mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização de sua produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei". (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

No art. 11, VII, do PBPS (disposição contida no art. 12, VII, do PCSS), na redação da Lei 11.718, de 20.06.2008, define o segurado especial: a pessoa física

residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com auxílio eventual em terceiros, na condição de produtor, parceiro, meeiro, arrendatário. O Pescador artesanal ou assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida, conforme o art. 41, II, da IN 77/2015, enquadra-se na Categoria de Segurado Especial. O cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 anos de idade a este equiparado, que se enquadrem e comprovem que trabalham no grupo familiar, também se enquadra como segurado especial. Também o índio é considerado como segurado especial conforme o art. 39, §4º, da IN 77/2015, desde que reconhecido pela FUNAI. Também constituem de segurado especial todos os membros da família, pelo fato de ser paga contribuição para o custeio da seguridade social incidente sobre o produto da comercialização da produção, ainda a que se refere os membros do grupo familiar, no sentido da Jurisprudência do STJ:

> (...) 2. O Regime de economia familiar que dá direito ao segurado especial de se aposentar, independentemente do recolhimento de contribuições, é a atividade desempenhada em família, com o trabalho indispensável de seus membros para a sua subsistência. O segurado especial, para ter o direito a essa aposentadoria, deve exercer um único trabalho, de cultivo da terra em que mora, juntamente com o seu cônjuge e ou com seus filhos, produzindo para o sustento da família. 3. Enquadramento da autora no conceito dado pelo Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 5.889/73, regulamentado pelo Decreto 73.626/74, segundo o qual trabalhador rural é toda a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviço de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário (...); (3º Seção, AR 199900473787, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, DJe 02.08.2010). (LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

A contratação de empregados descaracteriza o regime de economia familiar. Entretanto, a lei admite o auxílio eventual de terceiros. Para o §6º do art. 9º do RPS, o auxílio eventual de terceiros é aquele "exercido ocasionalmente, em condições de mútua colaboração, não existindo subordinação nem remuneração". Segundo autor, a jurisprudência abrandou a aplicação do conceito para admitir a contratação eventual de mão de obra, por exemplo, durante colheita, e esse posicionamento foi adotado pelas Leis, n. 11.718/2008 e n. 12.873/2013, passando a ser admitida a contração de empregados por prazo determinado, ou de diaristas, em épocas de safras, e que o número de contratados

não poderá ultrapassar de 120 pessoas por dia no ano civil, em períodos corridos ou intercalados ou ainda, por tempo equivalente em horas de trabalho, com uma observação de que não será computado o afastamento do contratado em gozo de auxílio-doença – art. 11, §7º, da Lei 8.213/91.(LENZA, 2021, - Biblioteca Virtual Saraiva – Fac. Mgá).

Situa-se no §8º do art. 11 da Lei n. 8.213/91, no incs. I a VI, o rol de situações em que não se descaracteriza a condição especial.

Toda regra tem exceções, e nesse caso, temos situações em que a Lei prevê a possibilidade de o segurado especial aferir outros rendimentos, sem, contudo, perder o enquadramento de segurado especial, que são as hipóteses elencadas no art. 11, §9º, I a VIII.

O rol do §§8º e 9º, do art. 11, da Lei n. 8.213/91 depende de estudos mais aprofundados nos seus incisos, para compreender e caracterizar correta adequação em caso concreto.

A Súmula 41 do TNU – Turma Nacional de Uniformização do Juizados Especiais Federais afirma: "A circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto".

De acordo com o autor, "todos os membros do grupo que trabalham em regime de economia familiar são segurados especiais, e, nessa condição, têm direito à cobertura previdenciária prevista no art. 39 da Lei n. 8.213/91, com renda mensal no valor de um salário mínimo: aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente, auxílio-reclusão e pensão por morte. O segurado especial passou a ter direito ao auxílio-acidente somente a partir da Lei n. 12.873, de 24.10.2013. A segurada especial tem direito a cobertura previdenciária de salário maternidade, com renda mensal de um salário mínimo, conforme o art. 39, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91.

O segurado especial atualmente não tem direito à aposentadoria por tempo de contribuição, porque explica-se que a contribuição do segurado especial é feita mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção rural. Para que o segurado especial rural tenha o direito de aposentadoria por tempo de contribuição, deve ingressar no Regime Geral da Previdência Social - RGPS até a Emenda

Constitucional - EC n. 103/2019, bem como demais benefícios previdenciários com renda mensal superior a um salário mínimo; o segurado especial deve ingressar no sistema previdenciário como segurado contribuinte individual ou facultativo e pagar contribuição previdenciária na forma prevista no Plano de Custeio (39, II). Essas hipóteses estão previstas no art. 200, §2º, do RPS, na redação dada pelo Decreto n. 6.042, de 12.02.2007, e a regra vale também para aqueles que ingressarem no Regime Geral da Previdência Social - RGPS a partir da EC n. 103/2019 e desejarem pelo seu direito de se aposentar com requisitos cumulativos de idade e tempo de contribuição.

5.5 Reforma da Previdência da Emenda Constitucional 103/2019

Conceito dado pelo Art. 57 da Lei 8.213/91: A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

De acordo com João Batista Lazzari:

> A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição com redução do tempo necessário a inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas. (LARAZZI et al. 2014, p.719).

A aposentadoria especial, após a reforma – Emenda Constitucional 103/2019, alterou a redação do § 1º do Art. 201 da Constituição, estabelecendo a possibilidade de previsão em lei complementar, de idade e tempo de contribuição, distintos da regra geral para concessão de aposentadorias em favor dos segurados cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes: Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e

atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019). § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019). II - cuja atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

Antes da Emenda Constitucional 103/2019, não havia idade mínima para a concessão da aposentadoria especial. A Emenda Constitucional nº 103/2019 no Art. 19, § 1º e seguintes, fixou provisoriamente a idade mínima para a aposentadoria especial, a depender do tempo de exposição de 15, 20 ou 25 anos, respectivamente. Tais requisitos, devem ser disciplinados futuramente por lei complementar.

Castro e Lazzari fazem uma crítica quanto a fixação da idade:

> Entendemos que não se mostra condizente com a natureza dessa aposentadoria a exigência de idade mínima para a inativação. Isso porque esse benefício se presta a proteger o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas e sujeito a um limite máximo de tolerância com exposição nociva à saúde. (LAZZARI *et al*. 2020, p. 278-279).

De acordo com o Art. 19 da EC 103/2019, assim trata sobre a questão da idade para aposentadoria especial: § 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria: I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se

tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição.

Esse é o principal ponto da Reforma em relação à aposentadoria especial.

A regra do cálculo do salário de benefício, tanto da regra permanente quanto da regra de transição, segue a sistemática da Reforma, considerando a média aritmética simples de 100% dos salários de contribuição desde 07/1994, aplicando o coeficiente de 60% (sessenta por cento) da média do salário de benefício mais 2% para cada ano de contribuição que exceder 20 (vinte) anos de contribuição para as atividades que exigem 20 e 25 anos de contribuição e 15 (quinze) anos para as atividades que exigem 15 anos de contribuição.

Castro e Lazzari nos lembram que a fixação de idade na aposentadoria especial já ocorreu com a Lei nº 3.807/1960 e que foi revogada pela Lei nº 5.860/1973. O exemplo citado por Castro e Lazzari é convincente, quanto à necessidade de não fixação de idade neste tipo de benefício. Basta imaginar um mineiro de subsolo em frente de escavação que começa a trabalhar com 20 anos de idade e, após 15 anos de atividade, cumpre o tempo necessário para a aposentadoria. Como estará com 35 anos de idade, terá que aguardar até os 55 anos. Com mais alguns anos de trabalho, além dos 15 previstos como limite de tolerância, estará inválido ou irá a óbito, em virtude das doenças respiratórias ocupacionais, tais como asma ocupacional, pneumoconiose e pneumonia de hipersensibilidade.

A Emenda Constitucional - EC 103/2019 vedou a conversão do tempo especial em comum para períodos de trabalho após a entrada em vigor da Emenda, conforme Art. 25, § 2º da EC 103/2019: § 2º Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, sendo proibida, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data.

As regras de transição da aposentadoria especial foram fixadas no art. 21 da EC 103/2019:

> Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de:
> I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;
> II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e
> III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.
> § 1º A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se refere o **caput**. § 2º O valor da aposentadoria de que trata este artigo será apurado na forma da lei. (fonte: consulta realizado em 12.06.2021 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm).

Podemos verificar no texto do referido artigo que a Reforma da Previdência, em relação às regras de transição da aposentadoria especial, estabelece uma soma mínima de idade e tempo de contribuição, além de um tempo mínimo de trabalho com exposição a agentes nocivos à saúde.

Em síntese, a regra prevê no artigo 21 da Emenda Constitucional 103/2019, estabeleceu-se que todo segurado já filiado ao sistema da Previdência Social antes da Reforma e que exercesse atividades especiais, com exposição a agentes físicos, químicos e biológicos, não precisa cumprir a regra geral disposta no § 1º do artigo 19 da Emenda 103/2019, podendo ser contemplado com a aposentadoria especial, ou seja, não é dever, mas sim pode, quando atingir a soma resultante da sua idade, o tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição, que comprovam sua exposição.

Enquanto entre homem e mulher não existe nenhuma diferenciação, sendo exigida a mesma pontuação e o mesmo tempo de atividade especial, condiz que pode ser observado no § 1º do artigo 21 da Emenda Constitucional- EC 103/2019. Portanto, as

principais mudanças nas regras da aposentadoria especial são: a) a estipulação de idade mínima; b) a diminuição do valor da renda mensal inicial; c) a vedação, proibição de transformar tempo especial em tempo comum.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se esse artigo científico sobre os avanços históricos previdenciários no Brasil, tema que foi especificado sobre a Lei Eloy Chaves e demais conhecimentos relacionados na história do Brasil. Também foram relacionados alguns princípios para situar a base da previdência social e a sua forma de prevenção e proteção social perante aos seus beneficiários. Versou sobre tema abordado a aposentadoria especial rural e partes da aposentadoria especial com a Reforma da Previdência da Emenda Constitucional 103/2019. A relevância da legislação vigente sobre Previdência Social, mais especificamente com a Lei 8.213/91, que ilumina Direitos adquiridos pelos trabalhadores e organização do sistema de previdência social no Brasil e sua história *ab initio*, princípios e conceitos, modelos de previdências sociais públicas e privados, o custeio e fonte de assistência social, considerados pelos estudos aqui realizados em livros de Curso Constitucional, livro Vade Mecum, livros de manuais de previdências sociais, site do STF, STJ, Senado e fontes on-line do âmbito jurídico. Dessa forma, compôs o conhecimento exposto e está plasmado no trabalho de projeto de Artigo Científico de Conclusão de Curso de Bacharel em Direito 2021.

REFERÊNCIAS

A ORIGEM da palavra aposentadoria e o que significa o termo. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Aposentadoria>. Acesso em: 28 fev. 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI. João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 5. Apud RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**, 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI. João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 5. Apud RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**, 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 18.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015 Apud MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015 Apud MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015 Apud MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 601 a 602 Apud MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.278.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 603 Apud JÚNIOR, Miguel Horvath. Direito Previdenciário. 8. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.123.

SZABÓ, Júnior, Adalberto Mohai - **Manual de Segurança, higiene e medicina do trabalho,** – 9. Ed. –São Paulo: Rideel, 2015.

SZABÓ, Júnior, Adalberto Mohai - Manual de Segurança, higiene e medicina do trabalho. – 9. Ed. –São Paulo: Rideel, 2015., p.881 “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

SZABÓ, Júnior, Adalberto Mohai - Manual de Segurança, higiene e medicina do trabalho. – 9. Ed. –São Paulo: Rideel, 2015, p.880.

LENZA, P.; SANTOS, M. F.D. **Direito previdenciário**. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LENZA, P.; SANTOS, M. F.D. **Direito previdenciário**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11351139/artigo-48-da-lei-n-8213-de-24-de-julho-de-1991>. Acesso em 26 de set 2017.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

HERANÇA DIGITAL: DIREITOS SUCESSÓRIOS VIRTUAIS

Bianca de Jesus Lobianco Ciufi
Paulo Roberto Monteiro do Prado

RESUMO
O artigo concerne a pesquisa da Herança Digital, explanando sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro. Por ser um assunto novo não existe uma lei sobre o tópico abordado, o que existe são jurisprudências e discussões doutrinárias, porém, é um conteúdo que se encaixa perfeitamente aos moldes atuais e necessita de discussão para que mais pessoas tenham conhecimento a cerca da herança virtual. A demanda de inventários e testamentos relacionados a bens virtuais está em uma escala ainda maior em vista da expansão da tecnologia e a transferência patrimonial inserida nela. Sendo assim, neste artigo abordar-se-á as possibilidades de a jurisdição reconhecer a sucessão digital e entender como ocorre o armazenamento desses bens.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito. 2. Herança Digital. 3. Acervo Digital. 4. Bens Virtuais.

ABSTRACT
This article refers to the study of digital inheritance, explaining its implementation on the Brazilian legal order. As it is a recent subject there is no specific legislation on the topic, what exists are jurisprudence and doctrinal discussions, however, it is a content that fits perfectly with the current molds and needs to be discussed so that more people will have knowledge of the virtual inheritance. The demand for inventories and wills related to virtual assets is on an increasing scale in view of the expansion of technology and the patrimonial transmission inserted in it. Therefore, this article will address the possibilities for the jurisdiction to recognize the digital succession and understand how these assets are stored.

KEY-WORDS: Law; Digital Inheritance; Digital Estate; Virtual Assets.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo acadêmico busca discutir a cerca da Sucessão na era digital, muitos falam sobre a herança e como acontece sua partilha, mas poucos relatam a herança no que concerne ao patrimônio deixado na internet, suas características e como pode ocorrer um inventário ou testamento neste ramo.

O artigo em questão visa também esclarecer como se procede ao *post mortem*

em redes sociais e quais ferramentas se usam para lidar com este momento de dor dos familiares.

Há algumas décadas notamos a modificação do computador e da internet, muitas pessoas trabalham com a internet e as mídias sociais, em músicas autorais, livros digitais, criadores de conteúdos, blogueiros, youtubers, entre outras formas, esses acervos digitais possuem um valor, o que estaremos tentando analisar é como ocorre a transmissão desses bens e dados digitais gerados pelas pessoas que faleceram aos seus familiares.

Se tem muito a discutir e neste mundo globalizado, que muda e surgem coisas novas a cada segundo, o intuito aqui é esclarecer os pontos principais e as dúvidas que esse assunto gera.

É importante ressaltar que não possuímos nenhuma legislação na lei a cerca patrimônio digital, o que temos é apenas artigos que buscam pesquisar mais afundo o assunto e doutrinas de alguns autores no Direito, será com este material que irá ser elaborado este trabalho acadêmico, além de algumas propostas Lei que tramitam no Congresso Nacional.

O trabalho será repartido em quatro capítulos e suas subdivisões. Primeiramente vamos discutir o básico para o conhecimento do conceito de herança, sucessão e o direito digital, além das modalidades de sucessões previstas no Código Civil, o próximo capítulo irá abordar o assunto principal: a herança digital, além dos direitos da personalidade pós-morte, e por ultimo iremos passar pelo código civil e pelos planos de lei que transitam no Congresso Nacional.

2 DIREITO DAS SUCESSÕES

A sucessão é a oportunidade de transferir a propriedade de direitos e obrigações de uma pessoa para outra. Como veremos, pode ocorrer entre pessoas vivas ou, uma vez que ocorre o falecimento de um indivíduo, esta última que é definida quando o cérebro, o sistema circulatório e a atividade respiratória estão paralisados.

O Autor Flávio Tartuce define que "[...] a palavra sucessão significa transmissão, o que pode decorrer de ato *inter vivos* ou *mortis causa* [...]" (TARTUCE, 2017, p.15) e

conceitua o Direito da Sucessão como:

> [...] o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido. (TARTUCE, 2017, p.16).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves "A palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens [...]" (GONÇALVES, 2012, p.15).

Para o autor Sílvio de Salvo Venosa existem dois tipos de sucessões:

> Quando, pela morte, é transmitida uma universalidade, ou seja, a totalidade de um patrimônio, dá-se a sucessão hereditária, tem-se a herança, que é uma universalidade, pouco importando o número de herdeiros a que seja atribuída. A sucessão a título singular, no direito hereditário, ocorre, por via do testamento, quando o testador, nesse ato de última vontade, aquinhoa uma pessoa com um bem certo e determinado de seu patrimônio, um legado. Cria, assim, a figura do legatário o titular do direito, e o legado, o objeto da instituição feita no testamento (VENOSA, 2013, p. 2).

O termo Sucessão é usado de forma restrita, pois nele ocorre a transmissão das propriedades devido à morte de alguém, e isso se reflete nos regulamentos que regem a transmissão desses bens (CANDIL, 2006, p.72).

Na ocasião da morte ocorre a transmissão dos bens do falecido, esse momento é regido pelo princípio da *saisine*, que consiste na cessão desses bens no exato momento do falecimento autor do patrimônio, portanto, seus bens, seus direitos e obrigações serão transferidos para os herdeiros quando ocorrer sua morte (CANDIL, 2006, p.72).

Desta forma, podemos compreender sucintamente o que significa sucessão no Direito Civil e os princípios básicos do instituto, podendo assim seguirmos adiante para chegarmos na esfera da herança.

2.1 Conceitos

2.1.1 Herança

Herança se refere à integração de bens materiais, direitos e obrigações que são

repassados logo após a morte de alguém.

A herança pode ser dada pela sucessão testamentária ou, ainda, por sucessão legitima.

Apesar de muitos confundirem a herança e a sucessão e trata-las como sinônimos elas são especialmente distintas, a herança é um complexo de direitos e deveres transmitidos devido à morte de alguém, para uma ou mais pessoas que sucedem o falecido, já a sucessão refere-se à atividade de herança, que pode ocorrer entre os vivos ou por razão da morte (VENOSA, 2013, p.6).

Na acepção de Marco Aurélio Mendes Lima além dos direitos e obrigações, os direitos de herança referem-se a uma série de propriedades materiais. Esses direitos e deveres serão transferidos do *de cujus* para um ou mais indivíduos denominados herdeiros. Essa transferência pode ocorrer por vontade do falecido, chamada de sucessão testamentária, ou em decorrência da lei, onde se respeita o rito da vocação hereditária (LIMA, 2016, p.29).

Na lição de Tartuce a herança pode ser contextualizada como um "[...] conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do *de cujus"* (TARTUCE, 2017, p.16). Já *de cujus* relaciona-se ao morto de quem se trata a herança e a sucessão, e ainda o espólio significa o montante dos direitos e obrigações atinentes ao falecido (VENOSA, 2013, p.7).

A herança é um direito fundamental e está previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5°, XXX, que discorre da seguinte forma:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXX - é garantido o direito de herança.

Tartuce destaca o seguinte trecho de um julgado do STJ, do ano de 2013, a respeito da herança:

> Enquanto não realizada a partilha, o acervo hereditário – espólio – responde pelas dívidas do falecido (art. 597 do CPC) e, para tanto, a lei lhe confere capacidade para ser parte (art. 12, V, do CPC). Acerca da capacidade para estar em juízo, de acordo com o art. 12, V, do CPC, o espólio é representado, ativa e passivamente, pelo inventariante. No

> entanto, até que o inventariante preste o devido compromisso, tal representação far-se-á pelo administrador provisório, consoante determinam os arts. 985 e 986 do CPC. O espólio tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação de execução, que poderia ser ajuizada em face do autor da herança, acaso estivesse vivo, e será representado pelo administrador provisório da herança, na hipótese de não haver inventariante compromissado.

Em uma última analise, há de ser comentada na herança a diferença entre ela e o legado, e, em consequência, entre o herdeiro e o legatário.

O legado é um ou vários bens definidos, já especificados no testamento, sendo este o único meio de ocorrer à sucessão ao legatário. O legatário irá suceder em título singular e, excluindo expressa disposição da pessoa que atestar, não irá responder pelo pagamento das dividas deixada por este, diferenciando do herdeiro que responderá até o montante da sua herança, independentemente de alegação expressa do testador (VENOSA, 2013, p.26).

Conforme o ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa "No testamento poderão coexistir instituições de herdeiros e legatários. O testador poderá deixar 1/3 de sua herança a Fulano e o imóvel da Rua X a Beltrano, existindo aí um herdeiro e um legatário, respetivamente" (VENOSA, 2013, p.26).

Desta forma conceituamos o instituto da herança, e com isso podemos entender um pouco mais suas diferenças em relação à sucessão, para assim compreendermos a temática principal á cerca da herança digital.

2.1.2 Direito digital

A cada momento estão sendo transmitidas bilhares de informações na internet, a rede de internet é rápida e a todo instante ocorre várias transações simultaneamente. Aposto que você ou alguém que você conhece faz compras pela internet e, inclusive, paga seus débitos e contas digitalmente, isso é o avanço que a tecnologia nos trouxe, mas para tudo isso funcionar precisamos de segurança e regras, por essa razão existe o direito digital, com o objetivo de nos auxiliar nesta digitalização.

O marco da Internet no nosso país se deu em 1995, e desde então há uma enorme quantidade de usuários e em consequência, mudando os hábitos dos brasileiros, várias

transferências e transações são efetuadas pelo comércio eletrônico (LIMA, 2016, p.36) .

Segundo a ONU (Organização das Nações Unidas) o acesso à internet é um direito fundamental, e não é tolerável um país não investir em tecnologia e, ainda, bloquear a comunicação com a rede mundial de internet (LIMA, 2016, p.31).

No Brasil, a Lei 12.965 de 2014 estipula os direitos à internet no território nacional, e conforme dispõe o art. 7° "acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania [...]". Esta lei, do marco civil na internet, constitui os princípios, dever e garantias para o uso da internet no Brasil.

Mário Antonio Lobato de Paiva (2002) conceitua direito digital como:

> Direito Digital ou Direito Informático é o conjunto de normas e instituições jurídicas que pretendem regular aquele uso dos sistemas de computador - como meio e como fim - que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do *software*; o comércio eletrônico e as relações humanas estabelecidas via *Internet.*

O direito digital existe pela necessidade a jurisdição tem de acompanhar a sociedade, por isso existem algumas leis e muitas discussões sobre os direitos e deveres na internet, e quais as suas possibilidades.

Além de englobar todas as matérias do Direito, sejam elas direito penal, administrativo, civil, constitucional, internacional e etc; e entre as características principais dentro do conteúdo do direito digital estão a celeridade, autorregulamentação, uso generalizado do direito corriqueiro, a escassez de legislação que abordam o assunto, entre outras (LIMA, 2013, p.22).

Em que pese todo o exposto, o direito digital é necessário por apresentar respostas às perguntas de muitos que trabalham e convivem com essa tecnologia, além de garantir a segurança jurídica em contratos, trabalhos, até mesmo em uma simples navegação no dia a dia.

2.2 Modalidades de Sucessão

Existem duas modalidades na sucessão: Legitima e a Testamentária, estas espécies de sucessões estão dispostas no art. 1786 do atual Código Civil. Nas linhas do

artigo em questão está descrito que “A sucessão dar-se-á por lei ou por disposição de última vontade”, sendo aquela a sucessão legitima e a última a sucessão testamentária.

Em breves palavras, podemos descrever a sucessão legitima como aquela que se origina da lei, e que profere a ordem da vocação hereditária. Nessa modalidade se considera a vontade do morto por inexistir um testamento (TARTUCE, 2017, p.19).

No tocante a sucessão testamentária, ela advém do último desejo do falecido por testamento, codicilo ou legado, sendo estes os utensílios para a realização de deixar expressos seus últimos desejos. O professor Tartuce explana que em relação a esta modalidade de sucessão “Deve-se adiantar que, no Brasil, não há uma tradição testamentária […]” (TARTUCE, 2017, p.19).

Dando mais profundidade ao tema, a seguir iremos abordar as duas variantes da sucessão.

2.2.1 Sucessão Legítima

A Sucessão Legitima ocorre em decorrência da lei, sem a expressa vontade do *de cujus*, ou seja, sem nenhum testamento, dessa forma esse tipo de sucessão acontece conforme as diretrizes da lei de sucessão, seguindo a linha de herdeiros necessários.

Conforme o art. 1.788 do Código Civil (2002) “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Desta forma, falecendo a pessoa sem deixar testamento (*ab intestato*), a herança será transmitida por ordem de vocação hereditária aos herdeiros legítimos, indicados pelo art. 1.829 do Código Civil de 2002. Destarte, por não deixar testamento, a sucessão legitima constitui-se na vontade presumida do *de cujus* de que seja transmitida a sua herança conforme o a indicação da lei (GONÇALVES, 2017, p.472-475).

É considerável entender as raízes dessa modalidade de sucessão, que vem desde a Roma antiga:

> Saliente-se que, em Roma, pelo sistema das XII Tábuas, havia plena liberdade de testar do pater familias. No entanto, se ele falecesse sem testamento, a sucessão seria devolvida a três classes de herdeiros: a) sui, que eram os filhos sob o pátrio poder, a mulher desses filhos e outros parentes sujeitos ao de cujus; b) agnati, as pessoas sob esse mesmo poder ou que se sujeitavam a ele, se o pater familias não estivesse morto; e c) gentiles, os membros da mesma gens. Posteriormente, o direito justinianeu estabeleceu que a sucessão legítima passasse a ser fundada unicamente no parentesco natural, com a seguinte ordem de vocação hereditária: a) descendentes; b) ascendentes, com irmãos bilaterais; c) irmãos consanguíneos ou uterinos; d) outros parentes colaterais. Como se constata, a última ordem influenciou as codificações privadas, notadamente o Código Civil de 1916 (TARTUCE, 2017, p.3-4).

Tartuce aduz ainda, que "[...] a sucessão legítima é aquela que decorre de imposição da norma jurídica, uma vez que o legislador presume a vontade do morto, ao trazer a ordem de vocação hereditária que deve ser observada no caso de seu falecimento sem testamento" (TARTUCE, 2017, p.92).

Já na ideia de Orlando Gomes, em que pese as generalidades da sucessão legitima:

> A sucessão *ab intestato* deriva imediatamente da lei, ao contrário da sucessão testamentária que resulta, consoante permissão legal, de uma disposição de última vontade, denominada testamento. Por ter na lei sua fonte imediata, chama-se sucessão legítima ou, também, sucessão legal. Ocorre quando o falecido não houver disposto, no todo ou em parte, dos bens, em testamento válido, ou quando não pode dispor de parte desses bens por ter herdeiros necessários. Na segunda hipótese, dá-se inevitavelmente. Denomina-se sucessão legitimaria (GOMES, 2012, p.39).

A sucessão legitima sempre foi a mais usufruída no Brasil, por não termos o a tradição de elaborar testamentos, sendo a mais utilizada pela nossa cultura e o costume da nossa população (GONÇALVES, 2012, p.30).

A sucessão legitima pode ocorrer nas seguintes hipóteses: o autor da herança tem herdeiros, e estes fazem jus ao recolhimento desses bens; o testador não dispõe de todos os seus bens; o testamento caduca ou quando o testamento é declarado inválido (GOMES, 2012, p.39).

Não obstante tenha sido feito um testamento, todavia, se este caducar ou for

classificado como nulo, ainda assim será legitima a sucessão, como descreve o art. 1788 do Código Civil. O testamento poderá vir a caducar, sendo ineficaz por falta do beneficiado que foi designado pelo testador ou mesmo por falta dos bens postos no testamento, além da revogação do testament (GOMES, 2012, p.31).

Ademais, a sucessão poderá ser concomitantemente legitima e testamentária, visto que, quando o testamento não abordar completamente todos os bens do falecido, o não abrangido será passado aos herdeiros legítimos, conforme disposto no art. 1.788 do Código Civil (GOMES, 2012, p.31).

Dessarte, conseguimos entender melhor como se dá a sucessão legitima, abordando-se os principais tópicos dessa modalidade, a seguir iremos discutir a segunda categoria, a sucessão testamentária.

.

2.2.2 Sucessão Testamentária

Consoante o art. 1.850 do Código Civil (2002), se não houver herdeiros necessários será absoluta a liberdade de testar, podendo, ainda, afastar do testamento os herdeiros colaterais. Neste seguimento o art. 1.789, também do Código Civil (2002), determina que: Assim sendo, o testador poderá deliberar, se esta for sua vontade, de metade da herança para testar como quiser, porém, a outra metade de seu espólio deverá ser designada para os herdeiros necessários.

Seguindo o histórico do testamento, Tartuce (2017) expõe que:

> De início, do Direito Romano, cabe trazer a lume a ideia de Ulpiano, para quem *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, solemniter factum, ut post mortem nostram valeat*, ou seja, o testamento é o testemunho justo de nossa mente, feito na forma solene para que valha depois de nossa morte. Como ressalta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que traz esse conceito em sua obra, o sistema romano já reconhecia formas normais e especiais de testamento, destacando-se, entre as últimas, os testamentos realizados nos meios rurais, os celebrados em tempos de peste, os de pais para filhos, o do cego, o do analfabeto e o do surdo-mudo.

Para Orlando Gomes na sucessão testamentária "[…] o testador regula, em ato unilateral, a distribuição dos seus bens, conforme sua própria vontade. Na sucessão

pactícia, modifica, por ato bilateral, as regras legais relativas à sua sucessão" (GOMES, 2012, p.90).

O testamento corresponde á autonomia da vontade privada do testador "testatiomentis" que significa a atestação da vontade, e além de exprimir à vontade tem-se a liberalidade de manifestações pessoais do autor do testamento, por exemplo, como quer ser enterrado, o que quer que faça com seus bens, não somente indicando quais as pessoas deveram possui-los (TARTUCE, 2017, p.211).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves "A sucessão testamentária dá-se por disposição de última vontade [...]." e diz ainda que "havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais, e o testador só poderá dispor livremente da metade [...]" (GONÇALVES, 2017, p.975) .

Já para Maria Helena Diniz o testamento é "o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, caput), do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações" (TARTUCE, 2017, p.212. apud DINIZ, 2007. p.175).

Aduz Flávio Tartuce que "[...] não há qualquer vedação para que o testamento traga como conteúdos questões relativas aos projetos de vida dos sucessores, aos caminhos a serem escolhidos pelos filhos no futuro [...]" (TARTUCE, 2017, p.211).

Igualmente, o jurista Jones Figueirêdo esclarece que:

> De efeito, a par da curadoria de dados dos usuários da internet, com a manutenção de perfis de pessoas falecidas, a serviço da memória digital, como já tem sido exercitada o instituto do testamento afetivo, notadamente no plano da curadoria de memórias da afeição, apresenta-se, agora, não apenas como uma outra inovação jurídica, pelo viés tecnológico [...] (TARTUCE, 2017, p.212. apud ALVES).

São quatro os pressupostos para que haja a sucessão testamentária: uma pessoa que seja capaz de dispor dos seus patrimônios depois da morte; pessoa capaz de recebê-los; declaração seu desejo na forma exigida em lei e por último a observância dos limites ao poder de dispor (GOMES, 2012, p.94).

Isto posto, encerramos a discussão a cerca das duas modalidades sucessórias, a sucessão legitima e testamentária, abarcando-se os principais pontos para o entendimento deste conteúdo.

3. HERANÇA DIGITAL

3.1 Aspectos Gerais

O debate a respeito da herança digital tem se dado muito recentemente, pelo fator da modernidade da tecnologia e, desde então, tem sido discutido quais seriam as definições dadas aos acervos das propriedades digitais do falecido e como ficariam suas proteções.

Ante essa evolução da tecnologia, esta que até nossos avós estão ingressando, onde passamos horas e horas na frente de um computador ou celular, o convívio social tem se tornado cada vez mais digital e menos pessoal.

Desta forma, como há muito conteúdo incluso neste meio, o acervo digital está cada vez maior, pois a cada dia precisa-se de mais e mais conteúdo para entreter os usuários.

No campo Jurídico a herança digital é o patrimônio virtual deixado por alguém que faleceu, podendo ser esse patrimônio bens imateriais como redes, sites, e qualquer conteúdo criado por essa pessoa enquanto estava vivo (MAURER, 2019).

No direito, a herança digital tem por objetivo proporcionar que as informações privadas das contas e dos conteúdos criados pelo *de cujus* sejam protegidos e entregue aos entes da família, que os tem direito (MAURER, 2019).

Em que pese a quantidade de pessoas que trabalham com a internet, que seja criando conteúdos, digitalizando músicas, livros, entre outras coisas, há uma gama de dinheiro que entra e sai dessa rede, sendo muitas dessas pessoas dependentes dessa forma de trabalho e com isso acumulando muito dinheiro.

Nesse sentido, parte dos doutrinadores acordam que a melhor forma de resolver essa condição, no momento *post mortem*, é que seja feito previamente um testamento pelo proprietário desses bens digitais, esclarecendo quais seriam suas últimas vontades. Na situação em que não exista o testamento, há discussões que pese em que a inclusão dos bens digitais estão rol de património no art. 1.788 do Código Civil (NASCIMENTO, 2017).

Há de se validar que a legislação não se especifica em relação a cessão da herança de bens digitais, a maioria das vezes a possibilidade dessa transmissão, em caso do falecimento do proprietário desses bens será regulada pelos termos de uso (ALMEIDA, 2019, p.39).

De acordo com Juliana E. de Almeida podemos ver que "o entendimento doutrinário no sentido de que as horas passadas em jogos virtuais e os bens digitais decorrentes disso 'gold-farming' possuem valor comercial e, a despeito do estipulado nos termos de uso, poderiam ser cedidos" (ALMEIDA, 2019, p.39).

ALMEIDA (2019) conceitua bens digitais como:

> […] bens imateriais, alguns apreciáveis economicamente e outros sem conteúdo econômico a depender da relação jurídica a qual se refere, explica-se. Um e-book trata-se de um bem digital com conteúdo econômico, portanto um bem jurídico apreciável economicamente. Os dados de um usuário em uma rede social, para este, tratam-se de um bem digital sem conteúdo econômico – bem jurídico imaterial sem apreciação econômica, pois ligado a faceta da pessoalidade daquele usuário. Contudo, pode-se afirmar que o conjunto de informações extraídas dos vários perfis de redes sociais, para o provedor, trata-se de um bem digital com conteúdo econômico – bem jurídico imaterial com apreciação econômica, visto que pode ser usado para traçar perfis de consumidores, ou até mesmo ser cedido de forma onerosa a terceiros se previsto em termos de uso de serviço.

Em suma, o patrimônio digital pode ser examinado como a união de direitos e deveres de uma pessoa, suscetível à valorização econômica e guardados em suporte digital (LIMA, 2016, p.60).

Conforme Maria Helena Diniz "bens são coisas, porém nem todas as coisas são bens […]" e continua "[…] as coisas abrangem tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como 'bens' só se consideram as coisas existentes que proporcionam ao homem uma utilidade, sendo suscetíveis de apropriação […]" (DINIZ, 2012).

Já de uma forma mais objetiva, Agostinho Alvim esclarece que bens são coisas materiais ou imateriais, e que precisam ter valor econômico, sendo possível servir como objeto em uma relação jurídica (NASCIMENTO, 2017, p 37, apud ALVIM, p.13)

Quanto a materialidade, os bens digitais devem ser classificados como incorpóreos, já em relação a mobilidade, esses bens são concebidos como bens móveis,

já que eles podem se movimentar pela web (NASCIMENTO, 2017, p 37, apud ALVIM, p.61).

Seguindo a linha de raciocínio dos conceitos que abrangem a herança digital, existem os ativos digitais, que são todos os tipos de mídias ou textos que foram editados dentro de uma codificação binária e que permite-se usá-lo, desta forma apenas os acervos digitais que possuem direito de uso são classificados como ativos digitais, como, por exemplo, livros, musicas ou filmes adquiridos pela internet (TOYGAR; TAIPE; ZHU, 2013, p.113-119).

Em relação a sucessão *causa mortis* dos ativos digitais, os seus direitos de usufruto acabam assim que termina a vida do contratante, desta forma não pode ser passado a terceiros. Sendo assim, essa herança digitalmente obtida não pode ser repassada mesmo existindo a expressa vontade por parte do adquirente desses bens. Quando é comprado esses bens, os termos aceitos por parte da pessoa que contratou e estando de acordo com os termos e políticas da empresa, ficam proibidas de repassá-los (LIMA, 2016, p.62. apud SILVIA, 2014, p.52).

Sobre os bens de natureza afetiva Nascimento (2017) alega que:

> Segundo alguns juristas, não possuem valorização econômica – apenas apresentam caráter afetivo e sem valor pecuniário - portanto, não podem ser objeto do direito das sucessões, uma vez que, se assim fosse possível, ocorreria uma invasão à seara íntima do autor, sob pena de afronta ao princípio da intimidade […]. Tais bens de caráter meramente afetivo, como fotos, contas de email, perfis em redes sociais entre outros do mesmo gêneros, estariam no rol dos direitos personalíssimos do *de cujus,* como direito à intimidade e direito a vida privada.

Com isso finalizamos as noções gerais da herança digital, neste contexto vimos os principais pontos deste tópico, tais como que a transmissão deste tipo de herança só se da se o bem for suscetível a valor econômico, e que esses bens deverão ser incorpóreos e móveis, além de abarcar o instituto dos ativos digitais.

Isto posto, há de se analisar e buscar entender como funciona o gerenciamento desses acervos digitais.

3.2 Gerenciamento de acervo digital

Hoje em dia há diversas formas e empresas que fornecem segurança para o

gerenciamento de bens digitais, tanto para pessoas que só querem proteger suas senhas, contas, e bens como para pessoas que pensam no futuro e queira proteger esses dados mesmo após a morte.

Desta forma, neste tópico iremos abordar como esse gerenciamento ocorre e como é o seu processo, sendo que este não diz respeito a relação testamentária, sendo esta feita de forma expressa e registrada conforme a lei brasileira, e sim apenas com a relação contratual do usuário.

Um dos gerenciadores mais famosos é o Legacy Locker, o seu serviço oferece o gerenciamento e seguranças de senhas e o gerenciamento de várias contas de serviços na internet para quando ocorrer o falecimento do usuário. Esse gerenciador ainda permite que seja nomeado um herdeiro para que, ocorrido a morte do proprietário, tenha acesso as senhas e contas do falecido (ALMEIDA, 2017, p.59).

Como este há vários, existe também o gerenciador sueco chamado Securesafe, ele mantém a segurança de senhas e, ainda, tem a possibilidade de armazenar na nuvem, guardando o gerenciamento dos dados e documentos digitais após o falecimento (ALMEIDA, 2017, p.60).

Nas palavras de Juliana Evangelista de Almeida (2017):

> No Brasil, ainda não se tem registro de serviços semelhantes. Contudo, há que se entender que tais serviços não podem ser considerados como uma forma de testamento. Isso porque esses provedores não podem ser considerados como tabeliões, já que, conforme a Constituição Federal – artigo 236 –, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Ainda, não se trata de realização de testamento particular, isso porque o testamento é negócio jurídico unilateral e requer a observação de requisitos para a sua validade. Assim, ainda que se possa admitir a existência de um testamento particular em meio eletrônico, já que o ordenamento jurídico reconhece a validade dos documentos eletrônicos, necessária se faz a observância de seus requisitos legais, quais sejam, assinatura do testador e conhecimento do teor e assinatura de três testemunhas, além de não conter no documento rasuras ou espaços em branco.

Outros serviços mais usuais da internet também dão suportes e ferramentas para que os utilizadores escolham qual vai ser o caminho que seus bens digitais vão seguir após sua morte. O exemplo perfeito para nós que utilizamos muito é o Google. Ele dá aos seus usuários a oportunidade de gerenciar os dados do utilizador da conta quando ocorrer

sua morte ou em caso de incapacidade (ALMEIDA, 2019, p.62).

Neste caso o Google torna possível que familiares façam download dos dados de todos os serviços prestados pelo Google em que o falecido for usurário (ALMEIDA, 2019, p.62).

O Google In desde 2003 estabelece o gerenciamento de contas inativas, segundo o próprio site você pode escolher que seus dados possam ser excluídos depois de três, seis, nove meses ou até um ano de inatividade, ou se quiser poderá escolher contatos para receber os dados dos serviços ofertados pelo Google (NASCIMENTO, 2017, p.42).

Por este ponto de vista o Facebook, também muito conhecido por nós, possui ferramenta para que o usuário escolha o contato do herdeiro para que este faça o gerenciamento de sua conta após a sua morte, sendo possível que este herdeiro torne a conta do usuário um memorial ou que a exclua (ALMEIDA, 2019, p.62).

Dessarte, há outras milhares de formas de gerenciar um perfil, uma conta, bens digitais, e tudo mais que você pode imaginar na internet, tendo uma amplitude para que a vontade da pessoa falecida seja feita mesmo não sendo no mundo material e físico.

Com isso, podemos compreender um pouco como toda essa questão pode funcionar na forma mais simples possível, incluindo até mesmo redes sociais e serviços que utilizamos no dia a dia.

4. HERANÇA DIGITAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE

O direito da personalidade possui a finalidade de resguardar o bem jurídico mais importante para o ser humano, a sua honra, a sua moral pessoal, neste capítulo iremos discutir se, após a morte, o falecido ainda possui o seu direito da personalidade, ou se ele se extingue junto com a sua vida e como isso tem relação com o direito digital e a herança.

A conservação dos acervos e dados digitais na internet após o falecimento do usuário, pode ser definida por propostas organizadas que considerem a vontade do usuário, que poderá escolher pela continuidade da sua vida digital ou pela total exclusão de sua conta. Essa vontade pode ser declarada na própria configuração do site que o usuário utiliza (BERTASSO, 2015. Apud MACIEL, 2011, p.34-35 e 48).

Na óptica afetiva, de acordo com Riechers, as memórias digitais apresentam-se como uma forma de reduzir o vazio que a morte causa. A tecnologia trás a possibilidade de rever vídeos, fotografias, e outras memórias da pessoa falecida, "A tecnologia fornece também as ferramentas necessárias para se criar uma narrativa alternativa da morte, na qual a pessoa falecida não é totalmente removida do mundo real" (BERTASSO, 2015. Apud RIECHERS, 2013, p.34)

Pelo panorama jurídico, as memórias trazidas também podem ser apreciadas pelo direito das sucessões, que possui a finalidade, com a ocorrência da morte, de mudar a titularidade de um bem de uma pessoa para outra, para proteger a propriedade privada (BERTASSO, 2015. Apud LIMA, 2014).

O direito da personalidade é compreendido como particularidades da pessoa humana protegidos pelo Direito. Dessarte, com a morte ocorre o fim da personalidade e dessa proteção (ALMEIDA, 2019, p.77).

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro há três teorias que ele considera como as mais pertinentes.

A primeira teoria é a teoria do prolongamento da personalidade, ela pondera que a morte não elimina totalmente a personalidade, alguns aspectos prorrogam a personalidade mesmo depois da morte. Essa teoria não tem aplicabilidade na Lei brasileira, o art.6° do Código Civil, expressa adversamente dizendo que a personalidade da pessoa humana acaba com a morte (ALMEIDA, 2019, p.77. apud CORDEIRO, 2007, p.514).

A segunda teoria é a da memória do falecido como um bem autônomo, ela expressa que a personalidade se extingue com a morte da pessoa, mas surge um novo bem jurídico a ser protegido, que seria a memória. Esta teoria tem muitas questões que se controvertem, a primeira indagação seria quem é o titular da memória? E como captar a violação dessa memória, sendo que não há alguém a ela relacionado. Dessa forma, podemos ver que há novamente um problema com essa teoria, ela cria um bem jurídico a ser protegido, porém, novamente sem um titular (ALMEIDA, 2019, p.77. apud CORDEIRO, 2007, p.514).

A terceira e última teoria citada foi a Teoria dos direitos dos vivos, ela lida com

o juízo da tutela *post mortem* dos direitos da personalidade. Essa teoria aplica-se a defender a legitimidade para tutelar as memórias dos falecidos, e que esta passaria para os familiares, dessa forma protege-se os direitos da personalidade que o morto teria se fosse vivo. Como nas outras teorias essa também possui indagações, de quem é o titular desse direito (ALMEIDA, 2019, p.77. apud CORDEIRO, 2007, p.514).

Em suma, conseguimos entender que as teorias discutidas não conseguiram lidar com o problema da tutela da pós-morte dos direitos da personalidade.

A solução para esses conflitos encontra-se na interpretação do Código Civil Brasileiro (2002):

> Os parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil, apesar de não permitirem a transmissão de direitos de personalidade, permitem que herdeiros possam reclamar a tutela de alguns desdobramentos dos direitos de personalidade de alguém já falecido quando houver ameaça ou lesão a esse direito. Pondera-se que a personalidade é atributo da pessoa humana que existe apenas durante sua existência. Assim, com a morte não há personalidade, mas existe uma situação jurídica, dada a sua relevância, que deve ser tutelada mesmo que desprovida de um titular como se viu. Daí o permissivo dado a esses herdeiros para essa tutela.

Dessarte, podemos visualizar que o falecido não tem direito à personalidade, mas caso a família entenda que há ameaça ou lesão a honra ou direito do *de cujus*, pode haver uma situação jurídica para a sua proteção.

Um caso real em que podemos demonstrar a aplicabilidade disso é o da Jornalista Juliana Ribeiro Campo, ela faleceu em 2012.

A sua mãe, Dolores Pereira Ribeiro, entrou com uma ação contra o Facebook Brasil, ante a 1° Vara do Juizado Central de Campo grande-MS. Dolores obteve êxito após entrar na justiça para excluir o perfil de Juliana da rede social (Facebook) (NASCIMENTO, 2017, p.40).

Veja detalhes do caso na íntegra:

> O perfil no Facebook da jornalista Juliana Ribeiro Campos, de 24 anos, que morreu em maio de 2012 foi excluído e não está mais disponível para os contatos da rede social. A informação foi dada na manhã desta quinta-feira (25) pela mãe da jovem, a professora Dolores Pereira Ribeiro, 50 anos. Ela recorreu à Justiça em Mato Grosso do Sul, que

> determinou que o perfil fosse retirado […]. Em janeiro deste ano, ela entrou com uma ação contra o Facebook Brasil […]. Os documentos que comprovam os pedidos de encerramento da página foram anexados ao processo. Ação na Justiça: no dia 25 de janeiro de 2013, Dolores entrou com uma ação contra o Facebook Brasil na 1° Vara do Juizado Central de Campo Grande. Em março, a juíza Vânia de Paula Arantes decidiu, em caráter limitar, pelo cancelamento do perfil da jovem, mediante multa diária de R$500. Mesmo assim, o perfil foi mantido. Dolores comunicou o fato à justiça e, em abril, a juíza fez uma nova determinação e ordenou que um oficial de justiça notificasse a empresa a fazer o cancelamento do perfil em 48horas. O processo deve continuar tramitando em Mato Grosso do Sul, pelo menos até que a justiça seja oficialmente informada da exclusão do perfil.

Com isso compreendemos o instituto direito da personalidade *post mortem*, e como é possível fazer o uso da justiça para proteger a honra dos falecidos mesmo eles não possuindo a personalidade e a tutela de seus direitos.

5. O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS PROJETOS DE LEI

A sociedade precisa ser acompanhada pela legislação, porém isso ainda é um desafio que nem sempre consegue ser cumprido, e com a atualização constante da era digital se torna mais difícil preencher as lacunas necessárias para o acompanhamento da sociedade e atender suas demandas.

A legislação brasileira em que se pese o direito digital anda muito lentamente. Apesar de tudo o que foi exposto neste artigo, e todas as discussões doutrinárias não há uma lei especifica e muito menos dispositivos no Código de Direto Civil Brasileiro em relação a herança digital e os conteúdos que a envolve, nos tornando obrigados a encarar as lides sob o ponto de vista da interpretação da lei já existente e dos julgados.

O máximo que chegamos em se tratando de direito digital é a Lei do Marco Civil na Internet, Lei 12.965/14, trazendo em seu art.1° a definição do que se trata essa lei: “Esta lei estabelece princípios, garantias e direitos e deveres para o uso da internet no Brasil […]”.

No cenário atual que nos encontramos existiu um projeto de lei, que foi criado e apresentado por Jorginho Mello em 20 de junho de 2012 que alteraria o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil” e garante aos herdeiros

a transmissão de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais. Porém, este projeto não vingou e foi arquivado no Senado Federal pela mesa diretora no dia 30 de abril de 2019.

Nas palavras do Deputado Jorginho Mello, "O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares […] (NASCIMENTO, 2017, p,17).

Outro Projeto de Lei mais recente foi o do Deputado Elizeu Dionizio, publicado em 12 de setembro de 2017. Esse projeto de Lei nº8.562 acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Em anexo a integra da publicação de como ficaria redigido no Código Civil e, ainda, a justificação.

O Projeto de Lei mais atualizado é o do Deputado Gilberto Abramo, publicado em julho de 2020, que está em análise na Câmara dos Deputados:

> O Projeto de Lei 3050/20 inclui no Código Civil o direito de herança digital. Pelo texto, são transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos, contas e arquivos digitais do autor da herança.
> A proposta, do deputado Gilberto Abramo (Republicanos-MG), tramita na Câmara dos Deputados. Ele ressalta que, atualmente, há diversos casos no Judiciário aguardando decisões, com familiares querendo acesso a arquivos ou contas armazenadas na internet. "É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais", afirma.

Desse modo, com o constante crescimento da economia digital, afetando não só ao tocante à herança como também a proteção desses bens armazenados, há vários projetos de lei produzidos, mas sempre arquivados. Desde 2012 diversos deputados vem apresentando o mesmo projeto, resta-nos esperar para ver se esse último também não será arquivado, ou pressionar e apoiar o projeto de lei para que seja aprovado e não esquecido.

6. CONCLUSÃO

Concluímos esse artigo científico com o objetivo de apresentar e informar a temática da Herança Digital. A era digital vem trazendo muitas mudanças na sociedade, e não é surpresa que muitas pessoas vivem e produzem suas rendas por esse mecanismo.

Para podermos nos inteirar do assunto completamente precisávamos abarcar todo o conceito de sucessão e herança para enxergarmos como a digitalização do mundo também pode fazer parte disso.

Passamos muito tempo de nossas vidas conectados na rede, e o futuro só tende a nos deixar mais conectados. Os nossos antepassados se comunicavam por cartas, estas que ficavam muito tempo guardadas como lembranças e passavam até para gerações futuras, hoje em dia nossa ferramenta de comunicação mais usual é a internet, que seja e-mails, WhatsApp, Facebook e, com isso, há a necessidade de protegermos essas memórias, conversas, fotos, vídeos, e o que mais tem de tecnológico nesse meio.

Dessa forma, vemos a necessidade de discutir esse assunto, para que as pessoas que nunca pensaram nessa possibilidade ou que possui dúvidas possam tirar suas conclusões, e visionar uma futura legislação, necessária, para essa demanda que a cada dia cresce mais no judiciário.

Como apresentado, não temos uma legislação especifica sobre o tema, apenas temos a Lei do Marco Civil na Internet, mas nesta nada consta sobre a herança digital. O que temos em nossas mãos são artigos, discussões doutrinárias, jurisprudências, e a vontade de pessoas que pelo menos, minimamente, quer o seu direito e busca o judiciário.

É nítido como a legislação brasileira está atrasada nesse sentido, e não basta apenas projetos de lei, precisamos da aprovação deles para que isso tudo funcione de uma forma mais rápida possível, e não deixando nosso judiciário cada vez mais lento por não possuir uma base na lei para se tomar decisões.

Dessarte, deixo esta critica construtiva para esse tema. Em que pese todo o exposto no trabalho acadêmico conseguimos chegar na finalidade inicial de explanar todos os pontos, sendo eles positivos ou negativos, dessa temática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A TUTELA JURÍDICA DOS BENS DIGITAIS APÓS A MORTE: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital.** Belo Horizonte, 2017. p.59. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlmeidaJEv_1.pdf>.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **TESTAMENTO DIGITAL**: **como se dá a sucessão dos bens digitais** [recurso eletrônico] - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

BERTASSO, Bruno de Matos. **BENS DIGITAIS EM SERVIÇOS DE COMPUTAÇÃO EM NUVEM E O DIREITO DE SUCESSÃO**. Universidade de Brasília, Instituto de Ciências exatas Departamento de Ciência da Computação. Trabalho de Conclusão se Curso, 2015.

CANDIL, Thatiana De Arêa Leão. **A UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO.** São Paulo 2006.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

DINIZ, Maria Helena. **CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO**. V.1: teoria geral do direito civil. 29 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

GOMES, Orlando, **SUCESSÕES**. - 15. ed. rev. e atual. / por Mario Roberto Carvalho de Faria - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES**,** Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO**, volume 7: **Direito das Sucessões —** 6. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

LEI N o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estabelece%20princ%C3%ADpios,Munic%C3%ADpios%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20mat%C3%A9ria.>.

LIMA, Isabela Rocha. **HERANÇA DIGITAL: Direitos Sucessórios De Bens Armazenados Virtualmente.** Brasília, 2013, Universidade de Brasília Faculdade de Direito.

LIMA, Marco Aurélio Mendes. **HERANÇA DIGITAL: Transmissão *post mortem* de bens armazenados em ambiente virtual.** Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

MEURER, Milene Correia. **ASPECTOS JURÍDICOS DA HERANÇA DIGITAL.** Trabalho de conclusão de curso – Unicesumar, centro universitário de Maringá, Maringá-

PR, 2019.
NASCIMENTO, Thamires Oliveira**. HERANÇA DIGITAL: o direito da sucessão do acervo digital.** Trabalho de conclusão de curso – Universidade Federal de Pernambuco: Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife. Recife, 2017.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **PRIMEIRAS LINHAS EM DIREITO ELETRÔNICO.** Novembro, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3575/primeiras-linhas-em-direito-eletronico>.

PLANALTO, **LEI N°12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

PL.4099/12. Inteiro Teor: Projeto de Lei. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em 19 out. 2020

PROJETO ASSEGURA A FAMILIARES DIREITO A HERANÇA DIGITAL. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/674175-projeto-assegura-a-familiares-direito-a-heranca-digital/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%203050,tramita%20na%20C%C3%A2mara%20dos%20Deputados>.

PROJETO DE LEI N.º 8.562, DE 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BBCBEE2DF53A3304C365E9B2ECBB49CA.proposicoesWebExterno1?codteor=1604326&filename=Avulso+-PL+8562/2017>.

TARTUCE, Flávio**. DIREITO CIVIL, V. 6**: **Direito das Sucessões** – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOYGAR, Alp; ROHM, C.E. TAIPE Jr.; and ZHU, Jake (2013) **A NEW ASSET TYPE: DIGITAL ASSETS.** Journal of International Technology and Information Management: Vol. 22: n.4, p.113-119. Disponível em: <https://scholarworks.lib.csusb.edu/jitim/vol22/iss4/7>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: direito das sucessões**. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

HOMESCHOOLING: direito de escolha dos pais

Isabela Salmazo Rodrigues[11]
Débora Goeldner Pereira Oliveira[12]

RESUMO: Neste artigo, abordar-se-ão o conceito do ensino domiciliar e as suas principais características, incluindo os impasses muitas vezes encontrados pelos pais por não possuírem leis que regulamentam tal prática**.** O presente trabalho tem por objetivo pesquisar as vertentes do *Homeschooling*, sobre o qual muitas famílias mudaram de ideia após a pandemia mundial que paralisou o sistema educacional brasileiro, fazendo com que os pais tivessem conhecimento do que se passa em sala de aula. Será feito um estudo sobre o *Homeschooling*, abordando o posicionamento brasileiro sobre o assunto. Em seguida, serão estudados os principais benefícios e malefícios para a criança, apresentando-se, ao final, o que será realizado caso a família opte por tal método. A metodologia utilizada no trabalho será a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: 1. *Homeschooling.* 2. Ensino domiciliar. 3. Criança e adolescente.

ABSTRACT: *This article will address the concept of home education and its main characteristics, including the impasses often encountered by parents because they do not have laws that regulate this practice. This work aims to research the aspects of Homeschooling, in which many families changed their minds after a global pandemic that paralyzed the Brazilian educational system, making parents aware of what is happening in the classroom. A study will be carried out on Homeschooling, addressing the Brazilian position on the subject. Then, the main benefits and harms for the child will be studied and what will be done if the family chooses this method. The methodology used in the work will be the bibliographical research.*

KEY-WORDS: 1. *Homeschooling*. 2. *Homeschooling*. 3. Child and Teenager

1 INTRODUÇÃO

No início de 2020, descobriram uma doença que abalou o mundo inteiro, chamada de Covid-19. Considerada uma pandemia, matou várias pessoas, além dos países

11 Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Maringá.
12 Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2008). Atualmente, é professora titular da Faculdade Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Metodologia da Pesquisa Jurídica, Direito de Família, em Direito Administrativo e no Núcleo de Prática Jurídica.

serem obrigados a tomarem medidas emergenciais, o que resultou no fechamento dos estabelecimentos, incluindo as escolas.

Muitos alunos ficaram um bom tempo sem aulas até escolas, professores e pais se adaptarem ao novo método. Diversos alunos possuem dificuldades financeiras e não conseguem ter um aparelho para assistir às aulas, outros possuem pais que trabalham o dia inteiro e não conseguem dar a devida atenção e ter paciência para ensinar os menores. E há aqueles casos em que os próprios alunos não dão a devida atenção às aulas por estarem no conforto de seu lar.

Por outro lado, existem as famílias que aderiram, antes mesmo da pandemia, o ensino domiciliar e, mesmo com todos esses acontecimentos, não foram afetados no que se refere à educação. Por praticarem a educação em casa, tanto com os pais quanto com professores particulares, os alunos pertencentes a esse método continuaram a ter aulas normais, não precisando de uma nova adaptação ou, no máximo, não tendo aulas presenciais.

Neste artigo, abordar-se-ão o conceito do ensino domiciliar e as suas principais característica, incluindo os impasses muitas vezes encontrados pelos pais por não possuírem leis que regulamentam tal prática.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com base nas doutrinas e artigos científicos sobre o tema.

2 DIREITO À EDUCAÇÃO E À LIBERDADE INDIVIDUAL

2.1 Direito à Educação

A educação no Brasil se iniciou no período colonial com os jesuítas e as chamadas catequeses, a fim de difundir a crença cristã entre os nativos. Apenas em 1808, Dom João VI, com sua vinda ao Brasil, fundou Academias Militares e várias outras instituições, dando início a uma nova vertente para a educação brasileira. É importante salientar que a educação está inclusa em todas as constituições brasileiras, desde a primeira, outorgada em 1824 por Dom Pedro I (BOAVENTURA, 1977).

É com base numa concepção de cidadania que a Constituição de 1824 elencava a educação primária como gratuita aos cidadãos. Dessa forma, para a sociedade da época, as mulheres, os trabalhadores rurais e urbanos não seriam considerados cidadãos, assim, não teriam direito à educação primária gratuita. Horta (1998, p. 11) argumenta:

> Estabelece-se, assim, uma relação direta entre educação e cidadania, definida esta última como garantia de direitos civis e políticos. Não há referência à educação como um direito, nem se alude ao princípio da obrigatoriedade escolar. A gratuidade será reafirmada na lei de 15 de outubro de 1827, que determina também a criação de escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos. E, em 1834, o Ato Adicional transfere para as províncias a competência de legislar sobre instrução pública e sobre estabelecimentos próprios para promovê-la.

No entanto, Araújo (2017) explica que, durante quase 300 anos da história do Brasil, as mulheres e os escravos oriundos da África não possuíam direito ao acesso à educação. Somente em 1827, surge a primeira lei sobre educação das mulheres, permitindo que elas frequentassem as escolas elementares, entretanto as instituições de ensino mais adiantado eram proibidas a elas. E, no ano de 1879, o governo autorizou a participação delas em instituições do ensino superior, mas as que seguiam eram criticadas pela sociedade.

Foi somente com a Constituição de 1934 que a educação surgiu no Brasil como direito declarado, reconhecido como gratuito e obrigatório. Fávero (1996, p. 25) cita o artigo 149, que declarava que a "educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos". Com isso, o direito à educação passa a ser protegido e a existir para o universo de cidadãos brasileiros. Cury (2013, p. 109) destaca que a "gratuidade e obrigatoriedade da escola primária se tornam, então, princípios da educação nacional".

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Capítulo II — Dos Direitos Sociais, artigo 6º, prevê que "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados" (BRASIL, 1988).

Boaventura (1997, p. 30) aponta os principais assuntos que a Constituição Federal de 1988 abordou:

> Incorporou a criança de zero a seis anos; privilegiou a creche, o ensino infantil e o fundamental; estabeleceu a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio; constitucionalizou a autonomia universitária; estabeleceu a erradicação do analfabetismo e a universalização do ensino fundamental; garantiu o ensino noturno regular; programou a assistência ao educando, prevendo material didático-escolar, transporte, alimentação e saúde; definiu o acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo; fixou conteúdos mínimos para o ensino fundamental; ressaltou a língua portuguesa e as línguas maternas dos indígenas; prescreveu os objetivos do Plano Nacional de Educação; definiu o Munícipio como sistema de ensino; promoveu a educação ambiental pelos níveis de ensino e pela conscientização pública; e previu recursos financeiros em percentuais por entes políticos constitucionais e muitas outras prescrições.

Duarte (2007, p. 697) ressalta a importância de se compreender o direito à educação como um direito de natureza social:

> Sua proteção tem, pois, uma dimensão que ultrapassa, e muito, a consideração de interesses meramente individuais. Assim, embora a educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar.

Garantir a universalização do acesso à educação seria promover a cidadania, seria tirar as vendas dos olhos do povo. Quando o indivíduo passa a exercer a sua soberania, passa a exercer a sua cidadania. Assim, passa a ser sujeito de direitos, podendo exigir do Estado o cumprimento dos direitos elencados na legislação. O acesso à educação é um desses direitos inafiançáveis em nossa legislação brasileira. Portanto, tem de ser plenamente efetivado.

2.2 Liberdade Individual

Jellinek criou a Teoria do *Status* para entender o papel do Estado em relação ao cidadão, o qual pode ser passivo, negativo positivo e ativo. O *status* passivo ou *status subiectionis* representa uma sujeição do indivíduo ao Estado; o *status* negativo ou *status libertatis* pode ser associado à primeira dimensão dos direitos fundamentais, em que se impõe ao Estado uma atitude de abstenção diante dos direitos do cidadão. No *status* positivo ou *status civitatis*, o Estado reconhece ao indivíduo "a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, garante ao indivíduo pretensões positivas"; e, no *status* ativo ou *status* da cidadania, as capacidades outorgadas ao cidadão pelo Estado, como, por exemplo, o direito de votar e ser votado, legitimam-no para participar mais ativamente do Poder (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 506).

Ao garantir o direito à educação, a Constituição da República de 1988 impôs o dever à família, à sociedade e ao Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação e à convivência comunitária, nos seguintes termos:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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).

A responsabilidade da família, do Estado e da sociedade é legitimada no artigo 205 da Constituição da República:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

O Estado brasileiro entendeu que a família, por si só, não poderá atingir esse amplo objetivo constitucional na formação de seus filhos sem a participação estatal e da sociedade no cumprimento desse dever. Assim, a obrigação da família não exclui a das outras entidades e nenhum tem prioridade sobre o outro.

Por outro lado, o artigo 208 da Constituição da República aborda a obrigatoriedade da educação básica dos quatro aos dezessete anos de idade como direito

público subjetivo e incumbe o Poder Público a zelar pela frequência na escola, como segue:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]
>
> I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
>
> [...]
> § 1o - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
>
> § 2o - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
>
> § 3o - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola (BRASIL, 1988).

Essa obrigatoriedade também está prevista no artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei no 8.069/1990: “Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” (BRASIL, 1990).

Para o caso de omissão dos pais ou responsáveis, que violem ou ameacem direitos dos menores, a exemplo da recusa de matrícula objetivando a educação domiciliar, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação de medidas protetivas (Artigo 98, inciso II; artigo 129 e artigo 249).

A educação domiciliar aparecia, em linhas gerais, na Constituição de 1937. Surgia como direito primordial dos pais e apresentava o caráter meramente colaborativo da atuação estatal. Refletia, portanto, o Estado liberal, destacando a família como ente essencial para a educação dos filhos (BERNARDES; TOMAZ, 2016).

> Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou

> suprir as deficiências e lacunas da educação particular. (Constituição Federal de 1937)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data, estabeleceu o direito à liberdade de escolha dos pais quanto à educação dos seus filhos. Em seu Artigo 26, §3, preceitua que: "os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos" (Essa liberdade representa a autonomia individual do cidadão em face do Estado-provedor.

Conclui-se que o ensino domiciliar representa um direito-dever à educação fundamental dos filhos. O desejo de uma coletividade de ela própria prover a educação de seus filhos, baseada nos valores morais, éticos, religiosos e culturais, deve ser entendido como uma maneira legitima de exercício da liberdade. Criminalizar os pais que buscaram um modelo alternativo de efetivar seu dever quanto à educação dos seus filhos constitui medida jurídica desproporcional e desarrazoada.

3 *HOMESCHOOLING*

3.1 Conceito de *Homeschooling*

Primeiramente, é necessário entender o significado da palavra. De origem inglesa, *homeschooling* significa ensino domiciliar, em que pais ou professores particulares, com materiais pedagógicos, ensinam seus filhos ou alunos na própria casa, respeitando o tempo de aprendizagem e concentração da criança.

É necessário elencar que o Brasil possui quatro espécies de ensino domiciliar, segundo o Supremo Tribunal Federal: (i) desescolarização radical, ou *unschooling* radical; (ii) desescolarização moderada, ou *unschooling* moderado; (iii) ensino domiciliar puro; (iv) *homeschooling*.

A desescolarização radical da educação considera a participação do Estado na educação de crianças e jovens como prejudicial, e a educação das crianças depende

inteiramente de seus pais. Não permite nenhum controle governamental, nem oferece qualquer forma de educação.

> No unschooling radical (desescolarização radical), parte-se da premissa de que a institucionalização da educação é prejudicial e somente aos pais é consagrado o direito de educar os filhos, sendo vedada ao Estado a instituição de escolas e currículos. Essa modalidade é contrária, inclusive, à existência de uma lei de diretrizes e bases educacionais ou de qualquer fiscalização do Poder Público (STF, 2019, on-line).

No que se refere ao aspecto moderado, reconhece-se que o Poder Público oferece educação escolar, embora entenda que cabe inteiramente aos pais a escolha da modalidade de ensino, institucional ou domiciliar, a adotar.

> A institucionalização deve ser evitada, porém não se proíbe ao Poder Público o oferecimento de educação escolar. Entretanto, exclusivamente, aos pais compete escolher pela educação institucionalizada ou pelo ensino domiciliar com plena liberdade de conteúdo e método, sem qualquer interferência estatal, vedando-se, inclusive, a supervisão estatal (STF, 2019, on-line).

Por outro lado, aqueles que adotam a educação domiciliar pura também entendem que é, antes de tudo, a família que tem obrigação da educação, a qual deve seguir as diretrizes educacionais formais, sendo aceita apenas a participação subsidiária do Estado, que será uma alternativa para os pais, caso desejarem.

> Apesar de aceitar um patamar mínimo e objetivo quanto à formação das crianças e jovens, entende que a educação é tarefa primordial da família e só subsidiariamente do Estado, cujas escolas serão utilizadas de maneira alternativa somente pelos pais que se considerarem incapazes de educar seus filhos (STF, 2019, on-line).

No *homeschooling*, a família continuará sendo a responsável pela educação, mas deve seguir a rede curricular do ensino público e privado e estará sujeita a avaliações periódicas. O termo "utilitarista" é usado porque, até que seja introduzido na educação institucionalizada, dá uma contribuição útil para uma educação eficaz. Para o STF (2019), caso tal modalidade seja permitida:

> Não estará vedada a opção dos pais pelo ensino domiciliar, desde que siga os mesmos conteúdos básicos do ensino escolar público e privado, que permita a supervisão, fiscalização e avaliações periódicas, ou seja, que acompanhe e concretize o dever solidário da Família e Estado em educar as crianças, adolescentes e jovens, nos termos constitucionais (STF, 2019, on-line).

Conclui-se que a falta de regularização do *homeschooling* não permite aos pais a autonomia de escolherem sobre a educação de seus filhos aos parâmetros da lei e da educação brasileira, dificultando para a família que optou por tal método.

3.2 Surgimento do *Homeschooling* no Brasil

Por volta da década de 70, nos Estados Unidos da América, John Holt, escritor e professor, iniciou uma série de críticas à escola tradicional, pois esta precisava ser mais humana e se preocupar mais com seus alunos e menos com suas formalidades. Criando, assim, um lugar com estímulos, sendo que a criança precisaria buscar sanar sua curiosidade ao aprender e com as experiências que fossem vivenciadas no local.

No Brasil, aponta-se que, desde o século XVIII até meados do século XX, já existia algo parecido com o que Holt havia proposto nos EUA. No país, mais crianças eram educadas em casa do que matriculadas em alguma escola, conforme alega o referido Faria Filho (2000, p. 138):

> Essas escolas, às vezes chamadas de particulares, outras vezes de domésticas, ao que tudo indica, superavam em número, até bem avançado o século XIX, aquelas cujos professores mantinham um vínculo direto com o Estado.

A obrigatoriedade da educação, porém, apareceu somente no ano 1834, com a Constituição Política do Império do Brasil, que inclui a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos como um direito civil e político inviolável. Lembrando que, na época, no conceito de cidadão, não estavam inclusos os escravos.

> Os professores particulares a época e os preceptores eram muito bem remunerados em comparação com os professores de colégios convencionais, em 1870 era comum ver anúncios de professores e

> preceptores nos jornais do tipo “preços razoáveis” e” garantias de aproveitamento (CARDOSO; JÚNIOR; NETO, 2016, p. 3-6).

É um tema que, a cada dia, cresce no Brasil, principalmente, devido à pandemia que abalou o mundo no ano de 2020. Por conta do vírus, foi necessário que os países decretassem *lockdown*, milhares de crianças foram proibidas de frequentarem as escolas e, com a ajuda de seus responsáveis, precisaram se adaptar com as aulas on-line. Após um ano de pandemia, algumas cidades ainda não permitiram a volta das aulas presenciais.

Segundo o Instituto de Geografia e Estatística (IBGE 2018, on-line), em 2018, o Brasil possuía 11,3 milhões de pessoas analfabetas funcionais com 15 anos ou mais de idade. Com o *homeschooling*, os pais podem acompanhar o desenvolvimento separado da criança, respeitando seu tempo e aprendizagem. Além de que, com a pandemia, não houve rompimento na aprendizagem de famílias que já são adeptas desse tipo de educação.

Sabe-se, também, que muitos pais não possuem o conhecimento necessário ou, até mesmo, não querem realizar a educação familiar, mas, também, o contrário: famílias que desejam que a educação domiciliar seja liberada e regulamentada no país.

4 *HOMESCHOOLING* E A LEGISLAÇÃO NACIONAL

4.1 Constituição Federal

Com isso, nos tópicos a seguir, serão abordados os textos legislativos que informam sobre a educação e a obrigação dos pais em relação aos seus filhos sobre a educação domiciliar no Brasil, conforme explica Aguiar (2011).

De acordo com o art. 227 da Constituição Federal de 1988, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação. A Convenção Sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela ONU no ano de 1989 e vigente desde 1990, define que toda criança terá direito à educação, e o Estado deve oferecer compulsoriamente a educação primária de forma gratuita (AGUIAR, 2011).

Aguiar (2011) continua: o artigo 208 da Constituição Federal de 1988 trata dos deveres do Estado em relação ao direito à educação, ou seja, especifica que parte do direito "de todos", amplamente proclamado no artigo 205, como dever da família, da sociedade e do Estado, deve necessariamente ser assegurado por este último por meio de políticas públicas específicas nas diferentes esferas político-administrativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Para Aguiar (2011), modificar qualquer dos incisos do artigo 208 implica em alterar o conteúdo do direito à educação, que pode ser exigido pela população perante o poder público. A Emenda Constitucional nº 59/2009 tanto amplia o dever constitucional do Estado em relação à educação como modifica a faixa de escolarização obrigatória.

No artigo 209 da Constituição Federal de 1988, "o ensino é livre à iniciativa privada" (BRASIL, 1988), porém se deve atender aos requisitos impostos pelos legisladores nos incisos do mesmo dispositivo, quais sejam: "cumprimento das normas gerais da educação nacional", ou seja, as normas contidas na LDB, e "autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público". Isso quer dizer que a educação deve ser provida em instituições de ensino autorizadas e avaliadas pelo Poder Público, de acordo com Aguiar (2011).

Conclui-se que a Constituição Federal brasileira assegura a educação a todos, no entanto, para que seja regulamentado o *homeschooling*, deverá seguir os requisitos impostos pela constituição do país e, também, seguir as normas contidas na LDB.

4.2 Código Civil

Originariamente, o conceito de família era usado para se referir ao conjunto de escravos e criados de propriedade de um só dono. Hoje, família representa a principal forma de organização do homem em sociedade, a qual se baseia em laços de parentesco.

Nesse sentido, Venosa (2003, p. 16) entende que "a família em um conceito amplo é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em

conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder".

Para Nader (2006, p. 3), a família respalda-se em "uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem de uma da outra ou de um tronco comum".

Dos ensinamentos de Gonçalves (2007, p. 1), entende-se por família "todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção", além dos "parentes consanguíneos em linha reta e os colaterais até o quarto grau".

O poder familiar, antes denominado pátrio poder, foi consagrado nos art. 1630 a 1638 do Código Civil de 2002. O referido código dispõe, em seu artigo 1.634, que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigirem-lhes a criação e a educação (BRASIL, 2002). Isso, no entanto, não seria fundamento legal razoável para justificar a interferência direta dos pais sob o regime estabelecido pelo Estado, que tem a finalidade de, junto à família, zelar pela frequência escolar como forma de garantir às crianças e aos jovens o direito constitucional à educação.

Conclui-se que, diante de tantos conceitos, pode-se chegar ao entendimento de que família é uma instituição social formada por indivíduos unidos por laços afetivos sob o pátrio poder, em que se originam os direitos e as obrigações que os pais têm em relação aos filhos, sob pena de perder esse poder em caso de desrespeito a esses direitos.

4.3 Código Penal

Nos termos do artigo 246 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940), o abandono intelectual é um crime cometido pelos pais que deixarem de proporcionar aos seus filhos a instrução primária, consumando-se no momento em que os pais não matriculam os filhos, em idade escolar, nos estabelecimentos de ensino da rede pública ou da rede particular. Frisa-se que, com o advento da nova Emenda Constitucional nº 59/2009, realizaram-se diversas alterações no que se refere à "idade escolar", em que

a educação no ensino básico passa, agora, a compreender indivíduos dos quatro aos dezessete anos de idade, a qual deverá ser fornecida gratuitamente e obrigatoriamente.

Apesar de se tratar de um crime de menor potencial ofensivo e estar contido nas regras da Lei Federal nº 9.099/1995 — Juizados Especiais —, o abandono intelectual é caracterizado como um crime omissivo próprio, visto que os sujeitos ativos são os pais; e não se admite tentativa. Entretanto, pode admitir justa causa quando, por exemplo, não existir instituição de ensino na região ou se o acesso a esta é extremamente difícil.

4.4 Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Antes de dar continuidade ao presente estudo, ressalta-se que, conforme a Constituição Federal, caberá à União legislar sobre as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a qual regulamentará os dispositivos apresentados doravante.

Conforme determina o legislador pátrio no artigo 1º, do Título I, da Lei Federal nº 9.394/1996, a educação será dada por meio de um processo formativo, no qual se incluem o convívio familiar, no trabalho, nas instituições de ensino e em todas as manifestações sociais e culturais (BRASIL, 1996).

Não distante, no artigo 2º da referida Lei, aponta-se que a educação é um dever atribuído tanto à família quanto ao Estado, com o escopo de preparar o educando para exercer sua cidadania e qualificá-lo para o trabalho (BRASIL, 1996).

Preceitua o artigo 4º, inciso I, do diploma em estudo, que a educação básica é obrigatória e gratuita para os educandos compreendidos entre os quatro e dezessete anos de idade (BRASIL, 1996).

O artigo 5º (BRASIL, 1996) afirma que “o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo”, isso dá autonomia a “qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo”.

O artigo 6º determina que seja dever dos pais ou responsáveis matricular as crianças a partir dos quatro anos de idade nas séries de educação básica (BRASIL, 1996). Percebe-se, aqui, que esse artigo disciplina apenas a educação ministrada nas escolas, portanto não é aplicável àquelas famílias que optam pela educação domiciliar. E admitir uma interpretação diversa desse dispositivo seria o mesmo que aplicar o Código Tributário para solucionar qualquer impasse sobre o tema em tela.

4.5 Estatuto da Criança e do Adolescente

O artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a obrigatoriedade da matrícula do estudante no ensino básico regular, o que é interpretado pelos adeptos do *homeschooling* como uma obrigação aos pais de matricular seus filhos na escola (BRASIL, 1990).

Mesmo que, apenas por hipótese, a Lei de Diretrizes e Bases (BRASIL, 1996) seja considerada como uma lei aplicável a qualquer modalidade de ensino, deve-se atentar para o fato de que ela mesma não exige que o aluno da educação básica — formada pela educação infantil e pelo ensino fundamental e médio — tenha escolarização anterior.

5 METODOLOGIA UTILIZADA NO *HOMESCHOOLING*

A educação familiar, mais conhecida como *homeschooling*, possui como referências alguns padrões no ensino escolar comum, sendo que a criança pode possuir certa subjetividade quanto ao método utilizado em seu ensino, sabendo que não possui total independência a ponto de querer aprender somente o que desejar.

> Um dos principais benefícios do *homeschooling* é a habilidade de adaptar a educação de acordo com as necessidades de cada estudante e a possibilidade de trabalhar com a criança de forma mais individualizada. A maioria das escolas tem um professor para um grupo de alunos, o que não permite que as necessidades educacionais de cada criança sejam realmente conhecidas. Mas famílias que educam em casa

> usam uma grande variedade de diferentes para alcançar o fim que desejam. Muitas famílias usam uma forma de abordagem que segue muito o estilo, escopo, sequência e materiais utilizados nas instituições de ensino tradicionais. Outras famílias escolhem abordagens padronizadas de modelos da educação clássica, incorporando lógica, latim e o desenvolvimento do pensamento crítico. Algumas famílias usam um modelo mais holístico de aprendizado, que integre arte e natureza dentro do currículo. Outros unem o trabalho de educar de forma que atendam as especificidades de cada criança e os problemas de aprendizado ou até mesmo o estilo que se encaixe melhor no perfil da criança, assim como a dificuldades com os materiais escolares, da forma como são apresentados nas "escolas tradicionais". A maioria utiliza uma variedade de abordagens, testando diferentes materiais, métodos e escolhendo o que melhor se adaptar a criança. Porque o *homeschooling* fornece aos pais a habilidade de customizar um meio de aprendizado para cada criança (DUMAS; GATES; SCHWARZER, 2008, p. 10).

De acordo com Domingues (2016), é possível uma maior liberdade de teste e facilidade ao mudar a forma de abordar a criança. Se novas pesquisas demonstrarem que um método está ultrapassado, os pais podem, de forma gradual, mudar a forma como educam os filhos. Isso os obriga a serem mais responsáveis sobre o que se passa no âmbito da educação, pois eles estão no comando e terão que assumir as responsabilidades pelos filhos, o que é outro benefício, pois, além do desejo de ensinar com a proteção da paternidade, acabam por se empenhar mais para que seus filhos se saiam bem.

Ao passo que, na educação domiciliar, temos essa facilidade. Numa escola pública, por exemplo, para se mudar o método de ensino, seria preciso toda uma reforma política, uma adaptação das estruturas e a capacitação dos professores, enfim seria um processo longo e demorado, além do fato de que, devido à influência do grupo que "domina" as instituições educacionais, podem se passar anos sem que ninguém se dê conta de que as coisas estão erradas, pois quem está inserido no processo encara tudo como "normal" ou como "pequenos problemas" que sempre estarão presentes Domingues (2016).

Medlin (2000) alega que a variedade de portas que a educação domiciliar pode abrir é enorme: desde viagens para aprendizado fora de época, em períodos em que a criança estaria na escola, o que facilitaria, em muitos sentidos, o aprendizado direto e por "presença", tanto devido ao valor mais barato "fora de temporada", como por uma maior

liberdade para visitar tudo sem ter que seguir o cronograma corrido das excursões escolares que, na maioria das vezes, não podem passar de um dia e seguem sempre o mesmo padrão, o que acaba prejudicando o aprendizado que a criança poderia ter com tal experiência. Vieira (2012) concluiu que uma família com uma maior flexibilidade de horários teria mais tempo livre para ir a peças teatrais, cinema e tantas outras atividades culturais.

De certa forma, relacionando-se com a questão do método, um problema levantado ao se falar de *homeschooling* é a questão da socialização. Entretanto, em todas as análises e pesquisas já feitas, foi demonstrado que as crianças educadas em casa não são prejudicadas em nada por não frequentarem a escola, pois são sempre capazes de encontrar outros meios de socialização e de convivência.

> As crianças educadas em casa estão tomando parte de rotinas diárias de suas comunidades. Elas certamente não estão isoladas, na verdade, estão associadas com – e sentem-se próximos a – todo tipo de pessoa. Os pais delas podem tirar muito do crédito por isso. Pois, com o desenvolvimento social de longo prazo dos filhos em mente, eles ativamente os encorajam a tirar proveito das oportunidades sociais externas à família. As crianças educadas em casa estão adquirindo as regras de comportamento e os sistemas de crenças e atitudes de que necessitam. Elas têm boa autoestima e estão propensas a demonstrar menos problemas de comportamento do que outras crianças. Essas crianças podem ser mais maduras socialmente e também tem melhores habilidades de liderança do que outras crianças. Igualmente, parecem estar agindo efetivamente como membros da sociedade adulta. (MEDLIN, 2000, p. 17, *apud* VIEIRA, 2012, p. 21).

Conclui-se que o *homeschooling*, ao ser legalizado no Brasil, proporcionaria que a família ficasse mais tempo unida, além de que, se houvesse algum tipo de mudança de normas, essa alteração aconteceria com mais facilidade do que, por exemplo, na educação pública, conforme anteriormente mencionado.

5.1 Análise do Caso da Família de Maringá-PR

Segundo a notícia retirada do site Jus Brasil, publicada por Gomes em 2011, através do Ministério Público, o professor universitário Luiz Carlos Farias da Silva e

sua esposa conseguiram autorização do juiz da Vara da Infância e Juventude para educar seus dois filhos em casa, os quais, na época, contavam com 11 e 12 anos de idade. Eles já se encontravam fora da escola há quatro anos por não conseguirem se matricular em uma escola regular. Dessa forma, as crianças eram instruídas pelos pais em todas as disciplinas, exceto nas de Inglês e Matemática, que eram cursadas fora do domicílio.

Os educandos são avaliados periodicamente pelo Núcleo Regional de Educação de Maringá, o qual é vinculado à Secretaria de Educação do Estado. Diante dos resultados obtidos nas avaliações de Português, Matemática, Geografia, Ciências, História, Artes e Educação Física, elabora-se um relatório, o qual indica a série compatível com o desenvolvimento do educando, informando, também, os aspectos psicossociais das crianças. Tal documento é destinado ao juiz que, dentre esse período de três anos, não se manifestou contra essa metodologia de ensino até então praticada.

Ressalta-se o fato de inexistir decisão ou sentença transitada em julgado sobre o caso em comento, visto não existir nenhuma manifestação formal. Maria Marlene Galhardo Mochi, assistente técnica do Núcleo Regional de Educação de Maringá, explicou que "os pais conseguiram comprovar que elas têm o conhecimento intelectual necessário, de acordo com as diretrizes curriculares. Essas crianças nunca tiveram dificuldade para resolver as provas. Os resultados demonstram que elas têm aptidão para cursar a série seguinte".

5.2 Projeto de Lei 170/2019

De autoria do deputado Fábio Ostermann, pertencente ao partido Novo, o projeto de Lei 170/2019 que autoriza o *homeschooling* no estado do Rio Grande do Sul, no dia 8 de junho de 2021, foi aprovado com 28 votos favoráveis e 21 contrários. Diz respeito à proposta que permite que a criança e o adolescente sejam ensinados por meio da educação domiciliar sob o encargo dos pais ou responsáveis.

De acordo com o projeto de Ostermann, as famílias que quiserem aderir ao *homeschooling* deverão informar a Secretaria Estadual de Educação do Estado, a qual ficará responsável por regulamentar a matéria. Os responsáveis pela aplicação do

conteúdo deverão manter um registro atualizado das atividades pedagógicas desenvolvidas com os alunos.

> Aprovar o *homeschooling* não significa de forma alguma o fim da escola formal, o fim da escola tradicional. Também não é a solução para os problemas da nossa educação. E nem é o modelo passível de ser implementado em larga escala para todos os alunos do estado do RS. Nunca passou por nossa cabeça nada parecido e nem muito menos tornar essa prática educacional em algo obrigatório, trata-se apenas de oportunizar um outro método, muito preconceito paira sobre o tema" ressalta Ostermann. (Projeto de Lei 170/2019)

Na votação do projeto de Lei 170/2019, o deputado Sergio Turra (Assembleia Legislativa do RS) diz ter acompanhado muitas famílias educadoras e alegou "estamos conferindo um direito que a Constituição Federal diz que é um dever dos pais e do Estado: fornecer educação". Além disso, apontou-se, nesse projeto de lei, que o *homeschooling* já é legalizado em 62 países. Ostermann também deixou claro em seu projeto que os alunos pertencentes ao ensino domiciliar serão frequentemente avaliados pelo poder público.

> O ensino será avaliado nos termos do Art. 38 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, por meio de provas a serem aplicadas pelas escolas da rede pública ou, pela rede privada, mediante convênio, em período a ser definido pelo Poder Executivo, além disso as famílias deverão manter registro das atividades pedagógicas dos alunos em ensino domiciliar, que ficarão à disposição das autoridades competentes como meio de comprovação do efetivo exercício do direito à educação previsto na Constituição Federal. (OSTERMANN, 2019, p. 9).

Se o aluno for reprovado em uma dessas avaliações, Ostermann diz que:

> Segundo previsão do Art. 8º do PL nº 170/2019, os conselhos tutelares fiscalizarão a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como, nos termos do Art. 6º do PL nº 170/2019, as Secretarias de educação terão acesso aos registros das atividades pedagógicas realizadas pelos optantes do Ensino Domiciliar. Desta forma, mesmo com a atenção exclusivista atinente ao modelo do *homeschooling*, bem como a fiscalização do desenvolvimento dos alunos pelo poder público, se houver reprovação, esta implicará realização de nova avaliação,

> conforme o previsto no Art. 38 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). (OSTERMANN, 2019, p. 10).

Conclui-se que os alunos adeptos a esse modelo não ficarão desatualizados em comparação a quem está matriculado em modelo de escola convencional, ao contrário, eles sempre serão observados nas avalições aplicadas pelo próprio poder público. Vale ressaltar que esse método será opcional aos pais e que, se não quiserem realizar, não sofrerão com nenhuma pena ou multa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que esse assunto é muito recente e haverá muitas discussões ao longo do tempo. Porém, nada impede de aprovarem leis para que os pais que já aderem à educação domiciliar possam continuar aplicando de maneira legalizada. É importante frisar que a educação domiciliar, mais conhecida como *homeschooling*, será opcional aos pais e ninguém será obrigado a seguir, podendo continuar com o modelo convencional de estudo.

O Estado é provedor do ensino fundamental, e as famílias ministram conteúdos didáticos aos seus filhos de acordo com suas convicções. Não se buscou falar em qualidade de ensino, apenas se intentou trazer à baila um comportamento social que não deve ser menosprezado. Para além disso, essa possibilidade pedagógica deve ser vista como aliada na formação educacional dos jovens brasileiros.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil**. JUSnavigandi, 2011. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/19514/a-situacao-juridica-do-ensino-domiciliar-no-brasil. Acesso em: 02 set 2021.

ARAÚJO, Marciano Vieira de. **A Evolução do Sistema Educacional Brasileiro e seus Retrocessos**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 02, Ed. 01, Vol. 1. P. 52-62.

BERNARDES, Cláudio Márcio; TOMAZ, Carlos Alberto Simões. ***Homeschooling* no Brasil: conformação deôntico-axiológica do sistema jurídico como plus à política pública de educação fundamental**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, volume 6, 2016.

BOAVENTURA, Edivaldo. **A educação Brasileira e o Direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso: 05 Jun. 2021.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: 05 Jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 05 Jun. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso: 05 Jun. 2021.

BRASIL. **Lei das diretrizes e bases da educação nacional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso: 05 Jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 888815/RS**, rel. Min. Luís Roberto Barroso. Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgamento 12/09/2018. Decisão publicada no DJe n. 55, de 21/03/2019.

CABREIRA, Thiago Guimarães. ***Homeschooling*: ensino domiciliary no Brasil**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/*homeschooling*-ensino-domiciliar-no-brasil/. Acesso em: 21 jul 2021.

CARDOSO, N. M; JÚNIOR, A. J. P; NETO, J. W. **Estado e autonomia familiar: considerações acerca do"*homeschooling*"(educação escolar domiciliar) e da lei da palmada no Brasil.** Disponível em: http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/2709201620AntonioJPJunior. Acesso em: 05 abr 2021.

COSTA, Gilberto. **Analfabetismo resiste no Brasil e no mundo do século 21**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2019-09/analfabetismo-resiste-no-brasil-e-no-mundo-do-seculo-21. Acesso em: 05 abr 2021.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **A gestão democrática na escola e o direito à educação**. Revista Brasileira de Política Educacional**,** Belo Horizonte, v. 23, n. 3, p. 109, set./dez. 2013.

DOMINGUES, Letícia Biancky Vieira. **Homeschooling: Uma possibilidade de garantia ao direito à educação.** Trabalho de conclusão de curso da UNB. 2016.

DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Educação & Sociedade, Campinas, v. 28, n. 100, out. 2007.
educação escolar em casa no Brasil. 2012. 76 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012 Disponível em: http://bdm.unb.br/handle/10483/3946? modo = simples. Acesso em: 05 abr 2021.

FARIA FILHO, Luciano Mendes. **Instrução elementar no século XIX**. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes; VEIGA, Cynthia Greive. (Org.). 500 anos de educação no Brasil. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

FÁVERO, Osmar. **A educação nas constituintes brasileiras**. 1823-1988. Campinas/SP: Editores Associados, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol VI.** 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

HORTA, José Silvério Baia. **Direito à educação e obrigatoriedade escolar**. Educação e Pesquisa. São Paulo, n. 104, p. 5-34, jul. 1998. Disponível em: http://www. fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/158.pdf. Acesso em 05 abr 2021.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 506.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** Vol. 5 - **Direito de Família.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NADER, Paulo. ***Introdução ao Estudo do Direito.*** *Rio de Janeiro: Forense, 2010.*

OSTERMANN, Fábio. **PL 170/2019 Educação Domiciliar – *Homeschooling***. Disponível em: http://fabioostermann.com.br/wp-content/uploads/2019/04/*Homeschooling*_web.pdf. Acesso em: 15 jun 2021.

REINHOLZ, Fabiana. **Deputados aprovam *Homeschooling* e RS poderá ser o 1º estado a autorizar modalidade**. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/06/10/deputados-aprovam-homeschooling-e-rs-podera-ser-1-estado-a-autorizar-modalidade. Acesso em: 15 jun 2021.
SILVA, Daniela. **Origem do Ensino Doméstico/*Homeschooling***. Disponível em:

https://www.educacaolivre.pt/mel/origem-do-ensino-domesticohomeschooling/. Acesso em: 21 jul 2021.

SOUZA, Ana Luiza de Araujo; GOMINHO, Leonardo Barreto Feraz. **Situação Jurídica do Ensino Domiciliar no Brasil**. Disponível em: https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/302819355/situacao-juridica-do-ensino-domiciliar-no-brasil. Acesso em: 05 abr 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**, 3ª ed., Vol. 6, São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

VIEIRA, André de Holanda Padilha. **"Escola? Não, obrigado": um retratro da homeschooling no Brasi**l. 2012. 76 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais) —Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS: A NOVA LEI PARA AQUELES QUE NÃO TÊM VOZ

Paloma Schmitt[13]
ORIENTADOR: Débora Goeldner Pereira Oliveira[14]

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 DIREITO AMBIENTAL E O DIREITO PENAL EM PROL DOS ANIMAIS. 2.1 Contexto Histórico: A Evolução da Proteção Jurídica aos Animais 2.2 Princípios Fundamentais do Direito dos Animais 3. A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA. 3.1 Espécies de Violência. 3.1.1 Zoofilia. 3.1.2 Rituais em Animais 3.1.3 Experimentos Laboratoriais. 3.1.4 Rinhas 4. MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS: A NOVA LEI PARA AQUELES QUE NÃO TÊM VOZ. 4.1 Direito dos Animais à Luz da Lei Nº 14.064/2020. 4.2 Penalidades Aplicadas. 4.3 Cortando o Mal pela Raiz. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo o estudo dos maus-tratos aos animais, haja vista que a agressão a eles são cada vez mais recorrentes na sociedade. A crueldade praticada contra os animais é tamanha que, na maioria dos casos, o animal vem a óbito. Na sociedade atual, é notório que os animais vêm ganhando cada vez mais espaço, até mesmo no que tange a proteção dos seus direitos. No entanto, nota-se, também, que mesmo já existindo várias leis com o intuito da proteção aos animais, bem como das penalidades aplicadas, ainda assim as pessoas não os respeitam como deveriam. O conteúdo do presente trabalho é baseado em toda a trajetória do direito dos animais até os tempos atuais, bem como visa demonstrar os males que por eles ainda vêm sendo enfrentados. A metodologia utilizada para a realização da pesquisa foi constituída na pesquisa bibliográfica, que consiste na

[13] Graduanda em Direito pela Faculdade Maringá. E-mail: palomaschmitt1998@gmail.com
[14] Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2008). Atualmente é professora titular da Faculdade Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Metodologia da Pesquisa Jurídica, Direito de Família, em Direito Administrativo e no Núcleo de Prática Jurídica.

pesquisa de diversos materiais existentes sobre o tema, como livros, artigos e monografias.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Maus-tratos. 2. Animais. 3. Direitos.

ABSTRACT:

The present article aims to study the mistreatment of animals, given that aggression to them is getting recurrent in society. The cruelty against animals is so significant that, in most cases, the animal even dies. In the current society, it is noticeable that animals are gaining more and more space, even when it comes to protecting their rights. However, it is also noted that there are already several laws with the aim of protecting animals, as well as the penalties applied, even so people don´t respect them as they should. The content of this work is based on the entire trajectory of animal´s rights up to the present time, as well as showing the wrongs that are still faced by them. The methodology used the research was found in bibliographic and documental research, which consists of researching various existing materials on the subject, such as books, articles and monographs.

KEYWORDS: 1. Mistreatment. 2. Animals. 3. Laws.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade evolui constantemente e junto a ela faz-se necessário que se aperfeiçoe a aplicação aos direitos dos animais. No Brasil, já existem leis que tratam sobre o tema, mas na vida real, a sua aplicação muitas vezes acaba passando despercebida, seja por negligência daquele que deve fiscalizar, seja por desinteresse da população.

Nesse sentido, no presente trabalho buscar-se-á analisar o direito dos animais, a fim de que se possa verificar que eles são tão dignos de proteção quanto à vida humana.

No mundo atual, o desrespeito e desigualdade enfrentados pelos animais se tornam cada dia mais preocupantes, fazendo surgir leis na tentativa da proteção adequada. No entanto, essa proteção não pode ficar só no papel, deve ser praticada mundialmente por toda a população.

Porquanto, visando à proteção ao direito dos animais, o presente artigo visa abordar toda a trajetória de direitos por eles adquiridos ao longo dos anos, abordando a lei n° 14.064/2020 em todos os seus aspectos, desde o porquê da demora na regulamentação sobre o tema, bem como os benefícios e malefícios por ela trazidos.

Assim, a metodologia que será utilizada para a realização da pesquisa é a pesquisa bibliográfica, que consiste na pesquisa de diversos materiais existentes sobre o tema, como livros, artigos e monografias.

2 DIREITO AMBIENTAL E O DIREITO PENAL EM PROL DOS ANIMAIS

2.1 Contexto Histórico: A Evolução da Proteção Jurídica aos Animais

A relação entre o homem e o animal existe há séculos. E com o passar dos anos, os animais vêm adquirindo direitos fundamentais, como a vida e a liberdade, iniciando assim o fim da crueldade e dos maus-tratos.

O vínculo entre o homem e os animais vêm desde os primórdios, de modo que os lobos protegiam aqueles que os alimentavam. Pitágoras salvaguardava os animais, pois defendia a alma, ao contrário de Aristóteles, para quem os animais eram seres irracionais, sendo meros instrumentos para satisfação do homem. (ABREU, on-line).

A Bíblia apresenta a ideia dos animais como seres que serviam como vestimentas e alimentos. Por conta dessa ideia, durante séculos, o direito dos animais foi ignorado. Segundo Cláudio Xavier (2013, p. 16002, 16003, on-line):

> Os animais tornaram-se, ao longo dos anos, vítimas silenciosas da violência perpetrada pelos seres humanos, que lhes impingem sofrimento desnecessário, através de maus-tratos, abate indiscriminado, exploração do trabalho, utilização dos produtos de origem animal e uso em experimentos de caráter científico em laboratórios. O modo como são tratados os animais, contrastam com o nível de inteligência da sociedade pós-moderna, que se proclama uma civilização avançada, a ter por parâmetro seu progresso intelectual, moral, social e tecnológico.

Em 1641, teve-se uma breve reflexão sobre o direito animal, evidenciada por Descartes. No entanto, para ele, os animais embora possuíssem alguns sentidos, eram incapazes de sentir qualquer sentimento, bom ou ruim. (ABREU, on-line).

A primeira lei criada contra a crueldade, foi aprovada em 1635, na Irlanda, embora a norma não tratasse de todos os animais, foi a primeira legislação, a que deu início a um possível direito de proteção para os animais. A Irlanda proibiu que as pessoas arrancassem os pelos das ovelhas e proibiu que amarrassem arados nos cavalos. (ABREU, on-line).

Em 1641, foi criado o texto legal "The Body of Liberties" que, no português, significa "o corpo das liberdades"; tratava-se de um documento estabelecido na Nova Inglaterra, sendo composto por liberdades, ao invés de restrições. Um dos seus artigos aduziam que "nenhum homem exercerá qualquer tirania ou crueldade contra qualquer criatura bruta que seja mantida para o uso humano". (ABREU, on-line).

Posteriormente, na Inglaterra, na República Puritana, as brigas de galos, de cachorros e as touradas foram proibidas. No entanto, em 1660, as touradas voltaram a se tornar legais, até serem proibidas novamente, em 1822. (ABREU, on-line).

Rousseau (on-line) aduziu em seu discurso sobre a origem das desigualdades entre os homens: "Os animais devem fazer parte da lei natural, não porque eles são racionais, mas, porque são seres sencientes".

> Parece, com efeito, que, se sou obrigado a não fazer nenhum mal a meu semelhante, é menos porque ele é um ser racional do que porque é um ser sensível, qualidade que, sendo comum ao animal e ao homem, deve ao menos dar a um o direito de não ser maltratado inutilmente pelo outro. (ROUSSEAU, p.11 *apud* ABREU, on-line).

Voltaire citado por Abreu aduz (1978, p. 232 apud ABREU, on-line):

> Que ingenuidade, que pobreza de espírito, dizer que os animais são máquinas privadas de conhecimento e sentimento, que procedem sempre da mesma maneira, que nada aprendem, nada aperfeiçoam! Será porque falo que julgas que tenho sentimento, memória, ideias? Pois bem, calo-me.

Em contrapartida, Abreu (on-line) alegou que a capacidade de sofrer deve ser levada em consideração e não a capacidade de raciocinar. Se esse fosse o entendimento, o raciocínio, os bebês e os deficientes deveriam ser tratados como se fossem coisas e não pessoas.

Essa discussão durou séculos, no entanto, somente no século XIX, houve um interesse na proteção dos animais, em especial, na Inglaterra. Logo, nasceram diversas sociedades que visavam à proteção dos animais. (ABREU, on-line).

De acordo com Rocha (on-line):

> Independente de indivíduos limitados pelo seu narcisismo discordarem acerca da tutela jurídica dos animais, deve-se compreender que os bichos não surgiram para satisfação das nossas necessidades, na verdade, o homem é que nasceu após diversas espécies já existentes. Logo, assim como o homem vive com dignidade, os animais também têm direito, afinal o planeta não é do homem, mas dos seres vivos que o compõe.

Em 1933, na Alemanha, foram aprovadas diversas leis de proteção aos animais. Hitler aprovou a lei a qual aduzia que nenhuma crueldade contra os animais seria permitida. Em 1975, Peter Singer, conhecido por lutar a favor dos animais, lançou seu livro "Animal Liberation" ou "Libertação Animal", esse livro se tornou a Bíblia dos movimentos que aconteciam em prol dos animais. (ABREU, on-line).

Em 1978, a UNESCO estabeleceu a D.U.D.A., denominada como Declaração Universal dos Direitos dos Animais, cujo objetivo era igualar a existência dos animais, bem como a dos seres humanos, com a D.U.D.H. (ABREU, on-line).

A D.U.D.A. foi uma carta de princípios que ganhou repercussão internacional, vez que essa carta surgiu para inovar a perspectiva de que os animais não humanos possuem direitos. Essa carta elencou o direito à vida, à liberdade e o respeito que se deve ter para com os animais. (PORTO, on-line).

Por sua vez, no Brasil, os animais começaram a ter direitos em 1916, em seu artigo 593, que aduzia antes da sua revogação:

> Art. 593. São coisas sem dono e sujeitas à apropriação:
> I - Os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade.
> II - Os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596.
> III - Os enxames de abelhas, anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar imediatamente.
> IV - As pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de domínio anterior.
> (BRASIL, Lei 3071 de 01 de janeiro de 1916, on-line).

Em 10 de julho 1934, fora disponibilizado o Decreto 24.645/34. Esse decreto estabelecia medidas de proteção aos animais. Em seu artigo 3º, encontravam-se dispostas hipóteses

em que eram considerados maus-tratos aos animais, com trinta e um incisos. Foi por meio desse decreto que se deu origem a primeira legislação de fato, da proteção aos animais, no Brasil. (ABREU, on-line).

Em seguida, em 1941, fora criada a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3688/41). Esse decreto tipificou os maus-tratos aos animais, em seu artigo 64; no entanto, o artigo foi revogado com a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9605/98). (ABREU, on-line).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 trouxe novos dispositivos em prol dos animais, como, por exemplo, o artigo 225, que dispõe:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
> (BRASIL, Decreto 24.645 de 10 de julho de 1934, on-line).

Sousa e Regina (2019, p. 44) alegam que:

> O artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII proclama de forma expressa a proibição de práticas que provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade. Referido dispositivo aponta para o reconhecimento de um valor intrínseco aos animais, afastando assim a visão antropocêntrica em relação a estes seres, protegendo-os inclusive, contra a ação humana.

E complementam alegando que “o constituinte, ao vedar as "práticas cruéis" contra animais, deixa clara a sua preocupação com o bem-estar dos animais e refuta a objetificação animal desviando-se do antropocentrismo existente ao longo dos anos” (SOUSA; REGINA, 2019, p. 44).

Em 1998, foi promulgada no Brasil a Lei Federal 9605, que trata dos crimes ambientais. Essa lei estabelece sanções penais e administrativas contra aqueles que violem o meio ambiente. Essa Lei revogou diversas outras leis, incluindo o artigo 64 da Lei de Contravenções Penais. Essa mesma Lei mostra em seu artigo 32 que praticar atos de abuso, maus-tratos em animais será aplicada uma pena detenção de três meses a um ano, acrescido de multa, trazendo consigo dois parágrafos. (PAVAN, on-line).

Atualmente, no Brasil, houve a criação da Lei nº 14.064, criada em 29 de setembro de 2020. Essa lei altera a lei 9605 de 1998, complementando-a. A lei aumenta as penas

cominadas aos maus-tratos contra os animais, em especial, contra cães e gatos. (BRASIL, Lei nº 14.064 de 29 de setembro de 2020, on-line).

Certamente, todos os países possuem as suas próprias leis, tendo toda uma trajetória. Mas já existem países que não possuem mais animais nas ruas, como, por exemplo, a Holanda, que foi o primeiro país a acabar com os animais de rua. (CARVALHO, on-line).

Uma organização denominada World Animal Protection lançou um mapa com diversos países. Esses países são julgados por critérios como reconhecimento, governança, leis, educação e conscientização no que diz respeito aos animais. O Brasil, nessa pesquisa, não foi classificado como um dos melhores, mas também não é visto como um dos piores, dentre esses requisitos. (GREENEST, on-line).

Dessa forma, pode-se concluir que, ainda que o mundo todo evoluiu no que tange ao direito dos animais, o Brasil em especial, vem evoluindo cada vez mais. Ainda há muita alteração a ser feita, devendo aumentar cada vez mais as leis e as penalidades para aqueles que agem contra os animais, porém, aos poucos, nota-se a diferença.

2.2 Princípios Fundamentais do Direito dos Animais

Assim como os seres humanos possuem diversos princípios, os animais também possuem. O direito animal é um conjunto de princípios que estabelecem os seus direitos. Na evolução do ordenamento animal, é possível verificar alguns princípios fundamentais. De acordo com Junior (p.6, on-line), o direito animal é:

> Um conjunto de regras e princípios [...]: trata-se de conceito ontológico e dogmático, forjado do ponto de vista do direito positivo, o que justifica a referência inicial ao conjunto normativo.

Ávila (2018, p.102) dispõe:

> Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

O princípio da senciência é considerado o mais importante dos princípios, pois parte do entendimento de que os animais são sujeitos de direito e não apenas objetos. (AMARANTE, on-line).

Além do princípio da senciência animal, é possível encontrar ainda o princípio da dignidade e direitos aos animais não humanos e o princípio da igualdade dos seres sensíveis não humanos, além dos princípios trazidos pelo artigo 225, da Constituição Federal, quais sejam, a dignidade animal, o antiespecismo e a não violência. (SILVA, p.6, on-line).

Regina e Sousa (2019, p. 53) dispõem em sua obra que, "se partimos do pressuposto de que a integridade dos animais não humanos é o suporte do conceito de Dignidade, [...] os animais não humanos poderiam ser aceitos como fins em si mesmos e considerados Dignos de respeito".

O princípio da dignidade e direitos aos animais não humanos não é diferente do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, entende Vasconcelos Filho (on-line):

> A dignidade dos animais não seria diferente da dignidade dos humanos. Para que seja possível essa compreensão é preciso sair do senso comum, tentar imaginar o animal não humano não como um objeto, mas como um ser sencientes, que sente desejo de viver e ter livre arbítrio. A exclusão dos animais não humanos do que viria a ser dignidade é injusto e vai de contramão às legislações atuais.

Regina e Sousa (2019, p. 54) aduzem que:

> A Dignidade não deve estar atrelada à razão, ao ser racional, ela deve estar ligada à capacidade de sentir dor, de sofrer de possui uma alma. Os animais não humanos são seres sencientes, possuem alma, sentem dor, devem ser considerados em sua individualidade.

Logo, pode-se dizer que o princípio da dignidade e direitos aos animais não humanos diz respeito a conceber uma dignidade da vida para outros seres vivos, além dos seres humanos; conceder aos animais um valor intrínseco, o qual deve ser respeitado e reconhecido pelo Direito.

Regina e Sousa fazem menção a Tom Regan (REGAN, 2006 apud REGINA; SOUSA, 2019, p. 55), que defende o respeito pelos animais não humanos.

> Se olharmos a questão "com olhos imparciais", veremos um mundo transbordante de animais que não são apenas os nossos parentes biológicos, como também nossos semelhantes psicológicos. Como nós, esses animais estão no mundo, conscientes do mundo, e conscientes do que acontece com eles. E, como ocorre conosco, o que acontece com esses animais é importante para eles, quer alguém mais se preocupe com isso ou não.

Regina e Sousa (2019, p. 55) concluem alegando que:

Portanto, a ideia de um dever moral de um tratamento não cruel dos animais deve buscar o seu fundamento não mais na Dignidade humana ou na compaixão humana, mas sim na própria Dignidade inerente às existências dos animais não-humanos.

Por sua vez, o princípio da igualdade dos seres sensíveis não humanos, para Gabriela Oliveira (p.5, on-line), baseada obra de Regan (2000, p.72), a inteligência ou a racionalidade são critérios que excluem não somente os animais, mas boa parte dos seres humanos. Na visão de Tom Regan, não se trata apenas em defender os animais, mas defender os seres humanos, da mesma forma. Regan sustenta que os animais têm direitos da mesma forma que os seres humanos também os possuem.

Nas palavras de Oliveira (p. 5, on-line):

Os direitos animais e humanos são validados de acordo com o princípio moral da justiça, inscrito no enunciado do princípio do respeito: todos os que têm valor inerente o possuem na mesma medida e todos têm um igual direito de serem tratados com respeito. Todos os sujeitos de uma vida – por uma questão de justiça – têm o direito moral básico de serem tratados respeitosamente, de modo que se reconheça seu valor inerente.

Dessa forma, segundo o entendimento de Regan, tratar os animais com respeito e igualdade não é bondade ou sentimento, mas justiça. (REGAN, 2000, p. 72 apud OLIVEIRA, on-line).

Por sua vez, o princípio previsto na Constituição, do antiespecismo, é no sentido de que a preocupação com os demais não deve se basear na aptidão de um ser, não deve se limitar à espécie humana. Esse princípio prevê a garantia de igualdade, sem qualquer discriminação ou favoritismo interespécies, visa combater a desigualdade dentro da lei. (SILVA, p. 21, on-line).

Assim, Silva (p. 22, on-line) aduz que:

O que se tem pela regra do artigo 225, §1º, inciso VII da Constituição da República, é o escudo protetivo da dignidade animal, sendo o princípio do antiespecismo uma das vertentes a balizar uma postura pós-humanista de interpretação/aplicação do texto constitucional que se amplia para ir além da fronteira humana. Isto não quer dizer que haja uma preponderância dos direitos dos não-humanos sobre os direitos humanos. Em verdade, afirma-se um só Direito, Direito Animal, sem artificialidades, a salvaguardar, todos os seres no planeta, moldando o conteúdo jurídico do princípio do antiespecismo, fundamento para uma justiça social interespécies.

Quanto ao princípio da não violência, baseia-se na desconformidade da realidade com o que de fato a Constituição Federal de 1988 quer trazer. A Constituição proíbe o tratamento cruel aos animais. E quando desrespeitado, viola a dignidade do animal; por essa razão,

a constituição é a favor da não violência, trabalhando em prol da defesa dos direitos fundamentais a cada ser vivo não humano. (JUNIOR, on-line).

Para Almeida Silva (p. 28, on-line), compreender o princípio da não violência corrobora com a filosofia que busca o direito dos animais. O autor alega que:

> O objetivo é esclarecer a população do mal que se causa aos animais, possibilitando, a cada indivíduo, uma tomada de posição. Esta atitude evita qualquer erro de interpretação ao relacionar as diversas formas de manifestação popular com violência, ou até mesmo terrorismo.

Esse princípio é baseado no respeito entre humanos e não humanos e somente será alcançado, quando se obtiver mudanças na percepção de todos, no que diz respeito aos animais não humanos. Devendo ser reconhecidos esses direitos para se obter uma justiça social. (SILVA, p. 28, on-line).

Além desses, existem diversos outros princípios, no entanto, são esses os mais discutidos; logo, pode-se dizer que, assim como os seres humanos, os animais não humanos, também são dignos de respeito, de igualdade e de dignidade. As atitudes dos seres humanos em violentar os animais não são justificáveis. Uma vez compreendido e respeitado, será possível ter uma justiça social interespécies.

3. A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA

3.1 Espécies de Violência

A resolução nº 1.236, de 26 de outubro de 2018 do Conselho Federal de Medicina Veterinária veio para definir e caracterizar a crueldade, o abuso e os maus-tratos contra animais.

Em seu artigo 2º, é definido o conceito de maus-tratos, de crueldade, de abuso, entre diversas outras categorias. Veja-se:

> Maus-tratos: qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente ou por negligência, imperícia ou imprudência provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais;
> Crueldade: qualquer ato intencional que provoque dor ou sofrimento desnecessários nos animais, bem como intencionalmente impetrar maus tratos continuamente aos animais;
> Abuso: qualquer ato intencional, comissivo ou omissivo, que implique no uso despropositado, indevido, excessivo, demasiado, incorreto de animais, causando prejuízos de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual.
> (Art. 2, incisos II, III e IV, da Resolução 1236, de 26 de outubro de 2018, on-line).

Nesse sentido, a Resolução em seu artigo 5º considera maus-tratos "agredir fisicamente ou agir para que cause dor, sofrimento e/ou dano ao animal", sendo ainda considerado como maus-tratos o abandono do animal, deixando-o preso em correntes curtas e sem espaços, sem água, sem comida, sem a higienização adequada; submeter o animal à determinadas atividades que ameace a sua condição física e/ou psicológica, como, por exemplo, o abuso sexual do animal, entre diversas outras espécies de maus-tratos. (Art. 5, da Resolução 1236, de 26 de outubro de 2018, on-line).

Para Paula Almeida (on-line), há outras formas de covardia bastante comuns em lares domésticos, como:

> Manter o animal preso por muito tempo sem comida e contato com os seus responsáveis; deixá-lo em lugar impróprio ou anti-higiênico; envenenamento; agressão física exagerada; mutilação; utilizar animais em espetáculo, apresentações ou trabalho que possa lhe causar pânico ou sofrimento; não recorrer à veterinários em caso de doença, dentre diversas formas que os levam a sofrimentos intensos.

Para Delabary (2012, p. 835), os maus-tratos podem ser conceituados como a submissão do animal ao tratamento cruel, a um trabalho forçado ou ainda, privado de liberdade, de alimentos e cuidados, além de outras diversas práticas cruéis.

Nesse sentido, ele aduz que "os maus-tratos são realizados pelos mais variados tipos de pessoas e os motivos envolvem aspectos culturais, sociais e psicológicos, sendo muitas vezes praticado sem a consciência de que tal ato é prejudicial". (DELABARY, 2012, p.835).

Não é somente a ação que é considerada uma violência contra os animais; a omissão também se enquadra. Nessa acepção, Levai (1998, p. 32) dispõe que "os animais são seres vivos e não apenas bens materiais, merecendo, portanto, um tratamento digno".

É preciso saber que todo ser, que toda criatura, tem direito a uma vida digna. Diante de todo o histórico que esses animais viveram, o que os difere para não ter uma vida digna, assim como os seres humanos, hoje possuem?!

Existem diversas formas de se praticar tal crueldade contra os animais e, diante de tantos meios, tem grande impacto na sociedade a zoofilia, os rituais de sacrifícios, os experimentos laboratoriais e as rinhas que, infelizmente, atualmente, ainda há grande repercussão, além dos atos praticados no dia a dia, como deixá-los em condições

precárias, sem água, comida, preso em um curto espaço e diversas outras maneiras supracitadas.

3.1.1 Zoofilia

A zoofilia ou zoofilismo, também conhecido por bestialismo, é a relação sexual de seres humanos com animais. As pessoas que praticam tal ato possuem um distúrbio, conhecido como parafilia, que é uma perturbação psíquica. Os indivíduos que praticaram tal ato, costumam ser pessoas impotentes com mulheres. Mas não é regra, ou seja, pode ocorrer tanto em homens como em mulheres. (ROCHA, on-line).

Os grandes alvos deste ato costumam ser animais de sítio, fazendas, como galinhas, cavalos, vacas ou ainda cabras, entre outros. Segundo Rocha (on-line), a zoofilia existe desde os primórdios da humanidade e sua comprovação se dá por meio da história e de artes provenientes de diversas culturas, dentre elas, a egípcia, grega, romana, asiática, africana e religiões judaico-cristãs.

A zoofilia pode ser vista como estupro, um abuso sexual, uma vez que tanto os animais, como as crianças e incapazes, não são capazes de assentir tal ato. E, além disso, os animais não possuem os mesmos direitos que os seres humanos, estes sofrem calados, pois não podem procurar os seus direitos. (PAIVA, on-line).

É possível identificar duas classificações criadas pelos próprios praticantes de tal ato, eles denominam-se “zoófilos” e “feras”. Os zoófilos são aqueles que aparentam uma certa “preocupação” com seus animais, e os feras são denominados por terem relações sexuais com qualquer tipo de animal. (ROCHA, on-line).

Segundo Rocha (on-line), em uma pesquisa realizada pelo urologista Stênio de Cássio Zequi, quase 40% dos brasileiros que residem em zona rural já cometeram ou ainda cometem tal prática. A pesquisa foi realizada em média com 490 indivíduos.

Mas, se não fosse o suficiente cometerem tal ato com os animais, colocar o simples termo “zoofilia” no Google, nota-se centenas, talvez milhares de fotos e vídeos de tais atos. (ROCHA, on-line).

A zoofilia além de ser um ato repugnante, ascoso, é crime. A lei nº 9.605/1998, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 32, dispõe sobre o abuso, maus-

tratos, de animais domésticos ou silvestres, nativos ou exóticos, aplicando uma pena de três meses a um ano e multa. (BRASIL, Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, on-line). Em 2018, a câmara de deputados aprovou uma proposta, aumentando a pena de maus-tratos contra animais e zoofilia de três meses a um ano, para de um a quatro anos, podendo ainda se agravar, aumentando a pena de um terço a um sexto da pena aplicada. (REDAÇÃO, on-line).

Dessa forma, no que tange aos maus-tratos contra animais, verifica-se que a modalidade zoofilia é o ato mais repugnante que um ser humano pode ter com um animal, devendo ter a sua pena ampliada. Um animal não tem culpa da mente perturbadora de pessoas que possuem esse distúrbio; no entanto, são quem arcam com tais condutas, físicas e psicologicamente, não tendo meios de se defenderem.

3.1.2 Rituais em animais

Os rituais mais comuns com animais são os rituais de sacrifício, no qual um animal perde a vida. É muito comum em algumas religiões.

Os rituais acontecem há gerações, desde a antiguidade. Infelizmente, ainda é visto como uma prática comum, sendo utilizadas religiões como desculpas para praticar tais barbaridades.

O STF (RE 494601 / RS), em 2019, decidiu, por unanimidade, que o sacrifício em animais em cultos religiosos é constitucional. Essa decisão gerou grande repercussão em todo o país.

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS.

O Supremo Tribunal autorizou a prática em relação a religiões, desde que sem excessos e crueldade, o que chega a ser irônico, pois as pessoas vão tirar a vida de um animal para um culto, para um sacrifício, e na visão do STF, não é considerado maus-tratos, desde que em favor da religião.

Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso (STF, on-line), não se trata de sacrifício ou de sacralização para fins de entretenimento, mas sim para fins exercício de um direito fundamental que é a liberdade religiosa.

É muito simples julgar um caso, alegando que não haverá maus-tratos ao sacrificar, mas quem garante ao animal que ele não irá sentir dor, que ele não será maltratado, afinal, ele está perdendo a sua vida, para um ritual, independentemente se religioso ou para outros fins.

Supõe-se que sacrificar pessoas fizesse parte de determinadas religiões. Nas palavras do Ministro Barroso, "para fins de um direito fundamental que é a liberdade religiosa", seria inadmissível tal conduta, sendo julgado e considerado por qualquer pessoa, como crime, sem pestanejar, perante toda a revolta que causaria. Mas, infelizmente, isso não se aplica aos animais.

Dessa forma, diante do caso, pode-se dizer que, embora seja considerado crime para alguns casos, para outros, os olhos são fechados, vista como uma prática comum e não violenta para o animal.

3.1.3 Experimentos Laboratoriais

Muitas pessoas ainda veem os animais como um mero objeto para testes. O experimento com animais não tem uma data exata do seu início, mas o uso de animais como cobaias é uma prática muito antiga.

Os animais mais utilizados como cobaias costumam ser os porquinhos da índia, os macacos, os famosos ratos de laboratório, também denominados como rato Twister, os coelhos e camundongos. Em determinados casos, ainda se utilizavam de cachorros e porcos. Os animais usados como cobaias eram criados dentro de viveiros biotérios, e depois de realizado todos os testes, todos eram sacrificados. (VASCONCELOS, on-line).

Se já não bastasse utilizar os animais para testes laboratoriais, estudantes de alguns cursos, como psicologia, química, bioquímica, medicina veterinária, biologia, entre outros, usam alguns animais. Na psicologia, por exemplo, utilizavam-se do rato Twister para estudos: ensinam, desensinam, ao ponto de deixarem eles loucos, até o momento de os sacrificarem. (NAUATA, on-line).

A vivissecção era uma das práticas utilizadas em animais vivos, com o propósito de estudá-los, no sentido de usá-los em testes, seja de drogas, cosméticos, higiene, entre outros. (GAZETA, on-line).

Um caso que rodou o mundo inteiro, que teve grande repercussão, foi o Ralph. Ralph é um coelho, uma cobaia, de indústrias de cosméticos. Esse vídeo, que viralizou, tinha como objetivo conscientizar e mostrar as pessoas a realidade dos animais que são usados para cosméticos. (MARTINS, on-line).

Atualmente, mais de 40 países baniram os testes em animais, no entanto, é um número pequeno, considerando a quantidade de países que existem no mundo. No Brasil, apenas oito estados baniram os testes em animais. (MARTINS, on-line).

Nos dias atuais, os coelhos e os ratos de laboratório são os maiores alvos dessa prática, no entanto, são os coelhos os que mais sofrem, visto que eles são amarrados pelo pescoço, tendo os produtos testados pingados em seus olhos e nas suas peles. Por sua vez, as peles e orelhas dos ratos e porquinhos da índia são utilizados para testes. Nenhum desses animais recebem qualquer medicamento para dor, e depois de testados e torturados, são mortos. (MARTINS, on-line).

Essa prática já não tem mais a necessidade, visto que existem mais de 17 métodos reconhecidos pela CONCEA e pela ANVISA, que podem ser utilizados para validar tais produtos, não necessitando mais de animais. (ANVISA, Resolução nº 35, de 7 agosto de 2015, on-line).

Ikeda e Smolarek (p.1, on-line) mencionam em seu artigo “O Uso de Animais em Experimentos com Fins Científicos ou Estéticos e a Tutela Jurídica dos Animais”, a escritora Sylvia Estrella (on-line) que aduz:

> Entre as práticas usadas com animais de laboratório, está a vivissecção, que é a cirurgia em animais, muito comum em faculdades de biomédica, para estudar seus órgãos e tecidos. Os animais são também usados em testes de novas drogas para os mais diversos fins, além de experimentação de procedimentos cirúrgicos. Na psicologia, são usados para determinar reações à privação maternal, indução de estresse. As indústrias de cosméticos, produtos higiênica e de limpeza usam animais para ver o grau de toxicidade de seus novos produtos. As toxicidades alcoólicas e de tabaco são testadas em animais. E até para armas químicas são usadas cobaias.

Os autores ainda mencionam Sérgio Greif (2003, p.23 apud 2015, p. 2, on-line) o qual dispõe:

A utilização de animais para fins didáticos vem sendo questionada em todo o mundo, tanto pela sociedade civil, quanto por cientistas, profissionais, educadores e estudantes. A argumentação baseia-se em considerações éticas, metodológicas, psicológicas e ambientais. Em todo o mundo, tem-se ressaltado a importância da substituição do uso de animais por técnicas mais inteligentes e responsáveis.

Dessa forma, é possível conscientizar-se e notar que não existe a necessidade de adquirir produtos testados em animais, visto que atualmente há diversos meios para se testar produtos para o consumo, sendo, portanto, desnecessário o teste em animais.

3.1.4 Rinhas

As rinhas são confronto entre animais, normalmente da mesma espécie; é uma espécie de luta livre entre os animais criados especialmente para praticar tais atividades.

A rinha é a crueldade dos animais em troca da diversão dos seres humanos, para quem se trata de um jogo de azar, sendo muito comum entre cães e galos. Normalmente as brigas duram até um dos donos dos animais desistir ou quando um dos animais envolvidos vem a óbito.

A rinha de galo, também conhecidas por 'briga de galo', se enquadra no artigo 32, da Lei de Crimes Ambientais, pois se trata de maus-tratos aos animais, sendo passível de penalidade.

Na Resolução nº 1.236/2018, especificamente no inciso XXIV, entende por maus-tratos submeter os animais a eventos aos quais não estão preparados, independentemente se físico ou emocional. Nesse sentido, Rocha menciona Corrêa (on-line apud SILVA, 2020, p. 137) que aduz:

> Na atualidade, as brigas de galos [...] são caracterizados como maltrato aos animais e crueldade. No Brasil são frequentemente enquadrados como crime ambiental pelo artigo 225 da CF/88 e pelo artigo 32 do Código Ambiental, mesmo que a pena aplicada não seja aquelas previstas por lei. Ou, pelo menos, assim vem sendo interpretada pelos juristas, inclusive pelos juízes do Supremo Tribunal Federal, [...], que visavam legalizar e disciplinar as brigas de galos.

A briga de galo é ainda muito discutida, uma vez que a Emenda Constitucional 96/17 trouxe consigo o §7, do artigo 225, que expressa a seguinte redação:

> §7 - Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei

específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, grifou-se).

Nesse sentido, o parágrafo permite práticas desportivas com a presença de animais, considerando como não sendo uma forma de maus-tratos ou como práticas cruéis, desde que consideradas manifestações culturais. Essa Emenda gerou dúvidas quanto às rinhas de galos, no sentido de entender se essa norma veio com o teor de descriminalizar tal prática, utilizando-se da tese de proteção cultural. (SILVA, 2020, p. 138).

Para Rocha:

[...] tal argumento não se sustenta em virtude de a rinha de galo tratar-se de um duelo entre animais, o que, por si, configura-se maus tratos. Logo, impossível a descriminalização da briga de galo em razão da evidente mácula à norma constitucional que veda os maus tratos aos animais. (SILVA, 2020, p. 138).

A autora afirma:

É impossível tratarmos sobre o assunto e não tentarmos, pelo menos superficialmente, entender o que move o mercado das rinhas de galo. Para além de uma ausência de humanidade daqueles que participam da prática, verifica-se um viés econômico. (SILVA, 2020, p. 138).

Não só as rinhas de galo, mas qualquer tipo de rinha, gera valores altíssimos em apostas. A autora ainda cita que as apostas centrais são feitas pelos donos dos animais e amigos próximos que treinam os animais para tais atos. (SILVA, 2020, p. 138).

Ainda nesse sentido, outro tipo de rinha muito comum é entre cachorros, mais comum entre a raça Pit Bull. Importante ressaltar que independentemente de qual for a espécie de animal, rinha é crime.

Em dezembro de 2019, no município de Mairiporã, na região metropolitana da capital paulista, policiais resgataram diversos cachorros da raça Pit Bull em uma rinha que estava acontecendo, encontrando alguns mortos. Apreenderam ainda, em média de 40 pessoas, e dentre essas pessoas, alguns eram médicos, veterinários e policiais. (GOVERNO, on-line).

Foi relatado ainda no caso que os animais mortos eram dados como comida para os demais animais. Funcionárias que trabalhavam no local alegaram que os animais eram treinados para atacarem outros animais, além de darem anabolizantes para os animais. Esse caso gerou grande repercussão, pois, embora estivesse ocorrendo no Brasil, envolvia ainda pessoas estrangeiras. (GOVERNO, on-line).

Nessa acepção, é inadmissível que muitos enxerguem a rinha como uma mera atividade ou ainda, uma forma de fins lucrativos. A rinha é crime, e não há o que se discutir. Se trata de uma atividade ilegal que submete os animais a brigas, em que muitos acabam morrendo, para que pessoas, sem humanidade, possam lucrar.

4 MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS: A NOVA LEI PARA AQUELES QUE NÃO TÊM VOZ

4.1 Direito dos Animais a Luz da Lei Nº 14.064/2020

A nova Lei nº 14.064 de 29 de setembro de 2020 altera a lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 e refere-se ao aumento de penas aos crimes cometidos contra os animais, em especial, crimes cometidos contra cães e gatos.

Mas antes de adentrar na lei em si, é preciso entender o artigo 32, que dispõe:

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
> § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
> § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.
> (BRASIL, on-line).

Nota-se que se trata de um crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, não somente por aquele que tem a guarda. No que diz respeito ao sujeito passivo, ainda há uma discussão, visto que há entendimentos que sustentam que o sujeito passivo é a sociedade. No entanto, existem aqueles que sustentam que a vítima é o próprio animal, sustentam que o animal já não pode mais ser considerado como objeto de direito, devendo ser visto como sujeito de direitos. Nota-se ainda que se trata de um crime, cujo o crime é a título de dolo, não existindo, portanto, a modalidade culposa. (DIZER, on-line).

É importante ressaltar que a conduta descrita no §1, redação original do artigo 32, estabelece procedimentos para o uso científico dos animais, no entanto, se trata de um parágrafo falho, pois a pena só é aplicada quando existem outros meios alternativos, ou seja, caso não exista, aquele que praticar tal conduta não será penalizado. (DIZER, on-line).

Logo, pode se dizer que se trata de uma lei simples, que alterada apenas o disposto no artigo 32 da Lei 9605/98. Como exarado, o artigo 32 trata das condutas praticadas que são proibidas, cuja pena é detenção de 03 meses a um ano, acrescidos de multa. O parágrafo segundo do referido artigo mostra que nos casos em que o resultado for a morte do animal, a pena é aumentada de um sexto a dois terços. (DIZER, on-line).

Antes de adentrar os §1-A que a nova lei traz, e ainda no que se encontra disposto no artigo 32, a Lei 11794/2008 tem em suma grande importância: essa lei trata da redação do artigo 225, inciso VII, do §1, da Constituição, em especial, no que tange a procedimentos para o uso científico de animais. (DIZER, on-line).

O artigo 14, da Lei 11794/2008, aponta diversas hipóteses, que seriam possíveis os experimentos. No entanto, no que tange à proteção dos animais, aqueles que os utilizarem para estudos, devem cumprir todos os requisitos respaldados no artigo 14, e no caso de não cumprimento, esse responderá pelo crime disposto no artigo 32. (DIZER, on-line).

Por sua vez, a lei 14064/2020 cria uma qualificadora no artigo 32, da Lei 9605/98. Não se trata de uma lei longa, ao contrário, é uma lei objetiva, que possui 3 artigos, se valendo apenas do artigo segundo. (DIZER, on-line).

A Lei nº 14064/2020 trouxe o disposto no §1-A. Esse dispositivo trata, em especial, dos cães e gatos: quando o crime for cometido contra esses, a pena aplicada para as condutas descritas no caput do artigo 32, de praticar atos de abuso, maus-tratos, ou ainda ferir ou mutilar esses animais, a pena será e 02 a 05 anos, acrescidos de multa e perda da guarda. (DIZER, on-line).

Essa nova lei, também conhecida como lei sanção, ficou conhecida por essa nominação, em homenagem ao cachorro de raça Pitbull “Sanção”, que teve suas patas traseiras decepadas por homens em Minas Gerais. O foco dessa lei, em especial, é aumentar a pena para os crimes praticados especificamente contra os cães e gatos, fazendo ainda com que o tutor do animal perca a guarda. (DIZER, on-line).

Ainda que a nova lei trouxe uma qualificadora agravante ao crime de maus-tratos, em específico para crimes cometidos contra cães e gatos, a pena para com outros animais deveria ser aumentada; tirar a vida de um animal silvestre, por exemplo, não deveria se valer apenas em uma penalidade de 3 meses a 1 ano; independentemente se foi tirada a

vida do animal ou não, os animais são dignos de respeito, não sendo mais vistos pela maioria como um simples objeto, mas como um sujeito de direitos.

4.2 Penalidades Aplicadas

Como exposto, a Lei 14064/2020 trata de uma qualificadora, trazendo uma pena maior para os crimes cometidos contra animais e gatos.

A pena trazida pele nova lei, em complemento ao artigo 32, em seu §1-A, evidencia a pena de 02 a 05 anos, quando os crimes são cometidos contra cães e gatos, podendo ainda se valer do §2, podendo ser aumentada a pena, no caso de morte dos animais, de 1/6 a 2/3 da pena, perdendo ainda o tutor, no caso de ser o sujeito ativo, a guarda do animal. Por sua vez, o artigo 32, caput e §1, evidencia a pena de detenção de 03 meses a 01 anos, acrescidos de multa. (BRASIL. Lei nº 14.064 de 29 de setembro de 2020, on-line).

Por sua vez, as penas não são exclusivas aos crimes cometidos contra cães e gatos, assim como dispõe o artigo 32, caput e §§ 1 e 2, da Lei 9605/98, no caso de maus-tratos, abuso, mutilação ou ferir animais, sejam eles silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, a pena de detenção pode ser de no mínimo 3 meses e chegar a um ano; pode assim como no §1-A, ser aumentada de 1/6 a 2/3 da pena, nos casos em que tal conduta leve à morte do animal. (BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, on-line).

Regina e Sousa alegam que:

> A finalidade da pena é proteger os detentores desses direitos conferidos pela Constituição Federal como bens jurídicos relevantes, ou seja, a vida do animal considerado em si mesmo, como estabeleceu a Constituição Federal em sua visão biocêntrica a este respeito. (REGINA; SOUSA, 2019, p. 90).

A Lei Municipal (Maringá/PR) 10467/2017 estabelece no âmbito do Município de Maringá algumas sanções e penalidades para aqueles que praticarem maus-tratos aos animais. (BRASIL. Lei Municipal nº 10.467, de 25 de agosto de 2017, on-line).

O artigo 2º da Lei Municipal mostra hipóteses de maus-tratos, bem como em seu artigo 5º esclarece as possíveis penalidades, como advertência e multa, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais); no caso de reincidência, a multa aplicada será o dobro do valor. No que diz respeito a pena de detenção, prevalece a disposta na Lei 9605/98 e 14064/2020. (BRASIL. Lei Municipal nº 10.467, de 25 de agosto de 2017, on-line).

Diante todo o exposto, é possível concluir que, comparando o disposto no artigo 32 e no §1-A evidenciado pela nova lei, aqueles que causarem crimes em animais silvestres, domésticos ou domesticados têm pena de 3 meses a 1 ano, exceto, quando se tratar de cães e gatos, cuja penalidade é de 2 a 5 anos. Em ambas as situações, se decorrer em morte do animal, a pena será aumentada de 1/6 a 2/3.

4.3 Cortando o Mal pela Raiz

Apesar de todas as penalidades previstas, a ocorrência de crimes de maus-tratos ainda são práticas comuns, principalmente com os animais de ruas; no entanto, os animais domésticos também são grandes vítimas de tal violência.

Ainda com a existência de leis e da Declaração Universal dos Direitos dos Animais e crimes ambientais, cuja penalidade é a detenção, e ainda com a aplicação de multas, trata-se de uma situação preocupante, vez que tal conduta praticada pelas pessoas ocorre diariamente.

Regina e Sousa alegam que:

> Direitos dos animais é uma ideia simples porque, no nível mais básico, significa apenas que os animais têm o direito de serem tratados com respeito. E é uma ideia profunda porque suas implicações têm amplas consequências.
> (REGINA; SOUSA, 2019, p. 74).

Regina e Sousa citam Maria Izabel Vasco:

> No Brasil e nos demais países, as leis de proteção animal são claramente influenciadas pelo "especismo eletivo", expressão relacionada ao fato de que o ser humano "elege" determinadas espécies de animais que seriam merecedoras de consideração moral, como por exemplo, os domésticos e silvestres ameaça dos de extinção. Porém, este termo vai contra um comportamento ético para com os animais, já que, segundo a autora Sonia T. Felipe, "na ética não se admite parcialidade. O que vale para um deve valer igualmente para todos. (TOLEDO, on-line apud REGINA; SOUSA, 2019, p.107).

O único meio para que toda essa violência chegue ao fim é por denúncias; as pessoas precisam se conscientizar e entender que, assim como os humanos, os animais não humanos também sentem dor, também possuem sentimentos, não são meros objetos, não são brinquedos, são seres vivos, que assim como os humanos, também são dignos de direitos.

Ao vir alguém praticar tal ato, denuncie, publique, adote, não abandone os animais nas ruas, doe se necessário. Muitos acreditam que é impossível mudar tal realidade, mas assim como alguns países conseguiram acabar com os animais de rua, mostram o contrário, é a prova de que tudo é possível, basta que nós seres humanos, titulados racionais, façamos a diferença.

Tais atos podem ser possíveis, se as leis fossem ainda mais rígidas, pois ainda com o que o Brasil tem, não é o suficiente, é preciso conscientizar a todos. As pessoas precisam se conscientizar e fazer a diferença, só depende de nós e de mais ninguém.

Regina e Sousa citam Martha Nussbaum, que esclarece:

> A esfera da justiça é a esfera das titularidades básicas. Quando digo que os maus-tratos aos animais é injusto, não quero dizer apenas que é errado de nossa parte trata-los mal, mas também que eles têm um direito, um critério moral, de não serem trata dos de tal modo. É injusto para com eles. Creio que pensar nos animais como seres ativos, que possuem um bem e o direito de persegui-lo, naturalmente nos leva a perceber as importantes lesões causadas a eles como injustas, o que está faltando nas considerações de Rawls, assim como nas de Kant (embora mais sutilmente) é a percepção do próprio animal como um agente e um sujeito, uma criatura com a qual vivemos em interação. (NUSSBAUM, 2008 apud REGINA; SOUSA, 2019, p.109).

Atualmente existem programas de castração, sendo uma das maneiras de evitar o abandono e traz benefícios aos animais. Não se deve comprar, mas sim adotar, um animal adotado é um animal a menos nas ruas. As pessoas precisam se responsabilizar, os animais são como filhos de 4 patas, que precisam de atenção, de amor e carinho.

Uma vez que todos se conscientizarem e adotarem todas as medidas cabíveis, posicionando-se cada vez mais por todos os meios possíveis, o Brasil será capaz, assim como a Holanda, de tornar-se um país livre de cachorros de ruas, abandonados.

5 CONCLUSÃO

Conforme exposto, pode-se concluir que, desde os tempos mais remotos, existe ligação entre o homem e os animais e que, ao longo dos anos, estes foram ganhando um espaço cada vez maior na sociedade. Dessa forma, percebe-se que, em que pese ter havido toda a evolução no mundo no que tange ao direito dos animais, ainda é necessário ter muita mudança, devendo aumentar cada vez mais as leis, fiscalização e aplicação de penalidades para aqueles que agirem contra os animais.

Com o presente trabalho, foi possível verificar as inúmeras formas de crueldade praticadas contra os animais, entre elas: zoofilia, rituais de sacrifício, experimentos laboratoriais, rinhas, além dos maus-tratos e situação precária que alguns sofrem com seus donos.

Essas práticas são inadmissíveis, pois assim como os seres humanos, os animais também são dignos do mínimo de respeito, igualdade e dignidade.

Assim é que surge a lei de maus-tratos aos animais, um grande avanço social e necessário para o país, na tentativa de buscar maior proteção a seres tão indefesos e que merecem ter o mínimo de respeito, não podendo mais ser aceito que os animais ainda sejam vistos como um simples objeto, que podem fazer o que bem entenderem com eles, mas sim vê-los como sujeito de direitos que são.

Além disso, é preciso que se exija mais do poder legislativo, pois, em que pese ser um avanço a lei de maus-tratos aos animais, ainda é necessária uma maior extensão no que diz respeito ao conceito de animais. Animal não é sinônimo de cão e gato; existem várias outras espécies que também clamam por essa proteção e isso não vem de hoje.

Não se pode tapar os olhos diante do desrespeito e desigualdade que os animais enfrentam diariamente; é necessário que tais práticas não sejam vistas como comuns dentro da sociedade, bem como pela conscientização de todos e, acima de tudo, mais amor pela vida desses animais indefesos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabrielle. **Aumento de pena para maus-tratos aos animais pode desestimular prática.** Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/aumento-de-pena-para-maus-tratos-aos-animais-pode-desestimular-pratica/ Acesso em: 12 jun. 2021.

ABREU, Natascha Christina Ferreira de. **A evolução dos direitos dos animais:** um novo e fundamental ramo do direito. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/45057/a-evolucao-dos-direitos-dos-animais-um-novo-e-fundamental-ramo-do-direito Acesso em: 09 jun. 2021.

ALMEIDA, Elga Helena de Paula. **Maus tratos contra animais.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/maus-tratos-contra-animais/ Acesso em: 10 jun. 2021.

AMARANTE, Aparecida. **Animais.** Natureza jurídica: objetos ou sujeitos de direito. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51114/animais-natureza-jurdica-objetos-ou-sujeitos-de-direito-animais-domsticos-guarda-compartilhada. Acesso em: 12 jun. 2021.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 24.645 de 10 de julho de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.794 de 8 de outubro de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.064 de 29 de setembro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei Municipal nº 10.467, de 25 de agosto de 2017**. Disponível em: http://www2.maringa.pr.gov.br/sistema/arquivos/62b9b171ca59.pdf Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 1236 de 26 de outubro de 2018**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47542721/do1-2018-10-29-resolucao-n-1-236-de-26-de-outubro-de-2018-47542637 Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE494601MMA.pdf Acesso em: 19 jun. 2021.

CARVALHO, Monique. **Holanda bate recorde e é o primeiro país sem nenhum cão de rua abandonado.** Disponível em: https://razoesparaacreditar.com/holanda-primeiro-pais-zero-caes-de-rua/ Acesso em: 08 jun. 2021.

DELABARY, Barési Freitas. **Aspectos que influenciam os maus tratos contra animais no meio urbano.** Santa Maria: Revista Eletrônica em Gestão, 2012.

DUARTE, Maria. GOMES, Carla. LEITÃO, Alexandra. MOREIRA, Alexandra. NEVES, Ana. GOMES, Carla. SIMÕES, Deolinda. EDÍGIO, Mariana. DUARTE, Maria. REIS, Marisa. SARAIVA, Rute. NEVES, Helena. SOBRAL, Cristina. FERNANDES, Miguel. OLIVEIRA, Ricardo. **Direito (do) animal.** Lisboa: Almedina, 2016.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o supremo tribunal federal:** um estudo a partir do direito animal. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2017.

FERREIRA, Camila Pimentel de Oliveira. **Evolução da proteção jurídica dos animais.** Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51911/evolucao-da-protecao-juridica-dos-animais Acesso em: 05 maio 2021.

FILHO, Francisco Expedito Vasconcelos. **Dignidade não humana:** os animais como sujeitos de direito no Brasil. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/74127/dignidade-nao-humana-os-animais-como-sujeitos-de-direito-no-brasil Acesso em: 10 jun. 2021.

GONÇALVES, Monique Mosca. **Dano animal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

IKEDA, Juliana Cantidio. SMOLAREK, Bruno. **O uso de animais em experimentos com fins científicos ou estéticos e a tutela jurídica dos animais.** Disponível em: https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/55954b537f1d4.pdf Acesso em: 10 jun. 2021.

JARDIM, Dani. **Cachorro bravo:** saiba o que é cachorro de rinha. Disponível em: https://vidanimal.com.br/rinhas-de-caes/ Acesso em: 25 mar. 2021.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataide. **Princípios do direito animal brasileiro**. Disponível em: http://www.direito.ufpr.br/portal/animaiscomdireitos/wp-content/uploads/2020/05/principios-do-direito-animal-vicente-de-paula-ataide-jr.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

LEITE, Thiago. **O que o STF decidiu acerca do sacrifício de animais em rituais religiosos?** Disponível em: https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/nao-chuta-que-e-macumba-o-que-o-stf-decidiu-acerca-do-sacrificio-de-animais-em-rituais-religiosos/ Acesso em: 19 jun. 2021.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais:** O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

MARTINS, Barbara. **Conheça Ralph**: o coelho cobaia da indústria de cosméticos. 22 de abril de 2021. Instagram: @falaaibabi. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CN-Sb6zF-JS/?utm_medium=copy_link Acesso em: 09 jun. 2021.

MASSACHUSETTS, Biblioteca Estadual. Disponível em: https://www.mass.gov/service-details/massachusetts-body-of-liberties Acesso em: 09 jun. 2021.

NAUATA, Felipe Macedo. **Maus tratos aos animais através da experimentação científica.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/65240/maus-tratos-aos-animais-atraves-da-experimentacao-cientifica Acesso em: 01 abr. 2021.

OLIVEIRA, Gabriela Dias. **A teoria dos direitos animais humanos e não-humanos, de Tom Regan.** Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/14917/13584 Acesso em: 10 jun. 2021.

PACCAGNELLA, Amanda Formisano. **A verdadeira natureza jurídica da declaração universal dos direitos dos animais e sua força como carta de princípios.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-verdadeira-natureza-juridica-da-declaracao-universal-dos-direitos-dos-animais-e-sua-forca-como-carta-de-principios/ Acesso em: 20 jun. 2021.

PAIVA, Flávia. **O que é zoofilia?** Disponível em https://peritavegana.com/o-que-e-zoofilia/ Acesso em: 25 maio 2021.

PAVAN, Nadir de Oliveira. **Maus tratos a animais:** e a tortura submetida em experimentos laboratoriais. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46912/maus-tratos-a-animais-e-a-tortura-submetida-em-experimentos-laboratoriais Acesso em: 09 jun. 2021.

REGAN, Tom. **"The case for animal rights"** in STERBA, James P. Earth ethics. Introductory readings on animal rights and environmental ethics. New Jersey, Prentice Hall, 2000.

REGINA, Célia. SOUSA, Nilander. **O crime de crueldade contra animais não humanos à luz do bem jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROCHA, Sara Caroline Leles Próton. **Zoofilia e os direitos dos animais.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/zoofilia-e-os-direitos-dos-animais/ Acesso em: 05 maio 2021.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade.** Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf Acesso em: 08 jun. 2021.

Sem autor. Lei nº 14.064/2020: aumenta a pena do crime de maus-tratos contra cães e gatos (Lei Sanção). Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2020/09/lei-140642020-aumenta-pena-do-crime-de.html Acesso em: 08 jun. 2021.

Sem autor. Lei nº 14064/2020: aumenta a pena do crime de maus tratos contra cães e gatos. Dizer o direito, 2020. Disponível em: https://www.brazilbeautynews.com/anvisa-aprova-metodos-alternativos-ao-uso-de,846 Acesso em: 10 jun. 2021.

Sem autor. O que é zoofilia? Redação hora, 2021. Disponível em: https://www.nsctotal.com.br/noticias/o-que-e-zoofilia-entenda Acesso em: 08 jun. 2021.

Sem autor. Os países que mais (e menos) protegem os animais. The greenest post, 2014. Disponível em: https://thegreenestpost.com/os-paises-que-mais-e-menos-protegem-os-animais/ Acesso em: 09 jun. 2021.

Sem autor. Polícia Civil prende 40 pessoas em rinha internacional de cães. Governo do Estado do Paraná, 2019. Disponível em: http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=105083&tit=Policia-Civil-prende-40-pessoas-em-rinha-internacional-de-caes Acesso em: 26 mar. 2021.

Sem autor. Animação #saveralph pede fim dos testes cosméticos em animais. Propmark, 2021. Disponível em: https://propmark.com.br/digital/animacao-saveralph-pede-fim-dos-testes-cosmeticos-em-animais/ Acesso em: 21 jun. 2021.

Sem autor. Você sabe o que é vivissecção? Gazeta do povo, 2011. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/giro-sustentavel/voce-sabe-o-que-e-vivisseccao/ Acesso em: 01 abr. 2021.

SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerro. **Curso de direito animal.** Natal: Edição do autor, 2020.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Princípios de proteção animal na constituição de 1988.** Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2871/2679. Acesso em: 10 jun. 2021.

VASCONCELOS, Yuri. **Como são feitos os testes de laboratório em animais?** Disponível em: https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-sao-feitos-os-testes-de-laboratorio-em-animais/ Acesso em: 01 abr. 2021.

VOLTAIRE. Dicionário filosófico. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

WOLF, Karen Emília Antoniazzi. **Proteção jurídica do animal não humano:** entre cosmopolitismo e cosmopolíticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

XAVIER, Cláudio. **Direito dos animais no século XXI:** uma abordagem ambiental, filosófica e jurídica das questões que envolvem os direitos dos animais. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/13/2013_13_16001_16028.pdf Acesso em: 09 jun. 2021.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO

Gustavo Henrique Arnaut Braz[15]

Mateus Ramalho Ribeiro da Fonseca[16]

RESUMO: O objetivo deste trabalho é apresentar o conceito de dados, os quais não se limitam a apenas nome, endereço e afins, além de apontar a necessidade de sua proteção. Para isto, o estudo foi realizado pelo método de revisão bibliográfica, sendo esta decorrente da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e artigos que abordam o tema. Além disso, o escrito busca mostrar no que se refere aos dados, que é o seu titular quem deve anuir e outorgar quanto ao tratamento a ser realizado com estes dentro de sua privacidade. Os resultados obtidos explicam que a preocupação com a proteção dos dados não é recente, ainda que no momento presente, posto a era digital, os cuidados aumentaram. Conclui-se então que, aquele que fará uso de dados do titular, deve, de modo expresso, revelar a finalidade daquele tratamento e, só poderá assim fazer caso haja o consentimento da parte.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade; Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); Consentimento.

ABSTRACT: The objective of this work is to present the concept of data, which are not limited to just name, address for exemple, in addition to pointing out the need for its protection. For this, the study was carried out using the bibliographic review method, which results from the Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) and articles that address the topic. In addition, the writing seeks to show, with regard to the data, that its owner must agree and grant the treatment to be carried out with them within their privacy. The results obtained explain that the concern with data protection is not recent, although at the present time, given the digital age, care has increased. It is therefore concluded that those who will make use of the data of the holder must expressly disclose the purpose of that treatment and will only be able to do so if there is the consent of the party.

KEYWORDS: Privacy; Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); Consent.

1. INTRODUÇÃO

[15] Acadêmico do curso de Direito pela Faculdade Maringá, quarto semestre. brazgustavo006@hotmail.com
[16] Mestre e doutor em Economia, professor de Socioantropologia pela Faculdade Maringá. mateusramalho88@hotmail.com

Este estudo tem como objetivo relevar a importância da proteção de dados tanto pessoais quanto sensíveis, a partir das reproduções bibliográficas a respeito da temática e aplicabilidade da proteção de dados, sobretudo no âmbito da privacidade e autonomia privada dos sujeitos. Primeiramente, será apresentado o motivo que inspirou a criação de regulamentações de proteção de dados, em especial a partir dos anos de 1990, tendo em vista que foi a partir desse período que começou a ser desenvolvido modelos de negócios na economia digital com o advento dos avanços tecnológicos da internet oriundos da globalização.

Ao discorrer sobre a história da proteção de dados e alcançar a legislação brasileira com a Lei 13.709 de 201, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o escrito apontará que seu surgimento vem ao encontro com o que se entende por intimidade, privacidade do cidadão e os seus direitos. Ou seja, a proteção de dados é tida como um direito humano, o qual tem sua origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo como objetivo assegurar a dignidade humana e, sobretudo resguardar esta contra a agressão da privacidade, a qual circunda o tratamento abusivo e ilícito de dados pessoais.

Ao adentrar na legislação brasileira em si, o estudo revelará que sua máxima é criar uma estrutura de garantias, que por sua vez garanta que o sujeito possa exercer seus direitos e liberdades tida como fundamentais, ao passo que reprime o uso de seus dados de modo irrestrito e atentatório aos direitos humanos.

Em suma, o estudo mostrará a necessidade e a importância de estabelecer um mecanismo, o qual o sujeito compreenda e tenha controle de seus próprios dados. Fundamentalmente, este controle versa sobre uma expressão direta de sua própria personalidade, razão pela qual o ordenamento jurídico considera a proteção de dados como uma importante ferramenta para resguardar a efetiva proteção humana e de seus direitos fundamentais.

2. CONCEITOS E TERMINOLOGIAS

Antes de mais nada, faz-se necessário explanar alguns conceitos e terminologias a respeito da temática em questão. Estes são fundamentais e devem ser condizentes com

o propósito de estudo no campo da informação na atual era digital. Sendo assim, ao adentrar no contexto temático, denomina-se titular a pessoa a quem se referem os dados pessoais, os quais são objeto de algum tratamento.

Tratamento por sua vez é toda e qualquer operação feita com algum tipo de manejo de dados, isto é, seu colhimento, produção, acolha, classificação, emprego, admissão, reprodução, delegação, distribuição, processamento, arranjo, depósito, edição, eliminação, parecer, monitoramento da informação, alteração, comunicação, transposição, propagação ou remoção.

Posto isto, os dados pessoais se configuram como toda informação referente a uma pessoa identificada ou identificável. Desse modo, dados pessoais vão além do nome, sobrenome, documentos, data de nascimento, endereço residencial e/ou eletrônico. Abrange também os dados de localização, placas de automóvel, índole e histórico de compras, número do Internet Protocol (IP), discorre ainda que, "por dado pessoal entende-se a representação de fatos sobre pessoa identificada, isto é, representação referente a alguém que se conhece e individualiza em meio a certo grupo ou coletividade" (MACHADO; DONEDA, 2018, p. 105), ou seja, são considerados como dados pessoais aqueles utilizados para a elaboração do perfil comportamental de certo indivíduo que possibilita a sua identificação. O conceito amplo de dado pessoal atinge àquele não identificado diretamente, em outras palavras, há dados pessoais que independentemente sem conter identificadores direitos ou indiretos são capazes de distinguir com precisão o titular (MACHADO; DONEDA, 2018).

Além dos dados pessoais, tem-se os dados sensíveis. Estes são compostos por informações que fazem relação com a característica da personalidade do sujeito e suas escolhas pessoais. Enquadram-se neste rol informações sobre a origem racial ou étnica, ideal religioso, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de cunho religioso, filosófico ou político, dados que diz respeito a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico tratando-se de pessoa natural (BRASIL, 2018).

Outro conceito para os dados, são os anonimizados, na qual compõem aqueles relativos a um titular que não possa ser possível sua identificação, levando em conta o uso de ferramentas e técnicas razoáveis e disponíveis viabilizados pelo tratamento. Ainda

nesta seara, ressalta-se o conceito de anonimização, sendo definido como o uso de meios e técnicas plausíveis no instante do tratamento, nos quais os dados ficam debilitados de serem vinculados direta ou indiretamente a um indivíduo (BRASIL, 2018).

Ainda assim, outro termo fundamental para o assunto é o consentimento. Exposto no artigo 5ª da Lei Geral de Proteção de Dados: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: “XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;” (BRASIL, 2018). O termo então se define como sendo a livre manifestação, informada e inequívoca, a qual o titular dos dados autoriza e dá aval para que estes sejam tratados para aquela finalidade determinada previamente, de modo claro, objetivo e destacado.

3. HISTÓRICO DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS

No que se refere ao progresso histórico da proteção de dados, tem-se que no ano de 1948 passou a vigorar a chamada Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual possui em seu 12º artigo o Direito a Privacidade: "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei” (UN General Assembly, 1948).

Desse modo, entende-se que a preocupação com a proteção dos dados já era pressentida mesmo na esfera offline, posto ao aumento da coleta de dados por parte de governos e empresas da época. Ao adentrar no contexto europeu, encontra-se na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, datada de 1950 a proteção à privacidade no artigo 8º:

> Direito ao respeito pela vida privada e familiar
> 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
> 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções

> penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. (CEDH, 1950).

Desde então e preocupação pela proteção de dados passou a ganhar espaço, mesmo antes da era digital.

Ao analisar os limites do acesso à conteúdos, principalmente no tocante a informações pessoais e sigilosas, tem-se que devido a gama de processos automatizados, no ano de 1981 o Conselho Europeu organizou a primeira Convenção Internacional para a Proteção Pessoal em relação ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal. Esta convenção tem por princípio basilar o reconhecimento e a necessidade de conciliar e respeitar os valores básicos da vida privada e o livre fluxo de informações entre as pessoas.

No ano de 1995 a Diretiva Europeia de Proteção de Dados 95/46/CE foi criada, a qual refletiu o progresso tecnológico e introduziu novos termos tal como processamento, dados pessoais e sensíveis. Seus fundamentos estão pautados e se justificam na proteção de dados, aplicando-os aos países os quais aderiram os princípios de privacidade da Declaração Universal de Direitos Humanos. Outrossim, determinava que cada país membro possuísse um órgão ou profissional responsável pela supervisão e execução nos moldes da lei a fim de harmonizar com a 95/46/CE.

A Diretiva 95 tem como convicção a ideia de que os sistemas de tratamento de dados estão em prol do sujeito, e não de modo contrário. Além disso, se preocupa com o respeito e com as linhas tênues entre liberdade e direitos fundamentais do indivíduo em âmbito global conforme o item 2 de seu preâmbulo:

> 2. Considerando que os sistemas de tratamento de dados estão ao serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares independentemente da sua nacionalidade ou da sua residência, especialmente a vida privada, e contribuir para o progresso económico e social, o desenvolvimento do comércio e o bem-estar dos indivíduos. (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

Ademais, a Diretiva conta com 72 preâmbulos, os quais prezam tanto pela finalidade e fundamentos, quanto para o tratamento de dados na sociedade da moderna, posto o grande poder de infiltração da informação na sociedade e, em especial, o que se

é feito a partir dessa informação, o que por sua vez é objeto de estudo no campo da privacidade face ao constitucionalismo multinível.

A Diretiva firmou certos princípios como o recolhimento de dados em termos com uma finalidade específica, além do direito ao acesso dos dados perante o consumidor, trazendo responsabilidade a empresas no que diz respeito a segurança das informações nelas armazenadas.

No contexto da União Europeia foi a partir do ano de 2000 com a promulgação da Carta de Direitos Fundamentais que houve o reconhecimento dos direitos fundamentais limitadores dos poderes da federação. Inicialmente a Carta não tinha um intuito normativo, entretanto adquiriu foça vinculativa como direito primário da União Europeia em 2009 após o Tratado de Lisboa entrar em vigor, o qual defende o direito fundamental à proteção de dados:

> Artigo 8º
> Proteção de dados pessoais
> 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
> 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
> 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

No entanto, antes da sua adoção, tendo em vista a preocupação em limitar o tratamento de dados pessoais por entidades da União Europeia, houve o chamado Regulamento (CE) n. 45/2001, o qual tinha como máxima o tratamento face a instituições e órgãos comunitários e a livre circulação de dados, uma vez que a Diretiva 95 tinha como alvo apenas os países membros da União Europeia e não os órgãos da própria União.

Adiante, um conjunto de regras foi gerado a partir de um projeto criado em 2012 e aprovado em 2016, o objetivo era criar novas e mais atuais restrições e procedimentos para o tratamento de dados privados de cidadãos de grupos econômicos, visto que as regras anteriores eram atuais na realidade de 1995. De uma forma geral, a União Europeia

entende que a privacidade dos cidadãos é inviolável, pelo que qualquer empresa que opere na região ou que forneça serviços ou produtos a europeus deva cumprir regulamentos estritos sobre a forma de recolha, tratamento e armazenamento de dados pessoais e seu compartilhamento. Nestes moldes surgiu a General Data Protection Regulation (GDPR).

Em âmbito de Brasil, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a preocupação com a proteção de dados pessoais surgiu, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XII:

> XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988)

Apenas no ano de 1988 que o Brasil passou a dar atenção expressamente a proteção de dados, intimidade, vida privada e à imagem. E, tão só, em 2018, isto é, 30 anos após a promulgação da atual Constituição, que houve a aprovação de uma lei em especifico que regulamenta a proteção de dados no país, a Lei 13.709/18 conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados.

4. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

4.1 Importância de uma Lei de Proteção de Dados

A integridade dos dados, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993), é análoga ao direito fundamental à privacidade. Com o advento dos novos meios de comunicação proporcionados pela globalização originados no pós segunda guerra mundial, em especial a internet, o acesso à informação e aos dados foi, de certo modo, democratizado. O grande poder de infiltração da informação na sociedade e, em especial, o que se é feito a partir dessa informação é objeto de estudo no campo da privacidade. A alta gama de informações ao passo que é utilizada de forma benéfica como meio para ser transformada

em conhecimento, também é usada de modo pejorativo, isto é, como forma de manipulação em massa, seja em âmbito social, político, cultural e/ou econômico.

Ainda nesta seara, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis apontam que:

> Que o indivíduo deve ter total proteção pessoal e patrimonial é um princípio tão antigo quanto o common law; mas tem sido considerado necessário, de tempos em tempos, definir novamente a natureza exata e a extensão de tal proteção. Mudanças políticas, sociais e econômicas implicam o reconhecimento de novos direitos, e o common law, em sua eterna juventude, cresce para atender às novas demandas da sociedade. (On-line, 1890).

Ou seja, há mais de 100 anos atrás os autores visionários já lançariam as premissas do que seria a tutela jurídica da proteção de dados em âmbito de direito fundamental.

Dada a relevância do assunto, o Brasil tem adotado regulamentações de proteção de dados fortemente inspiradas nas diretivas europeias. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) resulta da fusão da Lei 4.060/2012 iniciada pela Assembleia da República e da Lei n.º 5.276/2016 proposta pelo Presidente da República, esta última goza de uma posição relativamente destacada no texto final aprovado. A declaração do Presidente da Comissão Especial da Câmara sobre a aprovação do Projeto de Lei 4.060/2012 resumiu a necessidade de aprovação do projeto.

Além do mais, segundo o Diário da Câmara dos Deputados ano LXXIII, nº 85 apontou a necessidade da criação de uma legislação em específico e, justifica a normalização nacional dada a primordialidade de ampliar a segurança jurídica no país, facilitando o comércio de bens e serviços. Para mais, a criação de uma lei de proteção de dados foi vista como condição para que o Brasil adentrasse a acordos internacionais, bem como o comércio pautado na circulação de dados e cooperações internacionais para o combate ao crime organizado e cibernético, além da entrada na Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Com o advento da tecnologia e o avanço da automação de dados pessoais, é notório o progresso das potencialidades tecnológicas baseadas em dados. Prova disso é a inteligência artificial, a qual emula a inteligência humana capaz de realizar tarefas e tomar

decisões pelo sujeito, conduzindo assim a humanidade a desafios até então sem precedentes (McCarthy, 1956).

A inteligência artificial se consagra a partir de um abastecimento de dados para além de algoritmos simples (DONEDA, 2018). A atual complexidade dos algoritmos pode proporcionar conclusões e decisões automatizadas do titular ao programador (KNIGHT, 2017). A extensão do corpo físico entendida como corpo eletrônico do sujeito é a fonte de dados para o sistema de automação, o qual ao serem tratados com o objetivo de produzir decisões sem a apreciação humana, invade a personalidade do titular dos dados, o que por vezes acaba por produzir efeitos em âmbito jurídico (RODOTÀ, 2019). Isto é, a coleta de dados sensíveis bem como aqueles relacionados a genética e inclinação sexual ou religiosa são usados para decisões de emprego, planos de saúde e habitação do sujeito (COHEN, 2000).

A deliberação automatizada de dados se torna a responsável pela categorização de perfis, nesse sentido, os indivíduos expostos a sociedade da informação são bombardeados diariamente por informações que lhes impõe padrões a serem seguidos. Padrões estes da esfera social, no sentido de que se devem se moldar para serem aceitos, ou seja, os indivíduos são rotulados e aquele que não estiver seguindo o padrão imposto coercitivamente a ele, não será aceito. Tanto no âmbito social quanto no profissional há essa etiquetagem, o sujeito para ser aprovado deve se enquadrar ao padrão imposto, caso contrário será considerado um transgressor desse fato social.

Nesse sentido, Rodotà aponta que:

> Quando a relação entre poderes públicos e privados e as pessoas vem baseada em uma mineração ininterrupta de dados, na coleta ilimitada de qualquer informação a respeito deles e depois confiada ao algoritmo, as pessoas são transformadas em abstrações, a construção das suas identidades, é subtraída de sua consciência, seu futuro confiado ao determinismo tecnológico. Tudo isso afeta os direitos fundamentais, põe em questão a livre construção da personalidade e a autodeterminação, impondo, assim perguntar-nos se e como a sociedade do algoritmo pode ser democrática. (RODOTÀ, 2019, p. 40).

Ainda por essa perspectiva, o "ser" do sujeito deve estar enquadrado ao "dever ser" imposto e externo a ele, o bombardeio tecnológico no tecido social coloca o sujeito no que Rodotà (2019) chamou de "ditatura dos algoritmos", nada obstante o indivíduo não é mais um ser livre, mas sim refém de mecanismos que não sabe ou que não pode controlar.

Ademais, nota-se o poder de discriminação no uso de algoritmos de dados, visto que a qualidade da decisão automatizada está condicionada a qualidade do tratamento de dados. Isto é, modelos estatísticos baseados em poderes discriminatórios - como os dados sensíveis -, pode levar a decisões discriminatórias. Outrossim, por construir padrões de classificação, o sistema impõe barreiras àqueles contrários a maioria, potencializando assim a rotulação e repressão da minoria (DONEDA, 2018). A propensão por comportamentos nos moldes dos perfis historicamente predominantes acaba sendo um impasse ao livre desenvolvimento da personalidade, da dinâmica social de autonomia e da democracia, o que leva o sujeito a seguir um padrão de normalidade externo e coercitivo a ele (BAIÃO; GONÇASLVES, 2014).

Embora no General Data Protection Regulation (GDPR), seja proibido o tratamento de dados sensíveis a fim de abastecer o sistema de padronização conforme redação dada pelo artigo 22º, item 4, "medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular" (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p, 46), na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) esta é uma lacuna a qual encontra-se vaga até o momento, não possuindo na legislação uma previsão em específico para o tratamento dos dados sensíveis na esfera das decisões automatizadas.

A captação, tratamento e decisões automatizadas a partir dos dados sensíveis do titular, pode sintetizar hábitos, preferencias e tendências comportamentais do sujeito e, levar a formação de perfis com um grande poder discriminatório (DONEDA, 2006). Além do que, a rotulação e a redução da pessoa humana, sua liberdade e singularidade a um mero perfil com probabilidades de condutas, seja pela associação dos padrões de hábitos ou comportamentos avoca uma inevitável discriminação diante de dados sensíveis (TEFFÉ; MORAES, 2017).

Posto as diversas instigações colocadas para proteger os indivíduos na era digital, os dados sensíveis tornaram-se particularmente importantes, tendo em vista que os avanços tecnológicos parecem expandir seu potencial prejudicial. No entanto, com o objetivo de validar os valores fundamentais da pessoa na atual era digital, faz-se imprescindível enunciar os artifícios para a proteção de dados estabelecidos na chamada LGPD.

4.2 FINALIDADE DA LEGISLAÇÃO

Com a finalidade de viabilizar o controle de dados tanto pela perspectiva individual quanto coletiva, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), nº 13.709, em 14 de agosto de 2018. Dentre seus fundamentos, encontra-se a partir da redação do artigo 2º, o respeito a privacidade, a autodeterminação informativa, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa (BRASIL, 2018). Antes da referida lei vigorar, o país já contava com normas, as quais de modo direto ou indireto regulamentavam assuntos no que diz respeito a privacidade e à proteção de dados, estas foram ajuntadas ou sucedidas a partir da vigência da legislação específica (MONTEIRO, 2018), como por exemplo a Lei 12 965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

A máxima da Lei Geral de Proteção de Dados, como o próprio nome sugere, objetiva a proteção de dados, isto encontra-se demarcado em seu artigo 1º:

> Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

Posto isso, extrai-se que a lei atua não somente na esfera digital e, se estende tanto para a pessoa física quanto para a jurídica - esta sendo de direito público ou privado.

A LGPD aderiu ao modelo europeu da GDPR ao definir como dado pessoal toda "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (BRASIL, 2018), sendo assim, todos os dados que são tratados devem estar pareados com a norma.

Entretanto, há uma exceção prevista no artigo 4º da lei em questão, a qual descarta de seu alcance o tratamento de dados pessoais com a finalidade exclusiva de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais (BRASIL, 2018), o que faz surgir por vezes impasses para a tutela de dados pessoais que estão além da abrangência da LGPD.

Mulholland (2018) elucida que o tratamento dos dados sensíveis limitado se destina a barrar sua utilização para fins os quais abalem os princípios e fundamentos republicanos do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, há uma linha tênue entre o conceito de dados sensíveis e o seu possível potencial de lesividade, nesse sentido, Danilo Doneda (2010) expõe que:

> Deve-se ter em conta que o próprio conceito de dados sensíveis atende a uma necessidade de delimitar uma área na qual a probabilidade de utilização discriminatória da informação é potencialmente maior – sem deixarmos de reconhecer que há situações onde tal consequência pode advir sem que sejam utilizados dados sensíveis, ou então que a utilização destes se preste a fins legítimos e lícitos. (DONENDA, 2010, p. 27).

Ou seja, é questionável que o tratamento de determinado dado se entrelaçaria com o princípio da igualdade material e a seu poder de ser usados de modo discriminatório. Desse modo, o campo de atuação da LGPD passa por uma análise crítica para definir seu alcance e eventual aplicabilidade caso a caso.

Conforme exposto no artigo 11, §1º da LGPD é determinado que esta legislação será aplicada "a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvando o disposto em legislação especifica" (BRASIL, 2018). Posto isto, Mendes (2014) alega que equivale a um "tratamento sensível de dados", haja vista que parte do pressuposto que alguns dados, em primeiro plano, fazem-se inofensivos, porém ao serem tratados adquirem grandes potenciais discriminatórios podendo causar dano ao titular.

Nesse sentido, Frazão (2018) defende que o conceito de dados pessoais sensíveis e não sensíveis deve ser dinâmico, fato que explicaria a previsão da LGPD no que tange a sua máxima, isto é, a tutela de dados os quais uma vez tratados autorizam o saber de

informações sensíveis sobre o indivíduo. Dessa forma, tal legislação se ampliaria a fim de servir como um mecanismo de proteção primeiramente colocado aos dados sensíveis à dados pessoais passiveis de revelar dados de cunho sensível.

Ademias, dentre os princípios referida lei brasileira, há em seu 6º artigo a redação quanto a finalidade do tratamento de dados e da não discriminação. O princípio da finalidade faz-se necessário, uma vez que "com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que é possível a estipulação de um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade, (fora da qual haveria abusividade)" (DONEDA, 2006, p. 216).

Nesta seara a respeito do princípio da finalidade, a LGPD estipula a "realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades" (BRASIL, 2018). Outrossim, o princípio da não discriminação expõe a "impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos" (BRASIL, 2018), e isto significa que, ao passo que é vedado o uso de modo discriminatório relacionado a ilicitude ou a abusividade, é plausível um tratamento diferenciado desde que lícito e não abusivo (MULHOLLAND, 2018).

Ao adentrar na esfera da ilicitude e abusividade do tratamento dos dados, tem-se que esta acaba por ser uma esfera subjetiva, posto que a LGPD não estabelece critérios expressos, fazendo com que o ilícito e o arbitrário seja definido a partir das regras e normas do direito penal e civil, tal qual segue o princípio da boa-fé objetiva e a forma normativa da atual Constituição Federal (MULHOLLAND, 2018).

4.3 APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Com o advento da LGPD, surgiram três atores, sendo eles o controlador, o operador e o encarregado. O controlador é aquela pessoa - física ou jurídica de direito privado ou público -, a qual fica responsável por tomar decisões a respeito do tratamento dos dados pessoais. O operador por sua vez se configura como sendo uma pessoa de natureza semelhante ao controlador, entretanto fará o tratamento propriamente dito dos

dados, este fará a coleta, armazenamento e eliminação das informações dentro dos moldes da lei (TEPEDINO, 2020).

Por fim, surge a figura do encarregado, sendo este o responsável pelo meio qual se comunica o controlador, o operador, o titular dos dados e o órgão de fiscalização. Com relação ao órgão de fiscalização, a legislação fez por surgir a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), esta consiste em se tratar de uma autarquia ligada ao Ministério da Justiça tendo por objetivo garantir a aplicação da lei e o seu desenvolvimento (TEPEDINO, 2020).

A necessidade de um encarregado para a harmonia entre a lei e o tratamento e proteção de dados, fez com que surgisse uma nova profissão destinada exclusivamente para tal finalidade, assim nasce a figura do Data Protection Officer (DPO), um profissional que deve dominar o conhecimento tanto digital quanto jurídico (TEPEDINO, 2020).

Desse modo, a Lei Geral de Proteção de Dados, proíbe então a utilização dos dados pessoais do titular de modo indiscriminada, sem que haja o seu consentimento expresso. Além do mais, uma vez coletados, a lei prevê que o titular tem o direito de acessar, atualizar, retificar e eliminar seus dados, bem como revogar sua autorização para a utilização. No caso de o responsável pelo tratamento dos dados agir em desacordo com a lei, a empresa pode arcar com multa que chega a 2% do seu faturamento ou até mesmo do grupo a qual ela pertence, entretanto, a multa é limitada ao valor máximo de R$ 50 milhões. Ainda por esse lado, a empresa ou organização a qual agir fora dos parâmetros da LGPD, poderá ter a paralização da atividade relacionada ao tratamento dos dados, parcial ou totalmente, para mais responder juridicamente as transgressões previstas na lei (BRASIL, 2018).

Vale lembrar que a Lei Geral de Proteção de Dados conta com algumas exceções relacionadas a sua aplicabilidade. Isto é, não será aplicada a lei quando a pessoa física colhe dados para fins meramente particulares e não comerciais, outrossim quando jornalistas angariarem dados no exercício regular de sua profissão para uso específico, acadêmico ou artístico. A lei não será aplicada ao setor público, desde que se trate de casos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, além de quando se

tratar de atividades de investigação e repressão de infrações em âmbito penal, conforme dito anteriormente.

Ademais, Gustavo Tepedino defende a não aplicação da LGPD em determinados casos alegando que:

> Premissa básica do constitucionalismo moderno, informa que os direitos não são absolutos. Por essa razão, a privacidade não se sobrepõe, aprioristicamente e em abstrato, aos demais direitos e valores constitucionalmente positivados. No Brasil, ao tempo em que o texto constitucional acolhe a privacidade (art.5º, X), também prevê, promove e garante a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, o direito à informação e a segurança (art. 5º, IV, IX e XIV; art.220). No âmbito da segurança, destaca a segurança pública que se estabelece como um direito social no art.6º, e como responsabilidade de todos no art.144. (TEPEDINO, 2020 p. 166).

Em vista disso, entende-se que a Lei Geral de Proteção de Dados não atinge a todos de modo unânime, tocando desse modo àqueles que fazem o tratamento de dados com a finalidade de nutrir sua atividade mercantil.

A partir da entrada em vigor da LGPD, sites e aplicativos já aderiram as novas normas quanto ao consentimento do titular (previsto no artigo 5º, inciso XII), para com seus dados. Desse modo, o sujeito é informado e lhe é solicitado a permissão para a coleta, expondo ainda a finalidade do tratamento. Por esse viés, Gustavo Tepedino aponta o seguinte:

> A base legal do consentimento para o tratamento de dados do titular representa instrumento de autodeterminação e livre construção da esfera privada. Permite diferente escolhas e configurações em ferramentas tecnológicas, o que pode ter reflexos diretos na personalidade do indivíduo. Ainda que represente figura de grande relevância nas leis de dados, o consentimento não é a única hipótese para o tratamento de dados pessoais nem é hierarquicamente superior às demais bases legais dispostas na Lei 13.709/18. (TEPEDINO, 2020 p. 292).

Desta forma, o consentimento consisti como sendo um dos principais focos da lei, tendo em vista que confere maior amparo, informação e, acima de tudo mais segurança ao titular dos dados pessoais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado acerca da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), mostrou que na atual era digital a falta de uma tutela efetiva de bens jurídicos, é capaz de retirar ou lesar a dignidade humana, em especial a liberdade e a privacidade de dados pessoais e sensíveis.

No âmbito social, o uso irrestrito de smartphones e aparelhos computadores deixam dados pessoais, os quais não se reduzem meramente ao nome, aos documentos de identificação e ao endereço, mas sim dados que uma vez vinculados ao titular são capazes de identificá-los. Estes rastros de informações deixadas pelo sujeito compõe um retrato sobre quem são, isto é, seus gostos, predileções, e características, o que resulta em perfil bastante verossímil sobre a personalidade do indivíduo e é com base nisto que uma série de decisões podem ser tomadas a respeito do sujeito.

Portanto, constantemente os rastros deixados pelo usuário são monitorados e é justamente por este motivo que a privacidade e a proteção dos dados são de suma relevância, haja vista que diz respeito a identidade do titular. A capacidade de se autodeterminar está calibrada pelos tratamentos que são feitos com os dados.

Outrossim, proteger dados significa estabelecer as regras do jogo, isto é, consentir o que pode ou não ser feito a partir da coleta de algum dado. A proteção não se dá somente à pessoa física, mas também é estendida e utilizada para gerar confiança entre os cidadãos, entre organizações públicas e privadas que fazem uso desses dados para os seus modelos de negócios, atividades comerciais e formulação de políticas públicas.

Tendo em vista o princípio dos dados de qualidade trazido pela LGPD, o corpo eletrônico deve ser fidedigno com a personalidade do indivíduo, posto que caso contrário decisões sobre o titular serão equivocadas.

Desse modo, conclui-se que a proteção de dados não pode ser tida, contudo, como óbice ao progresso econômico e social, nem ao desenvolvimento do comércio e do bem-estar individual. Pelo contrário, é a segurança e confiança no sistema de tratamento de dados pelos indivíduos que potencializará o comércio e o progresso social.

REFERÊNCIAS

BAIÃO, Kelly Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. **A garantia da privacidade na sociedade tecnológica**: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: http://civilistica.com/a-garantia-da-privacidade-na-sociedade-tecnologica-um-imperativo-a- concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/. Acesso aos 15 de julho 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consti tuicao/constituicao.htm. Acesso aos 20 de julho 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Ofi cial da União, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso aos 15 de julho 2021.

CAPEZ, F. **Lei Geral de Proteção de Dados**: origem histórica. Disponível em: https://economia.ig.com.br/colunas/defesa-do-consumidor/2020-06-01/lei-geral-de-protecao-de-dados-origem-historica.html. Acesso aos 19 de julho 2021.

COHEN, Julie E. **Examined Lives**: Informational Privacy and the Subject as Object. StanfordLaw Review, Stanford, v. 52, n. 5, p.1373-1438, 2000.

COMISSÃO EUROPEIA (ed.). **Proteção de dados: regras para a proteção de dados pessoais dentro e fora da UE Comissão Europeia**. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/lawtopic/data-protection_pt>. Acesso aos 21 de julho 2021.

DONEDA, Danilo. **A Proteção dos Dados Pessoais Como Um Direito Fundamental**. Espaço Jurídico Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658. Acesso aos 09 de julho 2021.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto et al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [s.l.], v. 23, n. 04, p.1-17, 2018. Fundacao Edson Queiroz. http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2018.8257. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf. Acesso aos 11 julho 2021.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Sigilo de dados**: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231. Acesso aos 10 de julho 2021.

FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD**: a importância do consentimento para o tratamento dos dados pessoais. 2018a. Jota. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e- analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-a-importancia-do-consentimento- para-o-tratamento-dos-dados-pessoais-12092018. Acesso aos 02 de agosto 2021.

KNIGHT, Will. **The Dark Secret at the Heart of AI.** 2017. MIT Technology Review. Disponível em: https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart- of-ai/. Acesso aos 25 de maio 2021.

LIMA, R. M. Ueslei; TESSEMANN, F. Dakari; VENTURIN, F. V. Edileuza. **Violação dos Direitos Fundamentais dm Crimes Cibernéticos e a Necessidade de Inclusão do Direito Eletrônico Como Legislação Específica.** JUDICARE – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta – MT, v.13, N. 2, (2018).

MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. **Direito, dignidade humana e o lugar da justiça**: uma análise da utopia realista de Ha- bermas. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 1, n. 103, p.103-203, jul./dez. 2011.

McCARTHY, J. **A proposal for the Dartmouth summer research project on Artificial Intelligence**, 1956. Disponível em: http://raysolomonoff.com/dartmouth/boxa/dart564props.pdf. Acesso aos 15 de julho 2021.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. (Série IDP: linha de pesquisa acadêmica).

MONTEIRO, Renato Leite. **Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil:** análise contextualdetalhada**.** 2018. Jota. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada- 14072018. Acesso aos 01 de agosto 2021.

MULHOLLAND, Caitlin. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais**: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). Revista de Direitos e GarantiasFundamentais, v. 19, p. 159-180, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck, **Proteção de dados Pessoais. Comentários à Lei nº 13.709/2018(LGPD).** 2ª ed. São Paulo-SP:Saraiva Educação, 2020.
QUINTILIANO, L. **Contexto Histórico e Finalidade da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).** Disponível em: https://iapd.org.br/contexto-historico-e-finalidade-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd/#_edn1. Acesso aos 19 de julho 2021.

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (General Data Protection Regulation). Disponível em: https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679. Acesso aos 22 de julho 2021.

RIBEIRO, M. V. Márcio. **Nossos Dados na Era Digital**: Lei Geral de Proteção de Dados. Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais/PR, V. 14, N. 2, p. 362-382, jul/dez. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**: Quali i diritti, quali i vincoli. Roma: Laterza & Figli, Gruppo Editoriale L'Espresso, 2019.

RODOTÀ, Stefano. **Elaboratori elettronici e controllo sociale**. Bologna: II Mulino, 1973.

SANTOS, A. Flávia. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a Exposição de Dados Sensíveis nas Relações de Trabalho**. Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região, Brasília, v. 24, n. 2, 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Redes sociais virtuais**: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar:** Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 1, p.108-146, jan./ abr. 2017. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272. Acesso aos 1 de agosto 2021.

TEPEDINO, Gustavo. FRAZÃO, ANA. OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro**. Revista dos Tribunais, 2ªed. São Paulo – SP, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000X1218(01)&from=EN. Acesso aos 22 de junho 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Diretiva 95/46/CE**. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A31995L0046. Acesso aos 09 de julho 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**: General Regulation Data Protection (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016r0679&from=PT. Acesso aos 10 de julho 2021.

UN General Assembly. "**Universal Declaration of Human Rights**" United Nacions, 217 (III) A, 1948, Paris.

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. **Uma breve história dos direitos humanos**. Lisboa: UPDH, s.d. Disponível em: https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-arehuman-rights/brief-history/declaration-of-human-rights.html. Acesso aos 10 de julho 2021.

WARREN, D. Samuel; BRANDEIS, D. Louis. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, vol. IV, 15 de dezembro de 1890, n° 51890. Disponível em http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso aos 17 de julho 2021.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

PSICOPATOLOGIA FORENSE RELACIONADA AOS CRIMES PASSIONAIS

Amanda Martin Castro[17]
Cláudia Regina Voroniuk[18**]
Roseli de Melo Germano Marques dos Santos**

RESUMO:
O presente artigo visa abordar um tema que ao mesmo tempo é polêmico e interessante, traz questões e análises de alguns transtornos mentais que podem ocasionar o crime passional. De início terá uma abordagem histórica, que tem como objetivo mostrar que crimes com justificativa de "limpar a honra" ou de "amor demais" é mais antigo do que se pode imaginar. Para melhor análise será discutido quais os tratamentos para esses transtornos e o que pode ocasionar surtos psicóticos. Além de abordar uma análise jurídica para compreender como esses crimes são vistos pelo ~~o~~ olhar jurídico e como ~~eles~~ são catalogados no Código Penal Brasileiro. E por fim será relatado casos reais de crimes passionais que ocorreram no Brasil, com a aferição do transtorno mental que levou o autor a cometer o ilícito penal~~.~~

PALAVRAS-CHAVE: 1. Crimes. 2. Transtorno Patológico. 3. Sistema Penal Brasileiro.

ABSTRACT:
This article aims to address a topic that, at the same time is controversial, is interesting, bringing questions and analysis of some mental disorders that can lead to crime of passion. At first it will have a historical approach, which aims to show that crimes with justification of cleaning up the honor or that too much love is older than we can imagine. And for a better analysis it will be discussed whether the treatment for these disorders and what can cause some psychotic episodes. In addition to approaching a legal analysis to understand how these crimes are seen from the legal point of view and how they are cataloged in the Brazilian Penal Code. And finally, real cases of crimes of passion that occurred in Brazil will be reported and later an analysis will be carried out to identify which mental disorder the person who led him to commit this crime had.

KEY-WORDS: 1. Crimes. 2. Pathological Disorder. 3. Brazilian Criminal System

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo discutir sobre homicídios praticados por motivos passionais e buscando estabelecer um entendimento acerca dos fatores psíquicos

---

[17] Acadêmica do 2º ano de Direito da Faculdade Maringá.
[18**] Professoras de Direito da Faculdade Maringá

que podem levar uma pessoa a cometer um crime passional, ajudando no entendimento de suas principais características e quais fatores podem ocasionar o desencadeamento de determinadas síndromes, apresentando também qual seria o olhar jurídico para essas pessoas que cometem algum crime ocasionada por problemas psicológicos e se estes tem legislação específica ou não.

O presente artigo é dividido em quatro partes. A primeira se trata de uma contextualização histórica das patologias mentais, apresentando como estes transtornos eram vistos antigamente e se tinha algum aparato legal já neste período. A segunda parte será discutida sobre alguns transtornos mentais, quais são as principais características e como se desencadeiam. Apontando também quais são os seus efeitos quando presente em uma pessoa. Já a terceira parte irá analisar qual é o olhar jurídico diante dos crimes cometidos de forma passional e se este tem alguma legislação específica. E por fim, a quarta parte irá trazer exemplos de casos que aconteceram no Brasil, ambos cometidos por algum transtorno psicológico, e será analisado através das características apresentadas qual seria este transtorno.

2 Contextualização Histórica

É um grande equívoco pensar que problemas relacionados à saúde mental ocorrem apenas nos tempos atuais. Santos (2019, online), aponta que os distúrbios mentais existem dos tempos mais remotos da população, estando inerente aos nossos genes. A psicopatia, por exemplo, é uma mutação genética ou social que cria um indivíduo com predisposição a ferir a moral e a norma legal. Ainda acrescenta que por volta do século 9 AC, a religião tinha muita influência na vida das pessoas e por conta disso o cidadão que tivesse algum distúrbio mental, e por um momento de loucura cometesse alguma atrocidade, ele não seria punido e sim amparado pela religião e os seus atos seriam justificados com a obra divina.

Relembra Santos (2017, online) que os crimes motivados pela paixão aconteciam com mais frequência, nos tempos onde se tinha a ideia da mulher ser propriedade do homem. Por mais que essa ideia venha se modificando, ela ainda ocorre em todo país.

Nesse sentido Ferlin (online, 2010) no diz:

> O crime passional, que é versado doutrinariamente pela particularidade de ser perpetrado em razão da paixão. Trata-se, pois, de crime de homicídio, catalogado no art. 121 do Código Penal Brasileiro. Outrora amplamente discutido e combatido pelos movimentos feministas, hoje, apenas e tão somente levanta-se tal debate em episódios que desencadeiam notória repercussão nacional. Destarte, em decorrência da necessidade de compreensão deste delito, bem como com o desígnio de avaliar o crime passional no contexto atual, este artigo tem o intuito basilar de proceder à análise das características e elementos que permeiam a seara delituosa e permitem categorizá-lo, tais como, amor, paixão, honra e sua legítima defesa, violenta emoção e o perfil do homicida sob a ótica da legislação penal. Finaliza com breves considerações a respeito da punibilidade dos homicidas e da aplicabilidade das penas fazendo um paralelo com teses aplicadas na justiça brasileira em décadas passadas.

Campos (2015) acrescenta que antigamente o homicídio passional era tratado com uma certa normalidade, visto que o fato era justificado como ato para limpar a sua honra após a descoberta de um adultério. No entanto esse argumento foi perdendo espaço, principalmente com a vinda dos movimentos feministas.

Santos (2017, online) também acrescenta que o crime passional é marcado pelo preconceito de gênero, visto que na fase colonial, por exemplo, se tinha como normal um homem matar a sua mulher por motivos de traição, no entanto, a mulher não tinha o mesmo direito. Já no Código Penal de 1830 esse julgamento não era mais aceito e no Código de 1890 o homicídio cometido por motivos de perturbação mental, sentimental e da inteligência era alvo de perdão judicial. Já no atual Código Penal se exclui a ilicitude, substituído pela ~~a~~ figura do homicídio privilegiado.

É acrescentado por Campos (2015) que com a Lei Maria da Penha, criada no ano de 2006 e a Lei do Feminicídio, criada em 2015, fizeram com que esses crimes fossem punidos com maior severidade.

Santos (2017, online) observa que com o passar do tempo esse tipo de crime começou a ter mais repercussão, principalmente quando alguém que faz parte da mídia estava envolvido, desse modo fez com que a sociedade parasse para analisar este tipo de comportamento, que não é motivado por um sentimento nobre como amor e sim por um sentimento conturbado e possessivo.

Deste modo, pode-se perceber que com o passar do tempo os crimes cometidos por alguns tipos de transtorno mental, passaram a ser vistos com outros olhos. O que antes era julgado como normal e justificável, hoje já não é visto com bons olhos. Entretanto,

essas modificações só foram possíveis devido às mudanças que se teve nas Leis e na percepção da sociedade em relação a concepção de crime e normalidade.

2.1 Conceito de Crimes Passionais

Para Campos (2015), a palavra crime, significa a violação de uma lei penal de forma culpável ou dolosa, já o significado do termo passional seria algo relativo à paixão. Deste modo o crime passional seria um crime culpável causado por paixão.

Ferlin (2010, online), coloca que, em um crime passional, se encontra um motivo social para que o criminoso não aceite a autodeterminação da sua parceira ou parceiro. Possuindo uma grande necessidade de autoafirmação e zelo pela a sua reputação. E é na brutalidade que o sujeito tenta se auto afirmar, recuperar a sua autoestima, que segundo ele foi violada pelo o abandono ou pelo o adultério.

Deste modo, o termo crime passional é usado para se referir a um crime cometido motivado por uma grande emoção, na qual provoca no autor um sentimento doentio de paixão. Por consequência a pessoa pode desenvolver um comportamento possessivo e agressivo.

3 Fatores que Desencadeiam um Homicídio Passional

Homicídio passional é uma modalidade de crime usada a fim de designar o homicídio que se comete por ``paixão´´. Paixão vinda de uma emoção tão forte que pode se comportar como um sentimento platônico. Campos (2015), apresenta que até o tempo do delito, o criminoso passional é um homem normal, porém, por estar com sentimento de possessividade e dominação, acabam por se tornar violentos e por consequência acaba desencadeando o crime. É comum que a justificativa para esse crime é ``lavar a sua honra´´, e esse argumento acaba sendo usado, visto que a educação masculina acaba por muitas vezes ensinar os valores de dominação e possessividade.

Juntamente é apresentado por Santos (2019, online), que os crimes passionais, em sua maioria, têm relação afetiva além da paixão entre os envolvidos. Essa modalidade de crime, causado por um transtorno de personalidade, em sua maioria, é praticado por homens, no entanto, há casos em que a mulher é a autora do delito.

Campos (2015), por sua vez, argumenta que esse tipo de personalidade se desencadeia por falta de afetividade e sentimentos, levando atos que vão contra a moral, a ética, aos bons costumes e a ordem jurídica.

Nessa linha de pensamento Santos (2019, online), aponta que o termo paixão nos remete algo ligado ao amor e carinha, nó entanto quando esta paixão está relacionada ao crime passional tem um significado totalmente ao contrário, pois essa paixão se origina de um sentimento negativo, um carinho possessivo que acaba por ferir os princípios do ser humano.

Sobre o fator que desencadeia o crime passional, Eluf, 2002 p.164) descreve que:

> O assassino passional busca o bálsamo equivocado para sua neurose. Quer recuperar, por meio da violência, o reconhecimento social e a auto estima que julga ter perdido com o abandono ou o adultério da mulher. Ele tem medo do ridículo e, por isso, equipara-se ao mais vil dos mortais. O marido supostamente traído fala em "honra", quando mata a mulher, porque se imaginava alvo de zombarias por parte dos outros homens, sente-se ferido em sua masculinidade, não suporta a frustração e busca vingança. Na verdade, está revoltado por não ter alcançado a supremacia que sempre buscou; padece de imaturidade e de insegurança. Certamente, qualquer pessoa pode passar por situações em que esses sentimentos aflorem, porém, o indivíduo equilibrado encontra barreiras internas contra atitudes demasiadamente destrutivas. O assassino não vê limites e somente se satisfaz com a morte. É a exceção, não a regra.

Para Campos (2015) qualquer pessoa pode se tornar um homicida passional, mas em sua maioria os criminosos já possuem uma tendência psicopata. É possível determinar os principais comportamentos das pessoas antes que se inicie as agressões, como por exemplo ciúmes excessivo, mania de perseguição e desconfiança de todos.

Desta forma, observa-se que o comportamento do criminoso passional é influenciado por condutas sociais, como por exemplo a autodeterminação da mulher. Dessa maneira, o homem acaba tendo uma grande necessidade de autoafirmação, procurando através da violência o reconhecimento do seu ``direito´´ e a retomada da sua autoestima, na qual acha que tenha perdido por conta do abandono ou do adultério.

Isso posto, passaremos a apresentar algumas condições psíquicas e sociais responsáveis pelo comportamento criminoso, assim como suas penalidades.

3.1 Síndrome de Otelo

O delírio monossintomático, usualmente conhecido como Síndrome de Otelo ocorre em pessoa que desenvolve uma obsessão doentia sobre o seu parceiro e por conta disso, no seu imaginário crê fielmente que está sendo enganado. Souza (2011, online), apresenta que o nome Otelo é um homem criado pelo o escritor Willian Shakespeare e que pelo o fato de amar demais, usou isso como justificativa para matar a sua esposa, na qual suspeitava de infidelidade.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais- DSM-V (2014), complementa que o comportamento das pessoas que apresentam essa síndrome é totalmente irracional, a pessoa afetada vê o que quer ver, e por conta disso, busca evidência de forma obsessiva afim de descobrir a suposta traição. Deste modo, o controle de celular, computador e frequentes interrogatórios é um dos métodos usados para questionar o seu parceiro.

Campos (2015) aponta que nos dias atuais se tem um grande apelo sexual nas músicas, filmes e roupas, fazendo com que se desencadeia a desconfiança nas pessoas em relação ao seu parceiro. O que é um problema, pois algumas pessoas levam isso ao nível extremo e acabam fazendo de tudo para arrumar alguma coisa, por menor que seja, para acusar o outro de traição.

Consegue se caracterizar a Síndrome de Otelo através de um conjunto de características na qual Campos (2015, p. 18) apresenta como:

> O controle da pessoa amada, a checagem de contas de telefone, a leitura de e-mails particulares, a contratação de detetives, a implicância com roupas, amigos e familiares, a proibição de que o parceiro(a) saia sozinho, entre outros fatores. Envolve um medo absurdo de perder o ser amado para um rival, o que desencadeia uma desconfiança excessiva e, muitas vezes, sem fundamento, que acaba por gerar um grande prejuízo na vida pessoal e interpessoal do casal.

É acrescentado por Campos (2015) que não é somente a traição os motivos dos crimes passionais. Alguns desses delitos ocorrem pelo fato de um dos parceiros não aceitar o término do relacionamento, acaba que o ciúmes se encontra no pensamento de que, ``se não quer ficar comigo não vai poder ficar com mais ninguém´´.

Sobre o sentimento de ciúmes Eluf (2002, p. 160) apresenta que:

> O ciumento não se sente somente incapaz de manter o amor e domínio sobre a pessoa amada, de vencer ou afastar qualquer possível rival como, sobretudo, sente-se ferido ou humilhado em seu amor próprio. O ciúme não é como se afirmar apressadamente

> ou romanticamente - sem fundamento científico – uma “prova de amor”. O ciumento considera a pessoa amada mais como “objeto” que verdadeiramente como “pessoa” no exato significado desta palavra. Esta interpretação é característica do delinquente por ciúme.

Ainda Campos (2015), define que o ciúmes patológico vem da ideia que o seu parceiro está sendo infiel. Desse modo a pessoa que sente os ciúmes, sente que o seu relacionamento está em constante perigo. E esse acaba por acreditar que tudo que acontece à sua volta é uma prova de infidelidade. Por esse motivo a pessoa é tomada por emoções intensas, prejudicando a sua capacidade de raciocinar levando a tomar atitudes impensadas é prejudicial para ambas as partes.

A revista Virtual A Mente é Maravilhosa (2014, online) apresenta que a causa da síndrome ainda não tem nada que consiga comprovar 100% o seu desencadeamento, mas existe alguns fatores que podem ajudar no desenvolvimento, como por exemplo, a esquizofrenia e a toxicodependência. Já outros estudos mostram que pode haver uma razão fisiológica no cérebro para o aparecimento desta síndrome.

Em complementação a revista virtual A Mente é Maravilhosa (2014, online) aponta que o tratamento do ciúme patológico pode ser realizado com ajuda de profissional que irá avaliar qual é a origem deste ciúme e quais são as suas consequências na relação. Dessa forma, a pessoa aprende a controlar os seus sentimentos e por consequência poderá recuperar a serenidade pessoal.

Portanto, nota-se que esta síndrome que não tem causa definida, pode ser desencadeada por alguns gatilhos, que acabam vendo em tv, escutando alguma músicas, etc, e por consequência pode levar as pessoas a terem atitudes irracionais, afim de tentar garantir que não está sendo traído.

3.2 Erotomania

A Erotomania ou Síndrome de Clerambault se diferencia em uma linha tênue em relação a Síndrome de Otelo, esta primeira é caracterizada por Campos (2015), como sendo um estado imaginário, na qual o sujeito tem a ilusão de ser amado por outro. Por tanto acaba por existir uma ideia central a partir da qual são desenvolvidas as ideias

posteriores. Contudo, quando o mesmo recebe uma negativa da pessoa, pela qual ele acreditava ser amado, acaba vendo como única solução prejudicá-lo.

Brunhara (2021, online) aponta que esta síndrome se caracteriza pela a ilusão de ser amado. De modo complementar Bressanelli (2011), apresenta que a Erotomania seria um modo do sujeito responder sobre os problemas amorosos, podendo causar bastante sofrimento. Ainda apresenta que este transtorno se encontra com mais frequência em mulheres, mas também pode ocorrer em homens.

Apresentando as características desse transtorno psicológico Brunhara (2021, online), observou que a pessoa se convence que é amado por um determinado sujeito que geralmente é de uma classe social ou profissional mais elevada. Em consequência desse delírio, a pessoa se vê incapaz de escapar do sujeito que supostamente a ama.

Brunhara (2021, online) esclarece que esse delírio pode durar semanas ou até alguns meses. Depois disso o alvo dessa paixão delirante passa a ser outro. Contudo Brunhara (2021, online) esclarece que já aconteceu desse delírio durar mais de 25 anos em um determinado paciente. Isso traz consequências terríveis para a pessoa e para aqueles que estão ao seu redor, devido a essas alucinações de perseguição, megalomania, grandeza ou ciúmes. Portanto em consequência desses comportamentos de auto depreciação pode a pessoa vir a desenvolver comportamentos anormais, até mesmo perigosos

Brunhara (2021, online) esclarece que o indivíduo que apresenta esta síndrome crê ser objeto de amor e acredita ser inocente. O sujeito além de pressupor que está sendo perseguido, mesmo sendo ele mesmo que o persegue, manda mensagens de forma constante e podendo praticar até mesmo o assédio, além de acreditar fielmente que o outro não pode ser feliz sem ele. Mesmo que esse admirador já tenha uma companheira, a pessoa erotomaníaca não acredita quando o indivíduo a recusa várias vezes, ao contrário, esse gesto pode até reforçar o sentimento que ela apresenta pelo o outro.

De forma complementar Brunhara (2021, online) apresenta as características e explica que há duas formas de erotomania, sendo elas fixa ou decorrente. A forma fixa se caracteriza sendo a mais grave, podendo durar a vida toda. Normalmente está forma de

erotomania ocorre em pessoas que não são integradas com a sociedade, costumam ser tímidas e possuem um complexo de inferioridade.

Já a forma decorrente, seria para Brunhara (2021, online) os delírios que ocorrem de forma mais curta só que de modo mais intenso. Está costuma aparecer de forma eventual ao longo do tempo. Está forma de erotomania, quando ocorre, as pessoas costumam ter atitudes mais impulsivas e agressivas

Moreira (2015) aponta que fatores ambientais podem ajudar para o desenvolvimento da síndrome. Como por exemplo pacientes que desenvolvem o caso de erotomania estando internado, acaba se sentindo amada pelo médico ou enfermeiro pelo fato deste cuidar dela, no entanto os profissionais não estão fazendo mais que a sua obrigação.

Deste modo, observa-se que esta síndrome não se limita ao um desejo imaginário, visto que o sujeito tenta realizar o seu desejo, perseguindo a vítima, tentando ficar junto dela. Porém essa tentativa de conseguir saciar o desejo de ter a pessoa amada por perto pode se transformar em agressão física.

3.3 Delírio ou Paranoia de ciúmes

O transtorno de delírio é uma doença psíquica, no entanto ainda não sabem de forma clara as suas causas, porém sabem que está relacionada com uma alteração genética. Contudo, há outros fatores que podem influenciar a para que a pessoa apresente um quadro delirante, como o uso elevado de drogas, álcool e medicamentos, também como traumatismo craniano e experiências psicológicas negativas.

Quando se trata de crime passional, Santos (2017, online) aponta que suas principais motivações são o egoísmo, amor próprio, instinto sexual e um conceito deformado de justiça. Esses sentimentos fazem com que a pessoa fique em um grande estado de emotividade, impedindo o autocontrole individual.

Ainda é apresentado por Santos (2017, online), que os ciúmes podem ser dominados por um longo tempo, como se não existisse, no entanto quando se manifesta, tende a ser de forma violenta.

Se tratando de delírio Ramirez (2020, online) apresenta que é a alteração do conteúdo, na qual a pessoa acredita numa situação que não existe, por mais que seja mostrado para a pessoa que aquela que não é verdade. Para essas pessoas, é difícil distinguir o imaginário da realidade.

Ramirez (2020, online), aponta que pode ser sinais de delírio quando a pessoa acredita ter superpoderes, que está sendo perseguido, que alguém está tentando o matar ou que foi traído pelo seu parceiro, por exemplo. Esses delírios podem ocorrer de forma isolada ou por pessoas que são portadoras de psicose, que são alcoolistas, que fazem uso de drogas ou que apresentam alguma lesão cerebral.

A título de esclarecimento, Ramirez (2020, online), apresenta os principais tipos de delírio, sendo eles: O delírio de perseguição ou paranóia, neste tipo de delírio a pessoa acredita fielmente que tem alguém te perseguindo ou querendo te fazer algum mal, no entanto nenhuma dessas hipóteses é verdade; O delírio de grandeza ocorre quando a pessoa se acha superior em relação às outras, pode ser por ter um cargo importante ou por acreditar ter habilidades extraordinárias; já o delírio de auto referência é quando algum evento ou objeto, por mais insignificante que seja, a pessoa acredita que possui algum significado especial ou que é algum sinal, normalmente essas pessoas se sente o centro de observação e atenção;

Por sua vez, Ramirez (2020, online) discorre sobre o delírio de controle ou influência, neste a pessoa acredita que suas ações e pensamentos são controladas por um terceiro. Essa pessoa também pode acreditar que está sendo influenciada por algum tipo de radiação ou telepatia a fim de prejudicá-la e por fim, o delírio de ciúmes, neste caso a pessoa acredita que está sendo traído pelo o seu parceiro ou parceira, e por conta disso, acha que qualquer sinal, conversa, até mesmo atitude é uma prova de suposta traição. Por conta desse delírio, a pessoa pode ser violenta e agressiva com o seu parceiro.

Deste modo, observa-se que por mais que o delírio não tenha sua causa ainda muito clara, foi possível observar várias formas de delírio. Mas o que todas essas formas têm em comum é que a pessoa acredita em uma situação que não existe e por mais que seja mostrado para ela que não é verdade, determinada situação, acaba sendo difícil para

a pessoa distinguir o imaginário da realidade. E por consequência pode acabar tendo algumas atitudes prejudiciais para ela mesma e para quem está envolta.

3.4 Psicopatia

Ao contrário das outras síndromes estudadas anteriormente, a psicopatia se trata de um transtorno de personalidade e este transtorno pode se desencadear de várias maneiras, por meio de traumas de infância, problemas cerebrais, genética, entre outros. Santos (2017, online) explica que o termo para o transtorno de personalidade é a psicopatia, podendo variar dos mais leves, que seriam os pequenos delitos e mentiras recorrentes, ao mais grave, como os golpes financeiros e os assassinatos. Esclarece ainda que esse distúrbio ocorre no sistema límbico, na qual é responsável pelas emoções.

Chaves e Marques (2018, online), afirmam que presumir que essas pessoas não entendem o que estão fazendo é um equívoco, pois elas são extremamente inteligentes e possuem total discernimento dos seus atos. Mas não porque acham que serão impunes e sim por não ligar para esse fato e buscar a satisfação dos seus desejos, não se importando com quem estará atingindo.

Santos (2019, online) aponta que quando um psicopata comete um homicídio, o mesmo não está com a noção da realidade alterada. Ele calcula cada passo a ser realizado, não sentindo remorso e nem medo, ele é uma pessoa fria e calculista.

Diante deste fato Chaves e Marques (2018, online), apresenta que:

> Só é reprovável a conduta se o sujeito tem grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar essa conduta a sua consciência. Neste caso é a regra, pois a exceção da imputabilidade é a inimputabilidade, de acordo com o Código Penal, em seu art. 26, o que isenta o indivíduo da punibilidade da pena:
> "Art. 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. "

Assumpção (2011) ressalta que a psicopatia não tem cura, pois se trata de um transtorno de personalidade, porém existem graus diferentes desse transtorno e somente aquele mais grave teria uma grande barreira de convivência.

Chaves e Marques (2018, online), apontam as principais características das pessoas que possuem transtorno de personalidade, como por exemplo desrespeito e violação dos direitos e propriedades dos outros, manipulação e comportamento antissocial que se persiste ao longo da vida e seus atos buscam, na grande maioria das vezes obter vantagens pessoais.

Assumpção (2011) ainda compara a o psicopata com um parasita, visto que o parasita se une com outro organismo com o objetivo de enfraquecê-lo e tirar proveito desta situação, e é exatamente assim que um psicopata se comporta.

As pessoas que têm esse transtorno, possuem uma capacidade de convencer uma outra pessoa a praticar um ato arriscado e perigoso, apresenta Assumpção (2011). E esse grupo de pessoas é conhecido por mentir e enganar as pessoas e ainda alguns podem ter em seu histórico um problema de comportamento precoce decorrente uso de drogas ou por ato de criminalidade.

É salientado por Assumpção (2011) que o psicopata não apresenta grandes emoções e acabam sendo incapazes de sentir empatia e de ter algum interesse em se relacionar emocionalmente com alguém. Mas se por acaso o psicopata tenha uma parceira e valoriza essa relação é por que este vê o outro com uma posse ou porque tem alguma vantagem manter esta relação.

Assumpção (2011), complementa que o psicopata não consegue ver nada de errado naquilo que eles fazem, visto que apresentam a fama de fugir das responsabilidades dos seus atos e acreditam fielmente nas mentiras que contam, de modo que não conseguem mais saber o que seria mentira e o que seria verdade.

Por tanto acaba sendo impossível a auto percepção da pessoa pelos os seus atos, não sabendo distinguir o bem ou o mal, visto que não apresenta nenhum lado emocional que consiga despertar medo ou compaixão. Portanto sem essas percepções o mesmo não limita os seus comportamentos.

Já visto algumas das condições psíquicas e sociais responsáveis pelo comportamento criminoso, será analisada diante a aplicabilidade das penas nestes crimes.

4 Tratamento Legal dos Crimes Passionais

Sabe-se que o crime se baseia no aspecto material, formal e analítico. Deste modo o crime é todo e qualquer fato humano que lesa um bem jurídico alheio. Contudo, quando se referido ao tratamento legal dos crimes passionais, Ferlin (2010, online), apresenta que todos os crimes dolosos contra a vida, sendo tentada ou consumada, são julgadas pelo o Tribunal do Júri, na qual é formado por membros da sociedade e a acusação é realizada por um membro do Ministério Público, na qual estará representado o Estado.

Boaventura (2018) ao falar de pena menciona Rogerio Greco (2010) que argumenta que: "Para que o agente possa ser considerado responsável pelo fato típico e ilícito por ele cometido é preciso que seja imputável. A imputabilidade é a oportunidade de se atribuir, imputar fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção".

Santos (2017, online) relembra que durante a vigência do Código Penal de 1890, a defesa do crime passional era baseada na perturbação dos sentidos e da inteligência. Com a reforma do Código, em 1940, surgiu a figura do homicídio privilegiado e tal pena ocorria quando o crime era causado por motivos de violenta emoção ou em relevante valor moral ou social.

É apresentado por Santos (2019, online), que o artigo 121 do Código Penal prevê que em situações de homicídio passional a diminuição na penal, no entanto precisa que na hora do delito a pessoa estava sob domínio de emoções, seguida a injusta provocação da vítima

Como apresenta o artigo 121, § 1º:

> Art. 121. Matar alguém:
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
> Caso de diminuição de pena
> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

É salientado por Campos (2015) que no caso de crimes considerados de cunho passional, é importante combater a cultura machista que está consolidada em nossa cultura. Devendo ser o ponto de partida para a prevenção de crimes contra as mulheres. Ainda é deixado de forma clara por Campos (2015), que a violência contra a mulher pode ser violência doméstica, estupro coletivo, assédio, entre ostros. No entanto é importante que esses fatores passem a ser visto não apenas como fatores de doenças ou de desvios de condutas, e passem a ser vistos também como uma tentativa de afirmação de poder masculino.

Se tratando de crimes cometidos por psicopatas Assumpção (2011) apresenta que quando capturado, ele nega de todas as formas o delito cometido e tanta manipular todos a sua volta, sendo essa uma forma de tentar se passar como inocente. Nessas ocasiões o Magistrado pode julgá-lo como sendo imputável, ou seja, na hora do delito possuía plena consciência dos seus atos e por consequência será punido como um criminoso comum ou o mesmo pode ser julgado com semi-imputável, dessa forma não conseguiria controlar os seus atos por mais que tenha consciência deles. Dessa forma, nesse segundo entendimento o Magistrado pode reduzir a pena de dois terços ou enviá-lo para um hospital de custódia.

Portanto, observa-se que os crimes contra a vida, sendo eles tentado ou consumado, serão julgados conforme a legislação, porém aqueles crimes cometido no momento em que o criminoso está tomado de forma emoção, este será julgado com um olhar diferenciado. Contudo vale mencionar que essa análise não anula a culpa do agente, mas sim vai levar em consideração o seu estado psíquico no momento do delito,

4.1 Inimputabilidade nos Crimes Passionais

Se tem o conhecimento de que quando o sujeito que viola a lei é inimputável ou semi-imputável, este recebe uma medida de segurança.

Campos (2015) acrescenta que no Brasil se adota a verificação biopsicológica, desde 1940, a fim de averiguar se o sujeito tinha ou não entendimento do fato cometido na hora da ação. Este não entendimento do fato, tem que estar ligado à doença de forma direta para ser entendido como inimputável.

Se referido a culpabilidade Boaventura (2018), apresenta que a conduta dolosa é quando a ação contém vontade e finalidade em realizar a ação, na qual produz resultado e conduta culposa.

Santos (2019, online) esclarece que quando se fala em psicopatia, está deriva de um transtorno de personalidade, portanto pode atingir qualquer pessoa, independente da sua idade, classe social ou cor de pele. No entanto quando se fala na pena desse delito em específico, ainda não existe uma lei em específico que trata desse assunto, sendo assim os casos ligados a inimputabilidade é analisado com base no artigo 26 do código penal, observando de modo especial o parágrafo único do referido artigo:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento
> Redução de pena
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É mencionado duas medidas de segurança por Campos (2015), as detentivas e as restritivas. A primeira aplicada aos inimputáveis, na qual visam a internação do agente em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico. Já a restritiva se aplica aos semi-imputaveis e a medida segurança pode variar conforme o grau de periculosidade do agente, desse modo, pode ter a internação ou tratamento ambulatorial.

Dessa forma, os crimes cometidos devido ao um transtorno mental, ainda não tem um lei que assegure qual seria a forma de tratamento e penalidade, e isso ocorre devido a complexidade e subjetividade que esses transtornos mentais podem causar em cada pessoa.

5 Casos de Homicídios Passionais

Com o objetivo de exemplificar o estudo discutido neste artigo, foi selecionado dois casos, a título de exemplificação, que causaram grande comoção na nacional, devido o motivo que levou o crime e a forma que ele ocorreu.

A revista virtual Terra (S.d, online) traz casos reais que consegue exemplificar bem situações na qual o amor vira ódio, quando a pessoa fica cega pela paixão e ódio e acabam se transformando em verdadeiros assassinos. O primeiro caso relatado pela revista Terra apresenta que:

> Inconformado com o fim do namoro com Eloá Cristina Pimentel, 15 anos, o motoboy Lindemberg Alves, 22 anos, invadiu o apartamento em que a ex fazia um trabalho com três colegas de colégio, em Santo André (SP), e fez os quatro reféns. Sob a mira de uma arma, uma a uma foi sendo libertado. Menos Eloá, que, após 101 horas, foi baleada na cabeça pouco antes da invasão da polícia. Ela morreu no dia seguinte.
> O Caso ficou marcado pela negociação atrapalhada: a melhor amiga da Eloá, já libertada, retornou ao cativeiro e Lindemberg chegou a ser entrevistado por um programa de televisão, por telefone. A invasão também foi criticada, já que não

> conseguiu evitar que as duas adolescentes fossem baleadas. A amiga de Eloá sobreviveu. Lindemberg foi condenado, em 2012, a 98 anos e 10 meses de prisão.

Outro caso emblemático comentado pela revista virtual Terra foi um que ocorreu em 1992, na qual relata que:

> Daniella Perez tinha 22 anos e era famosa pelo papel de novela de Yasmin na novela De Corpo e Alma, da TV Globo, quando foi assinada com 18 golpes de tesoura, em 1992. O crime chocou ainda mais o meio artístico- Daniella era filha da novelista Gloria Perez- e os telespectadores quando a investigação apontou que o ator Guilherme de Pádua, que na mesma novela vivou um personagem apaixonado por Yasmin, e Paula Thomaz, mulher de Guilherme à época, foram os autores do crime.
> O ator disse que a colega e assediava e perseguia. Durante um encontro de Daniella com o casal, as duas mulheres teriam iniciado uma briga e Guilherme, ao tentar apartar, disse ter sufocado até a morte da atriz com o braço em torno se seu pescoço. Ao se dar conta da morte de Daniella, segundo ele, Paula Thomaz, gravida, teve a ideia de golpear a atriz para que o homicídio parecesse ``um crime praticado por um fã alucinado´´. Os dois foram presos e condenados pelo o crime.

O crime cometido por Guilherme e Paula, foi classificado como homicídio qualificado. No que pude observar, relacionando com o conteúdo que foi apresentado no tópico 3.4, em que foi debatido sobre personalidade psicopata, o sujeito com essa condição apresenta total falta de empatia e em consequência dessa característica pode agir de modo compulsivo não tendo controle sobre sua raiva, entretanto estudos afirmam que tais pessoas agem a todo momento com total consciência de seus atos. Diante do exposto, pensando no caso relatado acima, observa-se que Paula agiu de forma compulsiva e raivosa, calculando cada passo a ser realizado, não sentindo remorso e nem medo, demonstra ser uma pessoa fria e calculista. Não consegue ver nada de errado naquilo que estava fazendo, buscava apenas uma forma de fugir da responsabilidade fazendo parecer ser um crime praticado por um fã enlouquecido.

Analisando o caso do Lindemberg Alves, vejo que ele apresentava Síndrome de Otelo. O Ato de Lindemberg se desencadeou por um ciúme patológico, na qual queria ter o controle da pessoa amada, no caso a sua ex. O fato de ele não ter lidado bem com o fim do relacionamento, mostra um sentimento obsessivo, na qual o sentimento de amor e ódio se torna incerto e confuso, por estes motivos as suas atitudes podem se tornar irracionais, podendo a pessoa se tornar agressiva e violenta.

6 Considerações Finais

O presente artigo analisou aspectos mais importantes sobre o homicídio passional, trazendo as principais características e o que pode ocasionar este surto psicótico. Além de demonstrar qual seria a forma do tratamento penal e em que ocasião o sujeito teria a pena diminuída.

Este estudo igualmente teve como uns dos objetivos, demonstrar de forma simplificada, que o crime passional é uma herança já está sendo perpetuada durante gerações, mas que antes não era um assunto muito discutido, porém nos dias de hoje temos um posicionamento diverso de nossos antepassados, até por conta do fácil acesso a diversas plataformas que podem nos oferecer um conhecimento sobre este assunto.

E de forma complementar, o artigo abordou qual é o olhar jurídico para os crimes cometidos por transtornos psicóticos, trazendo quais são as bases legais que abordam essa situação e foi exposto de forma sucinta se estes crimes passionais têm algum aparato legal especial, de modo que mude o tratamento para aquela pessoa que tem o transtorno mental.

Referências

A mente é maravilhosa. **Síndromes de Otelo: Quanto o Ciúme é Incontrolável e Patológico.** Disponível: https://amenteemaravilhosa.com.br/sindrome-de-otelo/. Acesso em: 27 out 2021.

ARCARO, Indakéia. **O Atual Entendimento Acerca do Homicídio Passional.** Disponível em: http://siaibib01.univali.br/pdf/Indakeia%20Arcari.pdf. Acesso em: 29 jun 2021.

ASSUMPÇÃO, Eduardo Farsette Vieira. **Psicopatia na Esfera Criminal.** Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/EduardoFarsetteVieiraDAssumpcao.pdf. Acesso em 05 set 2021.

BOAVENTURA, Isabella Alves. **Psicopatia do Direito Penal Brasileiro.** Disponível em: http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/766/1/Monografia%20-%20Isabella%20Alves.pdf. Acesso em: 10 out 2021.

BORGES, Evelyn Costa Laranjeiras. **A Mente Criminosa e a Psicopatia no Âmbito Jurídico e na Legislação Penal Brasileira.** Disponível em:

http://noosfero.ucsal.br/articles/0003/1603/evelyn-costa-laranjeiras-borges.pdf. Acesso em: 10 out 2021.

BRASIL. Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 02 mar 2021.

BRESSANELLI, Juliana. **A Erotomania como Resposta Psicótica aos Impasses do Amo.** Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/TMCB-7WYM2B/1/_disserta__o_revisada___para_pdf_24_09_09.doc_.pdf. Acesso em: 05 set 2021.

BRUNHARA, João. **Você sabe o que é Erotomania?.** Disponível em: https://omens.com.br/blog/sexualidade/erotomania/. Acesso em: 05 set 2021.

CAMPOS, Rafael Paes. **Os Crimes Passionais na Visão da Psiquiatria Forense e da Psicopatologia.** Disponível em: https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1357/Os%20Crimes%20Passionais%20na%20Vis%C3%A3o%20da%20Psiquiatria%20Forense%20e%20da%20Psicopatologia.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 abriu 2021.

CHAVES, José Péricles, MARQUES, Leonor Matos. **Psicopatas: Como são tratados no Sistema Penal Brasileiro.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/psicopatas-como-sao-tratados-no-sistema-penal-brasileiro/. Acesso em: 10 out 2021.

FERLIN, Danielly. **DOS CRIMES PASSIONAIS: Uma Abordagem Atual Acerca dos Componentes do Homicídio por amor.** Disponível em: https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4355. Acesso em: 29 jun 2021.

MOREIRA, Creagh. **Estudo Clínico da Patologia Amorosa: a Erotomania.** Disponível: https://www.scielo.br/j/anp/a/NwB8pm4h7pgwz4vRyfcRDdJ/?lang=pt. Acesso em: 27 out 2021.

RAMIREZ, Gonzalo. **Delírio: o que é, Principais Tipos, Causas e Tratamento.** Disponível em: https://www.tuasaude.com/o-que-e-delirio/. Acesso em: 06 set 2021.

SANCHES, Ademir Gasques. **Psicopatia Forense: uma análise sobre os crimes passionais.** Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52970/psicopatia-forense-uma-analise-sobre-os-crimes-passionais. Acesso em: 25 de set 2021.

SANTOS, Luiz Paulo. **Crimes Motivados por Ciúmes.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58516/crimes-motivados-por-ciumes. Acesso: 25 abril 2021.

SOUZA, Marcelo. **Síndrome de Otelo- O Ciúme Patológico.** Disponível em: https://comportese.com/2011/04/19/sindrome-de-otelo-o-ciume-patologico. Acesso em: 25 fev 2021.

SIQUEIRA, Thabita Camargo. **CRIMES PASSIONAIS: Uma Abordagem da Psicologia Jurídica e da Psiquiatria Forense.** Disponível em: https://www.policiacivil.go.gov.br/artigos/crime-passional-uma-abordagem-da-psicologia-juridica-e-da-psiquiatria-forense.html. Acesso em: 02 mar 2021.

TERRA. **Crimes Passionais.** Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/infograficos/crimes-passionais/. Acesso em: 31 out 2021.

TORRES, Albina Rodrigues, CERQUIRA, Ana Teresa de Abreu Ramos, DIAS, Rodrigo da Silva. **O Ciúmes Enquanto Sintoma do Transtorno Obsessivo-Compulsivo.** Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbp/a/bbBFqyL9tDVrgrPKBvDW7ss/?lang=pt. Acesso em: 29 out 2021.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Pamela Caroline Dias[19]
Taís Zanini de Sá Duarte Nunes [20]

RESUMO: Não é de hoje que a luta em prol dos animais não humanos vigora. O homem desde o princípio utiliza os animais como coisa de satisfação e desejo, seja na alimentação, no *hobbie*, no vestuário, até mesmo como amigo. Entretanto, tais comportamentos colocam em pauta o direito à vida dos animais e os modos éticos da sociedade contemporânea. Sendo assim, este trabalho busca contextualizar e compreender de forma ampla o direito dos animais não humanos e o seu reconhecimento no âmbito do Direito Penal Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Animais não humanos. Direito à vida. Direito Penal.

ABSTRACT: The fight on behalf of non-human animals is not new today. From the beginning, man has used animals as a means of satisfaction and desire, be it for food, for hobbies, for clothing, even as a friend. However, such behaviors put into question the right to life of animals and the ethical modes of contemporary society. Therefore, this paper seeks to contextualize and broadly understand the right of non-human animals and their recognition under Brazilian Criminal Law.

KEY-WORDS: Non-human animals. Laws of life. Criminal law.

1 INTRODUÇÃO

Este manuscrito trata-se de um Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), que busca elucidar o direito dos animais não humanos no âmbito do direito penal brasileiro. Com a globalização, tem sido tema de muitas pautas o direito dos animais. Diante disso, buscou-se pesquisar o direito dos animais no Brasil e suas penalidades.

O tema vem ganhando espaço no meio jurídico, no ramo do direito, pois abrange para além do direito a vida dos animais, mas também para a preservação do meio

---

[19]Graduanda do curso de Direito da Universidade Maringá.

[20] Mestre em Direitos da Personalidade pela Unicesumar, Maringá/PR. Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela PUC - Campo Grande/MS. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Constitucional pela UNIFIA. Especialista em Docência do Ensino Superior pela UDC. Graduanda em Teologia Interconfessional pela Uninter. Professora Universitária. Advogada. Mediadora extrajudicial e judicial

ambiente. O fundamento tem se apresentado como um novo suporte no ordenamento jurídico por rogar pelo direito à vida, sendo ela humana ou não humana, além do próprio convívio em sociedade e as impunidades contra os crimes.

Na sociedade brasileira os animais não humanos são vistos como coisas das quais os humanos podem usar e dispor. Devido a esse conceito que se torna legível o uso de animais como meio de locomoção, experiências científicas, abate, para a venda comercial; como diversas formas de lucro.

> Diante de inúmeros atos de crueldade muitas vezes até compartilhados nas redes sociais, ou até mesmo presenciados nas ruas, ou outros estabelecimentos, há um grande clamor social pelo enrijecimento das penas previstas para estes tipos de crimes, na tentativa de inibir condutas de crueldade e até mesmo regulamentar práticas que envolvam os animais (SOUZA; JÚNIOR, 2016, p. 04).

Desse modo, este trabalho visa como dito, contextualizar o direito penal na vida do animal não humano. As Leis, os dispositivos de proteção e o próprio meio social e sua interferência na vida dessa espécie. Leonardo Da Vinci (1452-1519), pintor italiano mundialmente conhecido afirmou que: “Chegará o dia em que o homem conhecerá o íntimo dos animais. Nesse dia um crime contra um animal será considerado um crime contra a própria humanidade”.

2 DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Segundo a definição do dicionário Aurélio (2014), a palavra “animal” tem significado de “ser vivo multicelular, com capacidade de locomoção e de resposta a estímulos, que se nutre de outros seres vivos. Ser vivo irracional, por oposição ao homem”. Já a palavra “espécie” é um substantivo feminino que tem características comuns que servem para dividir os seres em grupo, seja em qualidade, natureza ou gênero. Essa divisão consiste também em considerar alguns fatores biológicos mais importantes do que outros, tendo um valor moral maior dentro da sociedade brasileira.

Por meio de tais definições, vê-se que o ser humano não é como um animal, pois há uma separação – até mesmo de características – e nessas definições e separações os animais são definidos como seres irracionais, já o homem é um ser dotado de racionalidade.

Fator como esse faz com que a vida e os interesses do ser que pertence a espécie humana tenham mais valores do que qualquer outro ser, deixando a priori o pensamento sobre os direitos de outras espécies e seus devidos valores.

> Todavia, há de se considerar que os seres não humanos também são detentores de interesses; então, não há porque ignorá-los. Para a decisão ser ética, tem que ser feita uma igual consideração para todos os seres, dando o mesmo valor ao sofrimento e angústia dos animais e dos humanos (ARGOLO, 2008, p. 922).

De acordo com o pressuposto por Argolo, deve-se levar em conta a vida e possíveis direitos dos seres não humanos, tendo em vista que eles também são detentores de interesses. Regan aponta que os direitos humanos são acima de tudo, direitos morais e que deveriam existir e serem aplicados independente de raça, sexo ou idade. Para ele, os direitos morais devem ser estabelecidos pelo viés da igualdade e não como algo limitador.

São supracitadas essas definições porque elas acabam limitando os animais não humanos. Filósofos como Jeremy Bantham e Rosseau, afirmavam que os animais não humanos eram capazes de sofrer, que eram dotados de sensibilidade, sendo esta uma das características principais dos animais e também do homem e que por isso, o ser humano deveria respeitar os animais (LARA; SALES, 2015).

Para Sônia Felipe, um dos aspectos que relacionam diretamente o homem e o animal é a vulnerabilidade. Tal vulnerabilidade pode ser percebida sob o físico/natural e o psíquico. No que tange o físico/natural são eles as condições universais postas aos seres vivos; já a psíquica é uma análise feita dentro de um meio social, diferindo um do outro, e atribuindo ao homem maiores valores.

Mundialmente conhecido, Charles Darwin escreveu e investigou em “A Origem das Espécies” a relação do homem com as demais espécies. Nessa obra o cientista desconstrói a ideia de superioridade dos homens, afirmando que eles e os animais possuíam um ancestral em comum e que expressam de forma parecida as emoções e por isso não deveria haver hierarquia sob as espécies.

> Darwin concluiu “que devido à grande semelhança existente entre as expressões faciais e os gritos inarticulados emitidos pelo homem e pelos animais, quando expostos às mesmas condições, essas características

> teriam sido adquiridas, provavelmente, como herança de alguma forma silvestre de parentesco próximo, o que se harmonizava com sua tese da descendência de um ancestral comum" (CASTILHO; MARTINS 2012, p. 14 *apud* LARA; SALES, 2015, p. 472).

Sabe-se que, diversos outros estudos foram publicados após a teoria darwinista, tendo como foco a relação de homem e animal e suas semelhanças, principalmente destacando o fato da dor sentida pelos animais e sua semelhança com a dor sentida pelo homem. Desde essas pesquisas até mesmo aos dias atuais, aponta-se que os animais são sencientes, ou seja, são seres capazes de sentir alegria, prazer e dor. Diante de todos esses estudos e confirmações científicas, a questão que paira é: Por que os animais não humanos continuam sendo tratados como seres inferiores?

2.1 Diferenciação jurídica entre o ser humano e o animal não humano

No arquétipo jurídico tradicional, os animais não são considerados por sua natureza. Fauth (2015), expressa que no direito civil clássico, os animais não humanos são tratados como propriedade, sendo considerados como objetos.

> Os animais acabaram sendo inseridos no regime privatista perante o qual a noção do Direito alcança somente os homens em sociedade, transformando o entorno em res (coisa). Assim, sob o mesmo regime jurídico conferido aos objetos inanimados ou à propriedade privada, a servidão foi legitimada pelo Direito (LEVAI 2006, p. 174).

Em modo, a natureza se tornou um conjunto de recursos (instrumentos) justificando a proteção legislada ambientalmente, a garantia de direito aos animais não é pela sua individualidade e sim a garantia da manutenção da biodiversidade. Com isso, o sistema jurídico brasileiro vinculou os animais não humanos ao direito de propriedade e não ao respeito de compaixão. É visto como bens, tudo que é de valor para o ser humano, sendo suscetível de sua apropriação.

Para o filósofo Immanuel Kant (1973), o dever categórico defende o tratamento incondicional de todos os seres humanos (racionais e autônomos), devendo sempre o tratamento que lhes é atribuído e sob hipótese alguma devem ser considerados

instrumentos de interesse ou objetos de posse. No sentido moral, os seres humanos exalam um valor intrínseco (dignidade), enquanto os demais têm um valor condicional (preço). Kant sempre defendeu – mesmo com a polissemia da palavra "valor" – o valor moral intrínseco e em segundo o valor instrumental.

O filósofo Tom Regan segue um modelo *kantiano,* mas com uma visão mais ampla de quem são os indivíduos ao qual pertence o valor moral. Diferente de Kant, Regan defende que não apenas os seres racionais devem possuir esse valor moral, para ele, todos os seres humanos possuem valor inerente e têm o direito de serem tratados com respeito, tendo em vista que são "sujeitos de uma vida" (OLIVEIRA, 2004).

Ademais, Regan aponta também que utilizar a racionalidade e autonomia para diferenciar os seres, acaba que excluindo não somente os animais não humanos, mas também uma porção de seres humanos. A questão dos direitos animais e humanos para ele "é marcada não pela emoção, pelo sentimentalismo, mas pela razão e pelo peso da argumentação racional" (OLIVEIRA, 2014, p. 284). E por isso ele sustenta que os animais têm direitos com a mesma base de que os humanos têm direitos.

Entretanto, mesmo com filósofos como Tom Regan que defende os animais não humanos ao direito moral, vê-se que ainda está distante desses serem considerados como iguais, tendo em vista a própria relação entre o homem e o animal não humano.

2.2 Relação entre o homem e o animal não humano

Para Voltaire (2002) os animais tinham emoções e conseguiam compreender a relação com seus donos. A relação entre o homem e o animal não humano se torna complexa quando se pensa racionalmente e cientificamente. Para muitos os animais são como membros da família, para outros são seres bestiais. Entretanto, em ambos os casos os animais não humanos não são tratados como os seres humanos, há diferenças exorbitantes nessa relação e o valor atribuído aos seres.

Mesmo com o avanço social e em prol aos animais, a vida do ser humano continua sendo a mais valorizada na sociedade. Isso pode ser visto através da quantidade de testes nos mesmos que ainda continuam em pleno século XXI. Diversos tipos de testes

são feitos todos os dias colocando a vida desses seres em risco, e até mesmo a morte, isso em prol de benefícios para os seres humanos ditos racionais.

A relação entre o homem e o animal não humano acabou por se consistir em uma relação constante de interesse. Apesar da relação de afeto, o animal não humano se tornou para o homem um objeto.

Regan afirma que o principal erro da relação entre os animais humanos e não humanos é que os não humanos sejam tratados como "coisas" /objetos utilizáveis para satisfação de interesses humanos, o que acaba criando uma exploração que não é respaldada moralmente.

Cezar Fiúza (2004) expõe que bens são tudo aquilo que possui certo valor para os seres humanos, sendo suscetível de apropriação.

O código Civil de 2002 aponta que o animal não humano é visto perante o jurídico como "coisa". Como é explícito nos artigos 82 e 1.228 do CC/02:

> Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. (...)
> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

De acordo com os artigos, enfatizando o 1.228 do Código Civil, o homem tem o direito à propriedade e pode gozar e dispor do animal não humano, mesmo que esse direito do exercício não deva ser totalmente livre, como conta o parágrafo 1º do artigo 1.228:

> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Entretanto, mesmo com o pequeno avanço disposto no § 1º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, vê-se que muitos animais não humanos são tratados de qualquer

maneira e sem cuidados pelos seres humanos. Isso desde a adoção no lar as grandes carnificinas feitas pelas empresas comerciais.

Os regimes regulados pelas relações jurídicas, no caso o de bens, continuam ignorando a existência de outros sujeitos de direitos que não seja os homens. Enquadra os animais não humanos como "coisa" ainda faz jus a ideologia antropocêntrica. Já passou da hora do ser humano encarar os animais não humanos como sujeitos de direito, respeitando-os dentro da sociedade, não fazendo o uso de sua carne para sua satisfação.

2.3 Práticas de crueldade contra os animais

Os crimes e práticas de crueldade contra os animais são atos recorrentes que acontecem na sociedade brasileira. Tais práticas ocorrem no âmbito privado, mas também no público, no campo micro, mas também no macro, ou seja, nos lares e nas grandes empresas.

A lei referente aos animais no século XIX só vigorava para animais domésticos, sendo assim, animais silvestres não estavam respaldados por nenhum tipo de lei ou suporte, o que ocasionou aumento da caça e outros tipos de maus tratos, ameaçando e colocando várias espécies em extinção.

Pelo dano a fauna ser tamanho, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais – IBAMA proibiu a caça, até mesmo a esportiva, e tornou a prática crime (MÓL; VENANCIO, 2014). Sabe-se que mesmo sendo posto como crime, os seres humanos ainda praticam a caça esportiva, corroborando para a matança dos animais e danos a fauna e flora brasileira.

A caça não é o único crime cometido aos animais do Brasil e no mundo, um dos crimes mais comuns que acontece é o abandono, principalmente de cães e gatos. É comum ver-se hoje nas ruas grande número de animais em condições de abandono. Esse tipo de abandono se inicia por uma adoção e logo em seguida ou um tempo – quando o animal cresce, por exemplo –, acontece o abondo por "insatisfação" dos donos.

Ademais cabe ressaltar que os animais abandonados na rua trazem riscos a saúde pública devido a doenças e contaminações que pegam e transmitem estando nesse espaço público em condições de abandono. Para muitos homens, é comum abandonar o animal, pois o mesmo o vê como um objeto/coisa e não como uma vida.

> Esse quadro se agrava a cada dia, pois são milhares de cadelas e gatas parindo, aproximadamente, a cada três meses de gestação, dificultando o controle. Essa superpopulação abre as portas para um grande número de maus tratos em que os animais são surrados, envenenados e passam fome e frio. Devido a essas condições precárias, cães e gatos de rua se tornam vetores de doenças para a população humana (SANTANA e MARQUES, 2001, p.1).

Pode-se compreender que o abandono além de já ser uma forma de maus tratos, ocasiona outras formas de maus tratos, como, envenenamento, fome, frio e surra. Abandonar um animal não humano nas ruas é expor a sociedade e o próprio bicho a vetores de doenças.

E no que tange doenças, uma das causas de maus tratos que perpetua desde as evoluções científicas até os dias atuais são os testes laboratoriais nos animais. Por serem semelhantes ao ser humano, eles passaram a serem vistos como necessários para medicina, entretanto, essa necessidade é um ato de crueldade para os animais e colocam suas vidas em risco. Suzin aponta que:

> Mesmo nos estudos e pesquisas de drogas consideradas importantes para a saúde do ser humano, é necessário que se investigue todos os métodos alternativos ao uso de animais, pois atualmente já existente essa escolha [...]. Em muitos países da Europa e Estados Unidos, os experimentos com animais em escolas de ensino foram abolidos no Brasil, embora exista uma lei que os proteja, experimentos com animais ainda continuam a ser utilizados (SUZIN, 2014, p.19 e 20).

Como supracitado, os estudos com animais ainda continuam no Brasil, tanto pelas grandes empresas, quanto até mesmo em salas de aula. Deve-se levar em conta que só o ato de deixar um animal aprisionado – seja ou não para estudo -, já se constitui em um ato de crueldade.

O ato de aprisionar animais em gaiolas é um ato criminoso dependendo da espécie, pois causa prejuízo a fauna. Para tal ato há penalidades que podem ser aplicadas, como detenção de seis a um ano, ou pagamento de multa (MÓL; VENANCIO, 2014).

Diversos outros tipos de maus tratos aos animais acontecem no Brasil – Briga de Galo, Farra do Boi –, todos em prol do ser humano. Apesar de muitos serem considerados crimes e ter condutas de proteção, há muita pouca ressalva desses órgãos e os maus tratos continuam acontecendo com muita frequência. Acontece que a aplicabilidade das penalidades não consegue resolver o problema.

Resolver o problema de maus tratos aos animais vai além de punição e penalidades, é questão de conscientização sócio cultural. É o repensar da relação do homem com o animal não humano, é ter a noção de que eles são seres dotados de inteligência.

3 ASPECTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO DO ANIMAL NÃO HUMANO

De acordo com Santos (2018), durante o período colonial, não existia no Brasil legislação de proteção aos animais não humanos e tendo em vista o período histórico – exploração e colonização –, não teria como haver algo do tipo. “A legislação aplicada por bastante tempo, naquela época no Brasil era a legislação portuguesa, a qual continha alguns dispositivos de proteção à fauna e a flora, porém sabe-se que o intuito não era a proteção ambiental, mas sim, por interesses econômicos” (SANTOS, 2018, p. 36).

Segundo o promotor de justiça Larte Levai, o primeiro código de Posturas registrado em prol dos animais surgiu da seguinte maneira:

> Surge, assim, pela primeira vez no Direito brasileiro, um dispositivo capaz de salvaguardar de abusos os animais, com que antecipando a vontade política que se firmaria apenas no século seguinte. A inclusão de uma norma protetora em lei acenava favoravelmente à futura proteção jurídica da fauna. Já se fazia hora (LEVAI, 2004, p. 28).

Esse foi o primeiro dispositivo de proteção aos animais no Brasil. Foi apenas vinte anos depois da proclamação da República que outros decretos e leis em prol dos

animais foram vigorados. Entretanto, todos os atos libidinosos só eram considerados criminosos sujeitos a penalidade se feitos em público.

> A verdade é que sob o prisma jurídico, os animais domésticos são protegidos e qualificados da seguinte maneira: coisas ou semoventes, ou até coisas sem donos, conforme o Código Civil Brasileiro, e assim são tutelados pelo direito de propriedade, passíveis de apropriação. Com o Advento da nossa atual Constituição, a fauna, compreendida como os animais silvestres em ambiente natural, os exóticos e os originários de outros países, passaram a ser bens ambientais difusos, de uso comum da população, pertencendo à coletividade (RODRIGUES, 2003, p. 68 *apud* SANTOS, 2018, p. 39).

Conclui-se que os decretos e leis em prol dos animais foram sendo fomentadas no Brasil aos poucos e em processos lentos. Apesar de ter vigência para os animais não humanos, sabe-se que ainda há muito para se fazer, tendo em vista o tópico "Práticas de crueldade contra os animais" supracitado nesse trabalho.

3.1 Natureza jurídica do animal não humano

No Brasil o primeiro decreto de proteção aos animais não humanos foi o nº16.590 de 1924, que protegia os animais contra crueldade e maus tratos. Dez anos depois outro decreto surgiu, o de nº24. 645 de 1934. Nesse, a lei regulamentava 31 (trinta e um) tipos de crueldade e/ou maus tratos aos animais, sendo a proteção dos mesmos de interesse jurídico.

Sete anos depois, em 1941, foi estipulado o Decreto de Lei nº 3.688 que explanava:

> Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de quinhentos mil réis.
> §1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.
> §2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público." (VADE MECUM, ed. 8. Revista dos tribunais, 2016, p.1328).

Esse Decreto foi de suma importância para sua época, entretanto, necessitou-se de outros decretos e leis de proteção aos animais, como: Lei de Proteção a Fauna (nº 5.197 de 1967); Lei dos Zoológicos (nº 7.173 de 1983); Lei da Inspeção de Produtos de Origem

Animal (nº 7.889 de 1989). No ano de 2020 foi sancionada a Lei de nº 14.064 de 2020 que aumenta as penas ao crime de maus tratos aos animais de 2 a 5 anos de reclusão, multa e perda da guarda animal. A Lei Federal foi nomeada como Lei Sansão.

Pode-se concluir que os animais têm algum tipo de respaldo das Leis brasileiras, tendo muitos cargos formais em sua defesa, e tentando garantir sua proteção, tendo em vista que o estado não compactua com atos de crueldade contra animais.

3.2 Mecanismos e órgãos de proteção dos animais

Com advento do capitalismo a degradação com o meio ambiente se expandiu. O crescimento da propriedade privada e os meios de produção alavancaram a exploração da mão de obra humana e dos recursos da natureza.

Devido aos anos de exploração natural, a própria natureza começa a sinalizar o desgaste e a insuficiência de seus recursos. Após a Segunda Guerra Mundial, no terceiro período da modernidade, começou uma movimentação internacional para respaldar os recursos naturais. Diante disso surgiu o Direito do Meio Ambiente, que tem como proposta ser um limitador do poder destrutivo da exploração capitalista.

Fala-se aqui em meio ambiente, pois, deve-se ter em vista que os animais estão dentro do meio ambiente. Em 1972 ocorreu a Conferência de Estocolmo que foi um marco para o direito internacional ambiental, tendo a finalidade de conscientizar mundialmente as agressões que o meio ambiente vinha sofrendo. A Conferência contou com 113 países, dentre eles o Brasil; tendo mais de 400 instituições.

Em 27 de janeiro de 1978, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos dos Animais em Bruxelas, pela Organização das Nações Unidas para a Educação – UNESCO. Essa declaração é um diploma legal internacional que rege a atuação interna de cada país. Isso porque, como dito, com o advento do capitalismo as mudanças sócio culturais mudaram, o meio ambiente enfatizando os animais passaram a correrem severos riscos de sobrevivência. Os artigos nº 1 e 2 estabelecem que:

> Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência; Cada animal tem direito ao respeito. O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar outros

> animais ou explorá-los, violando este direito. Ele tem o dever de colocar sua consciência a serviço de outros animais. Cada animal tem o direito à consideração e à proteção do homem (UNESCO, 1978).

Esta declaração dispõe que os animais têm direitos, que suas vidas tem o mesmo valor para a humanidade e que essa vida merece ser respeitada, não cabendo ao ser humano se achar no direito de superioridade, exercendo o extermínio de outra espécie não humana (FIGUEREDO, 2012).

3.2.1 Atuação do Estado brasileiro

No que tange o Estado Brasileiro, Figueredo explana que:

> O período do pós-guerra foi o momento propício para o desenvolvimento da ideia de Estado Social, pela qual o Estado deve intervir na esfera legislativa tentando dar uma maior proteção aos mais fracos, reduzindo a autonomia privada. O exercício dos direitos subjetivos e liberdades encontram limitação na garantia mais ampla do bem comum pelo qual cada membro de uma sociedade tem o direito e o dever de ser responsável pela harmonia e bem estar da coletividade. A Constituição Federal brasileira possui três pilares da tutela dos animais, o significado de crueldade, a definição da relevância ecológica que determinada espécie cumpre, e a proteção do patrimônio genético da fauna (FIGUEREDO, 2012, p. 18).

Como supracitado no subtópico anterior, o advento do capitalismo e logo após o pós-guerra, teve grande impacto para o meio ambiente e consequentemente para os animais.

A palavra “fauna” no dicionário Aurélio (2004, p. 878), esta está definida como “o conjunto dos animais próprios de uma região ou de um período geológico”. Fauna para alguns pesquisadores se consiste em todos os animais de uma região, ou até mesmo país. Desse modo, pode-se dizer que fauna é um conjunto de espécie de animais que habitam um determinado local.

No legislativo brasileiro, existe na Constituição Federal no artigo 225, § 1º, inciso VII, que explana o cuidado e a proteção com a fauna, dispondo a incumbência ao poder público: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Por meio do artigo 225, § 1º, inciso VII, vê-se que não há categorias e delimitações de proteção, e sim que a constituição abarca todas as espécies de animais, não restringindo à fauna silvestre somente.

É exposto por Abdalla que,

> a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) não faz nenhuma distinção ou classificação das espécies animais ao estabelecer em seu artigo 3º inciso V que a fauna é um recurso ambiental, devendo, conforme preceitua o artigo 4º, ser preservada e restaurada com vistas a sua utilização racional e disponibilidade permanente para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida (ABDALLA, 2007, p. 19).

Pode-se ver que alguns dispositivos legais tratam a fauna com abrangência, não colocando classificações dentro dela, ou com seu *habitat*, morfologias e fisiologias. Entretanto, existem outros dispositivos legais, como a Portaria nº 93 do IBAMA, disposta em 1998 que fazem distinções diante das categorias. No artigo 2º fica explícito que:

> Art. 2º - Para efeito desta Portaria, considera-se:
> I - Fauna Silvestre Brasileira: são todos aqueles animais pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do Território Brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras;
> II - Fauna Silvestre Exótica: são todos aqueles animais pertencentes às espécies ou subespécies cuja distribuição geográfica não inclui o Território Brasileiro e as espécies ou subespécies introduzidas pelo homem, inclusive domésticas em estado asselvajado ou alçado. Também são consideradas exóticas as espécies ou subespécies que tenham sido introduzidas fora das fronteiras brasileiras e suas águas jurisdicionais e que tenham entrado em Território Brasileiro;
> III - Fauna Doméstica: Todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticas, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que os originou (IBAMA, 1998).

O IBAMA que é o mecanismo de proteção animal mais salientado no Brasil categoriza a fauna em três categorias, entretanto, quando se trata da punição de proteção a fauna a Lei 5.167/67 e a Lei 9.605/98, não distingue a fauna silvestre brasileira e a fauna

silvestre exótica, ou seja, sendo silvestre ou exótico eles estão sendo protegidos por essas leis.

No que dispõe da fauna doméstica, esta é composta por animais que vivem em ditos cativeiros, em uma espécie de dependência com o ser humano, mas que no ano de 2020 também recebeu um mecanismo de proteção.

É de suma importância salientar que o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), é um órgão de defesa a fauna e flora, criado pela Lei nº 7.735 em 22 de fevereiro de 1989, sendo uma autarquia federal que mantém vínculo ao ministério do meio ambiente.

Ademais existem outras leis de proteção como a Lei Sansão (Lei Federal nº 14.064/2020) e órgãos que cuidam da vida dos animais não humanos, da fauna e biodiversidade em um aspecto geral.

3.2.2 Atuação da sociedade civil organizada

Mesmo com a precariedade sócio cultural no que tange o meio ambiente e a vida dos animais não humanos, algumas mudanças além do legislativo vêm acontecendo. Há uma conscientização social perante a vida dos animais.

Houve um aumento nas instituições como ONGS em prol dos animais e demais entidades que têm a mesma finalidade, o cuidado com a vida de demais espécies. Dentre tantas crueldades ainda existem pessoas de boa índole ajudando e se esforçando para que o número de abandono e maus tratos sejam diminuídos a cada dia.

Em Curitiba, capital do estado do Paraná, faz parte da OAB dessa localidade o Grupo de Trabalho em Direito Animal que é formado por equipes multidisciplinares com o ideal de ampliar a interlocução entre o direito e as demais áreas do saber, visando o direito e a qualidade de vida dos animais não humanos. O grupo surgiu em meados do ano de 2019 com a total finalidade de agir no recebimento de denúncias referente às questões dos animais, visando também a orientação jurídica e conscientização para evitar danos a essa espécie.

Já na cidade Maringá conta-se com o Bem-Estar Animal que foi criado no ano de 2017 na gestão do prefeito Ulisses Maia e que tem como objetivo ajudar as ONGS;

recolher animais que sofreram maus-tratos através de denúncias anônimas; castração em animais de rua e das próprias ONGS; disponibilização de suas redes sociais para exposição de animais que se encontram disponíveis para adoção e a realização de Feiras de Adoção.

3.3 Proteção penal do animal não humano no Brasil

Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que as normas ambientais passaram a ser constitucional, sendo garantida por direito considerado fundamental. No que diz respeito aos direitos dos animais na Constituição, existe a limitação do direito a propriedade. A tutela constitucional garante a proteção pela Constituição e pelo poder público, "ao incluir a proteção animal, delimitou em âmbito constitucional uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio conceito de dignidade da pessoa humana" (FREITAS, 2012, p. 338).

Para Tagore Trajano de Almeida Silva:

> A Constituição Federal de 1988 é o marco para o pensamento sobre a dignidade animal, uma vez que ao proibir que o animal seja tratado de forma cruel, reconhece ao animal não-humano o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, vida e liberdade (SILVA, 2009, p. 11141).

Diante do exposto por Silva, a Constituição Federal de 1988 é de suma importância para a sobrevivência, vida e direito dos animais não humanos. Ele e demais pesquisadores do Direito Ambiental defendem que essa proteção ambiental abandona a rigidez antropocêntrica, tendo uma visão e um caráter mais amplo, amparando à totalidade a vida (FREITAS, 2012).

No âmbito da jurisprudência brasileira, vêm ocorrendo a vedação de práticas cruéis contra a vida animal, sendo também amparadas pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu como ilegal os casos da "farra do boi" em Santa Catarina e "briga do galo" no Rio de Janeiro.

Com isso, faz-se necessário o direito à vida do animal não humano com proteção eficaz pela legislação brasileira, a fim de proteger o equilíbrio da vida e do meio ambiente.

4 EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA NO COMBATE À CRUELDADE CONTRA O ANIMAL NÃO HUMANO

De acordo com o que fora citado nos tópicos e subtópicos anterior vê-se que os animais não humanos são respaldados pela Constituição e demais leis no território brasileiro. Há a categorização dos animais, pois é devido a essa classificação que as penalidades são aplicadas, no caso a fauna silvestre exótica e a fauna doméstica.

Em ambas as classificações, os sujeitos que comete algum tipo de maus-tratos ou crimes aos animais estão sujeitos a penalidades. A Lei dos Crimes Ambientais prevê em seu artigo 32 que: "Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa".

O dispositivo demonstra a preocupação com as posturas éticas com os animais não humanos. Sendo assim, veda o uso e abuso dos animais vivos, mesmo que tenha o cunho científico ou didático. Pode-se afirmar então que, apesar dos animais não terem a capacidade racional do seu juízo, postulando seus direitos, o Poder Público e o coletivo estão encarregados de garantir sua proteção.

Entretanto, mesmo com os dispositivos de Leis, o respaldo da Constituição, a criação de ONGS e entidades em Prol aos Animais, a eficácia da legislação não se faz ideal. Muitas pessoas encontram brechas tanto no campo social, quanto no legislativo para cometerem crueldade contra os seres não humanos, sejam os silvestres exóticos, sejam os domésticos.

> o ramo do Direito Penal que, em tese, ficaria incumbido de além de tutelar a vida animal, também punir os autores de crimes decorrentes do uso dos animais na sociedade, parece se perder em meio ao despreparo da lei sobre esse assunto (SOUZA; JÚNIOR, 2016, p. 04).

É muito comum ainda no Brasil a caça, farra do boi, briga de galo, pesca em local ou época proibida, abandono e demais tipos de maus-tratos aos animais não humanos. Se continua com frequência a ocorrer tais crimes, há uma ineficácia nas

fiscalizações e nas próprias leis, ou seja, mesmo com todo respaldo, necessita-se de uma responsabilidade maior nas penalidades ao combate à crueldade animal no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Este Trabalho de Conclusão de Curso explanou sobre o Direito dos Animais não humanos, enfatizando a realidade brasileira.

Torna-se notório que após a Constituição de 1988 as normas contra maus-tratos aos animais não humanos se tornaram maiores e tentam ser mais eficazes no Brasil, pois o inciso VII do art. 225 proíbe "na forma de lei", as práticas cruéis contra os animais.

Por meio da contextualização aqui abarcada, vê-se que muito tem se feito no âmbito judiciário pelo direito dos animais para sanar a crueldade e os maus tratos da nossa cultura. As formas de crueldade e maus tratos, como visto no manuscrito, estão em total desacordo com as normas constitucionais, insurgindo também contra a moral e a ética defendidos pela sociedade brasileira.

Entretanto ainda há uma necessidade tamanha nas penalidades, correções e fiscalizações no que diz respeito aos maus tratos e a crueldade contra os animais não humanos, pois há muitos crimes e maldades sendo realizadas contra eles mundialmente e em nossa sociedade. Desse modo, cabe salientar que se necessita também de uma educação que promova ao homem a noção de prática das leis.

Diante do exposto, cabe-se dizer que as Leis e Dispositivos de proteção contra a fauna, no caso os animais não humanos são de suma importância, mas que ainda carece de um papel maior na fiscalização e penalidade e da própria sociedade que tem o dever constitucional de proteger os animais.

REFERÊNCIAS

ABDALLA, A. V. D. **Proteção da fauna e tráfico de animais silvestres**. Dissertação de Mestrado Em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba, 2007.

ARGOLO, T. C. .**Animais não humanos encarados como sujeitos de direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

FAUTH, J. de A.. **A natureza jurídica dos animais: rompendo com a tradição antropocêntrica**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 143, dez 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16684>. Acesso em: 22 set. 2021.

FERREIRA, A. B. de H.. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEREDO, J. H. V.. **Dignidade e direitos fundamentais para além do animal humano: a responsabilização penal da pessoa física por maus tratos**. Trabalho de Conclusão de Curso em Graduação em Direito - Universidade Estadual da Paraíba, 2012.

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. **Portaria 93 artigo Nº 2**, de 1998.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LARA, P. M. T. ; SALES, P. C. M. . **Os Animais como Sujeitos de Direito**. In: XXIV Congresso do Conpedi, 2015, Belo Horizonte. DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade, 2015. p. 464-484.

LEVAI, L. **Crueldade Consentida: Crítica a razão antropocêntrica.** Revista Brasileira de Direito Animal, v. 1, n. 1, p.171-190, mai. 2006. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10246/7303>. Acesso em: 22 set. 2021.

MÓL, S.; VENANCIO, R.. **A proteção jurídica aos animais no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014.

MORAES, A. de. **Denúncias de maus-tratos aumentaram com criação do Bem-Estar Animal em Maringá.** 23/04/2021. Disponível em: https://www.bonde.com.br/pets/denuncias-de-maus-tratos-aumentaram-com-criacao-do-bem-estar-animal-em-maringa-537251.html. Acesso em: 22/07/20221.

REGAN, T. **The case for animal rights**. Berkeley/LA, University of California Press, 1983.

SANTANA L. R., MARQUES M. R. **Maus tratos e crueldade contra animais nos centros de controle de zoonoses: aspectos jurídicos e legitimidade ativa do Ministério**

Público para propor ação civil pública. Salvador, 2001. Disponível em: Acesso em: 20 setem. 2011.

SANTOS, L. A. dos. **Animais não humanos: sujeitos ou objetos de direito? Uma crítica descolonial ao antropocentrismo jurídico**. Monografia de conclusão de curso, 2018.

SILVA, T. T. de A. **Fundamentos do Direito Animal Constitucional**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo-SP, nos dias 04, 05, 06, 07 de novembro de 2009.

SOUZA, A. C. de; JÚNIO, F. A. S. de Sá. **A proteção jurídica dos animais no direito brasileiro**; 2016.

UNESCO; **Bruxelas**, Bélgica, em 27 de Janeiro de 1978.

VADE MECUM, ed. 8. Revista dos tribunais, 2016.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Gabriela Fernandes[21]
Débora Goeldner Pereira Oliveira [**]

RESUMO:

A violência obstétrica é um assunto de extrema importância para as mulheres que engravidam, pois mesmo em um momento tão especial como o nascimento de um filho, pode haver situações que violam a autonomia da mulher, constrangendo-a física e psicologicamente. O presente trabalho objetiva analisar as formas com que a violência obstétrica se apresenta até a forma com que os profissionais da saúde podem ser responsabilizados em eventuais situações de violência. Analisará também a forma com que a vítima pode ser reparada por tal dano com base na legislação Civil Brasileira. Conclui-se, que as formas com que a violência obstétrica acontece são das mais sutis às mais perceptíveis, sendo mais recorrentes durante o trabalho de parto, entretanto pode ocorrer em qualquer momento da gestação, e se devidamente comprovada, deve ser responsabilizado o seu autor. A metodologia que será utilizada, é a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Violência Obstétrica. 2. Parto. 3. Responsabilidade Civil.

1 INTRODUÇÃO

A violência obstétrica é um assunto ainda pouco tratado no âmbito jurídico, desta forma a pesquisa abordará a responsabilidade civil nos casos de violência obstétrica, conceituando-a, abordando as formas com que se apresenta, as escolhas das parturientes durante o trabalho de parto, utilizando a legislação que ampara as escolhas e decisões das gestantes. Estende-se ainda a demonstração de como legislação Civil Brasileira pode aplicar-se aos casos de violência obstétrica.

* Acadêmica do 2º semestre do Curso de Direito da Faculdade Maringá, e-mail: fernandes.gabriela2512@gmail.com.

** Mestre, advogada e professora do curso de Direito da Faculdade Maringá, e-mail: profdebora2010@hotmail.com.

Ainda que diariamente muitas mulheres sejam vítimas de violência obstétrica no país muitas delas, não tem conhecimento acerca de seus direitos, como por exemplo o direito a acompanhante no pré-parto, durante o parto, e no pós-parto.

Analisar-se-á o direito das parturientes assegurado pelo Código Civil Brasileiro e até mesmo pelo Código do Consumidor. além é claro, dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal Brasileira e dos Direitos Humanos.

Verificar-se-á a possibilidade de os médicos e a equipe médica assistencial que prestam serviço durante o trabalho de parto, e o parto em si, serem responsabilizados civilmente, por danos causados em decorrência da violência.

A metodologia que será utilizada, são pesquisa bibliográfica, que consiste em buscar assuntos do referido tema, em livros, revistas, artigos etc. Para identificar, analisar e compreender as formas da violência obstétrica e os direitos de quem sofre esse tipo de violência contra a mulher.

2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

2.1 Conceito e Práticas Consideradas Violência Obstétrica

De acordo com Salles (on-line), “Trata-se da chamada violência obstétrica, que nada mais é do que uma série de violências físicas, sexuais e psicológicas pelas quais a mulher é submetida em um momento que deveria ser marcado tão somente pela felicidade de dar à luz.” Além do momento do parto a violência obstétrica se estende no pré-parto e pós-parto, em que a parturiente pode por vez sofrer diversas violências como por exemplo, física, psicológica, entre outras.

Entende-se o parto como um momento único e especial na vida das mulheres que aguardam com ansiedade o momento de trazer a vida seus filhos, no entanto, inúmeras vezes este momento torna-se um trauma para a parturiente, devido a violência causada por quem deveria garantir os cuidados necessários neste momento, muitas não fazem ideia de que tais práticas são formas de violência obstétrica, conforme destaca Xavier (on-line):

> Engana-se quem acha que a violência obstétrica é apenas aquela agressão bruta. Ironias, ameaças, coerção, manipulação, exposição desnecessária do corpo, apelidos ofensivos, uso excessivo de medicamentos, perda de autonomia e decisão sobre o próprio corpo, impedir o acompanhamento do pai, raspagem de pelos pubianos (tricotomia), exame de toque excessivo, frases como "na hora de fazer gostou, agora aguenta", ou chamar a mulher o tempo todo de "mãezinha", tudo isso pode caracterizar violência obstétrica.

Segundo Xavier (on-line), "A violência obstétrica ainda é pouco divulgada e vem causando muitas vítimas no Brasil, principalmente em virtude do desconhecimento sobre o que seria um parto saudável e quais são os direitos garantidos à parturiente." Henriques (on-line) enfatiza que há a estimativa de que 18,3% a 44,3%, de mulheres sofram violência obstétrica diariamente no Brasil.

Verifica-se nuances diferentes em relação a apresentação de violência durante o pré-natal e trabalho de parto, eles não se limitam apenas em agressões físicas e sexuais, mas, também em agressões psicológicas, deboches, piadas e incitações, ofensas e até mesmo ameaças como evidência Salles (on-line).

Acerca da responsabilidade civil em casos de violência obstétrica, Faria (on-line), afirma que, "Há diversas formas de violência obstétrica, e nem sempre a mulher consegue compreender que foi vítima dessa agressão. Porém, os seus direitos estão assegurados e caso sejam vítimas podem requerer uma indenização pela via judicial."

Xavier (on-line), afirma que, "Há diversas formas de violência obstétrica, e nem sempre a mulher consegue compreender que foi vítima dessa agressão. Porém, os seus direitos estão assegurados e caso sejam vítimas podem requerer uma indenização pela via judicial."

Xavier (on-line) ainda ressalta, "Não é toda mulher que tem consciência de que poderia ter feito um parto diferente. É grande o número de mulheres que não têm informação sobre o que podem ou não escolher ou fazer no momento do parto."

É possível ver um crescente aumento dos casos de violência obstétrica tanto em hospitais públicos quanto nos particulares, o que muitas vezes passam despercebidos pelas gestantes que buscam por atendimento nessas unidades de saúde que assim como

os profissionais julgam muitas das práticas utilizadas como acontecimentos rotineiros conforme aponta Aguiar (on-line).

Mediante ao exposto nota-se que diversas práticas violentas podem ocorrer sendo elas, verbais, psicológicas, físicas, sexuais entre outras, conforme veremos em sequência.

2.1.1 Violência física

A violência física é a forma de violência obstétrica que se evidencia e é facilmente identificada, utilizando-se de intervenções desnecessárias na parturiente durante o trabalho de parto, como apresenta Barreto (on-line)

> As condutas mais recorrentes que são entendidas como práticas violentas e que violam os Direitos Humanos e desnecessárias de acordo com algumas organizações médicas e até desaconselhadas pela Organização Mundial da Saúde são: a *episiotomia*, aplicação de *ocitocina*, fórceps, manobra de *Kristeller*, jejum de comida e água, tratamento indigno e até a cesária eletiva e imposta pelo médico sem qualquer indicação.

Barreto (on-line) ainda afirma que, negar que a gestante ingira alimentos e até mesmo água, é também uma forma de violência física, que ocorre em casos de violência obstétrica. A autora ainda afirma que a imposição do parto por via cirúrgica (cesária) é uma das formas mais difíceis de se perceber o abuso uma vez que essa imposição vem sempre acompanhada de um bom discurso médico. Desta forma a parturiente muitas das vezes acredita que aquilo realmente é sua única opção.

É importante ressaltar como afirma Xavier (on-line) que nem todas as intervenções que são realizadas são violência obstétrica, algumas vezes, elas são necessárias e precisam ser empregadas, devidamente consentida e esclarecida, a gestante antes de sua realização.

Diante do exposto é possível analisar que a violência física é uma forma de violência obstétrica, mais perceptível, porém ainda assim é camuflada por imposições médicas, muitas das vezes inquestionáveis para as mulheres.

2.1.2 Violência verbal

A violência verbal é reconhecida de forma clara, com o uso de palavras e ofensas ditas as gestantes durante o parto como cita Oliveira (on-line), “A violência verbal incita qualquer tipo de expressão considerada ofensiva a mulher, como por exemplo ‘’Pare de fazer escândalo, não é para tanto!’’, ‘’você está exagerando, se entrou vai sair!’’.”

Verifica-se que este tipo de violência, assim como a violência física é facilmente identificada, porém muitas gestantes durante o trabalho de parto não se dão conta do dano que está sendo causado.

Desta forma conclui-se que a violência verbal se apresenta de forma clara restando evidente seu abuso.

2.1.3 Violências psicológica e sexual

De acordo o Dossiê da Violência Obstétrica (2012, p. 60), a violência psicológica consiste em:

> toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio. Exemplos: ameaças, mentiras, chacotas, piadas, humilhações, grosserias, chantagens, ofensas, omissão de informações, informações prestadas em linguagem pouco acessível, desrespeito ou desconsideração de seus padrões culturais.

A violência sexual sofrida pela gestante no momento do parto segundo o referido Dossiê (2012, p. 60), é caracterizada por ações que violam a integridade sexual da gestante podendo se caracterizar por acessos aos órgãos sexuais da parturiente, violando sua intimidade e o seu pudor. O Dossiê (2012, p.80) ainda cita, exemplos de práticas que caracteriza “[...] Exemplos: episiotomia, assédio, exames de toque invasivos, constantes ou agressivos, lavagem intestinal, cesariana sem consentimento informado, [...] exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e sem consentimento.”

É possível analisar ao longo desta seção que as formas com que a violência obstétrica acontece são das mais sutis as mais perceptíveis, sendo mais recorrentes durante o trabalho de parto, entretanto pode ocorrer em qualquer momento da gestação.

2.2 As Escolhas da Parturiente Acerca do Parto

Durante o processo evolutivo do trabalho de parto a mulher é a grande protagonista, diante disso as escolhas que ocorrem nesse período devem ser devidamente esclarecidas e estarem em concordância com o desejo da gestante.

Segundo Costa, Silva, Silva, Galdino e Brás (on-line), os esclarecimentos das dúvidas apresentadas pelas gestantes devem ser dados a partir do início do pré-natal até o parto, desta forma a gestante sentirá segurança diante dos procedimentos que serão realizados até o nascimento de seu filho.

A via de parto é bastante discutida à medida que dados mostram a incidência de cesarianas no país:

> O Brasil ocupou, até há pouco, a nada invejável posição de campão mundial de operações cesarianas. Se, por um lado, a cesárea realizada por razões médicas tem um grande potencial de reduzir a morbimortalidade materna e perinatal, por outro lado, o exagero de sua prática tem efeito oposto, inclusive por consumir recursos preciosos do sistema de saúde. Essa profunda distorção na prática médica brasileira é determinada por múltiplos fatores – históricos, estruturais, conjunturais – mas tem, na forma como a sociedade em geral, e a medicina em particular, encara a mulher, a gênese dessa permissividade. (BRASIL, 2001, p.14)

De acordo com a Lei Nº 11.108, de 7 de abril de 2005, é de direito da parturiente um acompanhante de sua escolha, durante todo período de parto e pós-parto imediato, tanto no SUS como na rede privada e conveniada.

No Estado do Paraná é garantido que a gestante opte pela via de parto desde que devidamente esclarecida conforme a Lei 20.127 - 15 de janeiro de 2020, traz em seu artigo 2º,

> § 2º Nas situações eletivas, é direito da gestante optar pela realização de cesariana, desde que tenha recebido todas as informações de forma pormenorizada sobre o parto vaginal e cesariana, seus respectivos benefícios e riscos, e tenha se submetido às avaliações de risco gestacional durante o pré-natal, na forma do inciso I deste artigo.

É importante observar que há legislações que amparam as parturientes durante o trabalho de parto e durante toda a gestação, e que todas as escolhas e procedimentos devam ser devidamente aprovados pela gestante antes de serem realizados. Desta forma, a autonomia da mulher será preservada.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

No decorrer desta seção será abordada a reponsabilidade civil médica em casos de violência obstétrica, o conceito e breve histórico da responsabilidade civil.

3.1 Conceito e Breve Histórico de Responsabilidade Civil

Antes de conceituar responsabilidade civil, faz-se necessário a verificar-se a etimologia de responsabilidade:

> A palavra "responsabilidade" origina-se do latim *respondere*, que encerra da ideia de segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. (GONÇALVES, 2019, p. 521).

A responsabilidade civil de acordo com Gonçalves (2021), parte de três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano culposo, e o nexo causal entre o fato culposo e o dano. O autor ainda cita que responsabilidade civil tem como principal consequência para o autor do fato ilícito o reparo do dano, e devido a isso a responsabilidade civil é elemento do direito obrigacional.

A culpabilidade é ampla na área cível, mesmo que leve, deve-se indenizar, como cita Gonçalves (2019, p.522).

Acerca da responsabilidade civil Diniz (on-line) também pondera,

> Para que haja responsabilidade civil alguns requisitos são imprescindíveis como: (a) existência de uma ação (comissiva ou omissiva), qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, temos o risco; (b) ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causando à vítima por ato comissivo

> ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculado.

A autora ainda afirma que "Não pode haver responsabilidade civil sem o dano que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão."

Diniz (on-line), reitera que não há possibilidade de haver responsabilidade civil caso não haja um dano patrimonial ou moral, sendo o dano um pressuposto indispensável da responsabilidade civil, sendo assim, é indispensável que haja a comprovação do dano de forma concreta a fim de que se pleiteie uma indenização.

Verifica-se como dano, de acordo com Diniz (on-line) "O dano, enfim, pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico patrimonial ou moral."

Na responsabilidade civil o interesse jurídico tanto patrimonial como moral é inteiramente privado como afirma Gonçalves (2019, p. 522).

Entende-se assim que a responsabilidade civil é a reparação do dano causado a um terceiro violando um direito garantido, e como uma consequência jurídica o autor do ato ilícito deve reparar o dano causado.

Segundo Gonçalves (2021), no início da humanidade não se cogitava o fator culpa, havia uma vingança imediata e brutal que configurava uma vingança privada, era uma situação de reação instintiva contra o mal que era sofrido pela parte, era a solução comum a todos que sofriam um dano.

O autor ainda ressalta que se a reação ocorria de forma imediata e era regulamentada posteriormente, resultava na conhecida Lei de Talião "olho por olho, dente por dente". Entretanto com o tempo o prejudicado substituiu a vindita, que nada mais era que a punição sofrida de forma imediata, por uma compensação econômica.

Miguel (on-line) pondera,

> Percebe-se, portanto, que a responsabilidade penal é anterior à responsabilidade civil, podendo ser afirmado que esta evoluiu a partir daquela, que, no entanto, continua a existir em ramificação distinta do direito. Enquanto a responsabilidade civil integra o direito privado, a responsabilidade penal está inserida no âmbito do direito público.

No Direito Romano, não havia nenhuma diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal a reparação era apenas uma pena imposta a quem causou o dano a outrem, como afirma Gonçalves (2019, p. 52).

Quando já existia uma autoridade soberana, o legislador vedou o fato de a vítima fazer justiça com suas próprias mãos, onde a compensação econômica passou a ser obrigatória, conforme menciona Gonçalves (2021).

A *Lex Aquilia* segundo Gonçalves (2019, p. 21, 522) foi o que começou a trazer diferenciação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, na qual a indenização passou a ser a única forma de sanção em casos não criminosos.

Miguel (on-line) cita também que na idade média, mais precisamente na França, a ideia do fator culpa do direito romano foi aperfeiçoado com uma composição obrigatória, onde por mais que levíssima, haveria a obrigação de indenizar. O autor ainda menciona que "Após a Revolução Francesa (1789), já na Idade Contemporânea, surge o Código de Napoleão, com a previsão da responsabilidade contratual, bem como é feita a distinção entre a responsabilidade penal e a civil." (MIGUEL, on-line).

Observa-se, portanto, que a responsabilidade passou por diversas mudanças em seu fator histórico, principalmente como enfatizado no direito Romano, onde subdividiu-se a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, onde o fator culpa passou a ser inserido em tal.

3.3 A Responsabilidade Civil Médica e O Direito a Indenização da Vítima

De acordo com Pimentel (on-line), a responsabilidade civil médica é subjetiva, ou seja, tem o paciente o ônus de comprovar a culpa no caso de sua responsabilização.

Desta forma, só haverá responsabilização médica se comprovada a negligência, imprudência ou imperícia conforme afirma Moreira (on-line).

Oliveira (on-line) ressalta "No Código Civil a responsabilidade ocorre por culpa, dano e nexo de causalidade, então para se caracterizar responsabilidade civil por erro médico precisa verificar tais pressupostos."

Cita ainda Moreira (on-line) “A responsabilidade civil subjetiva decorre de dano causado em função de um ato doloso ou culposo. A violência obstétrica pode ser perpetrada tanto pelos agentes de saúde no desempenho de atividade médico-hospitalar, quanto pelo estabelecimento de saúde.”

O código de ética médico em seu Capítulo III expõe sobre a responsabilidade profissional.

> Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.
> Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.
> Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente
>
> Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.
> Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.
> Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Os presentes artigos não podem ser violados, pois são passíveis de punição, que vão desde uma advertência até uma possível cassação do exercício como cita Moreira (on-line).

Moreira (on-line), expõe

> Para apuração da responsabilidade civil dos médicos e enfermeiros deve haver verificação da culpa. Logo, só haverá responsabilização se comprovado que eles tenham agido com negligência, imprudência e imperícia, conforme o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Verifica-se então, que os médicos podem ser responsabilizados civilmente, desde que comprovada a culpa.

É importante frisar que não há indenização sem que seja comprovado algum dano, e assim também é na área da saúde.

Moreira (on-line) cita que, no Direito Civil brasileiro

> dispõe-se sobre danos morais pelas ações dos profissionais de medicina e enfermagem para com as mulheres em tratamento obstétrico, tais disposições vão desde indenizações por dano moral a respeito de erros médicos, responsabilidade ética e responsabilidade civil.

De acordo com Diniz (2003, p. 153 apud Moreira on-line)

> O fundamento primário da reparação está no erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à pré-determinação da norma, que atine com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente ilidido, mas que, em princípio, constitui o primeiro momento da satisfação de perdas e interesses. Esse direito lesado, na perspectiva médico-legal, consiste no dano corporal (dano pessoal) que aponta para duas categorias jurídicas: O dano patrimonial ou econômico e dano extrapatrimonial ou não econômico.

A mulher que sofre violência obstétrica também pode obter reparação na esfera cível quando for vítima de um dano material e/ou moral.

Gonçalves (2019 p. 522) pondera que qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil uma vez que viole o direito e cause um prejuízo, como disposto no art. 186 do Código Civil Brasileiro onde destaca

> Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O Código Civil Brasileiro (2002) traz em seu art. 927 caput,

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

Sendo assim, mesmo ainda não existindo uma legislação específica para a violência obstétrica a mulher é amparada pela legislação Brasileira por intermédio do Código Civil Brasileiro, podendo desta forma ao comprovar a culpa ser indenizada pelo trauma sofrido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto foi possível constatar que diversos atos comuns durante os atendimentos de pré-natal e durante o trabalho de parto caracterizam-se como formas de violência obstétrica, são poucas as informações dadas às gestantes que as conscientizem dos direitos que tem, no entanto, com o avanço das informações sobre o tema, as mulheres vem se munindo contra a violência causada por médicos e profissionais da saúde.

Foi possível analisar mediante ao exposto o artigo que diversas práticas violentas podem ocorrer sendo elas, verbais, psicológicas, físicas, sexuais entre outras.

Observou-se que as formas com que a violência obstétrica acontece são das mais sutis às mais perceptíveis, sendo mais recorrentes durante o trabalho de parto, entretanto pode ocorrer em qualquer momento da gestação.

Analisando acerca da responsabilidade civil observou-se que há legislações que amparam as parturientes durante o trabalho de parto e durante toda a gestação, e que todas as escolhas e procedimentos devem ser devidamente aprovados pela gestante antes de ser realizados.

Ao compreender que há leis que amparam a gestante e a parturiente foi possível constar que ao comprovar o abuso, e a violência obstétrica, a mulher tem direitos a reparação e indenização, amparada pela legislação civil brasileira.

Conclui-se desta forma, que o presente trabalho buscou a análise das formas com que a violência obstétrica se apresenta até a forma com que os profissionais da saúde podem ser responsabilizados em eventuais situações de violência, além da forma com que a vítima pode ser reparada por tal dano. No momento de maior felicidade de uma mulher que é dar à luz ao seu filho, o diálogo, o respeito e o profissionalismo são peças-chaves para que tais episódios de violência não aconteçam.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Janaina Marques de. **Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero**. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-21062010-175305/publico/JanainaMAguiar.pdf Acesso em 30 de ago 2021

BARRETO, Gisele. **Violência obstétrica no Brasil**. Disponível em https://jus.com.br/artigos/57163/violencia-obstetrica-no-brasil Acesso em: 25 de ago 2021

BRASIL. **Código Civil.** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 de set 2021

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticos de Saúde. **Área Técnica de Saúde da Mulher. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher/ Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Área Técnica da Mulher.** – Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf Acesso em: 28 de ago 2021

BRASIL. **Resolução n. 1.921/2009 do Conselho Federal de Medicina**. Código de Ética Médica. Brasília. 2009. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em: 15 de set 2021

COSTA, Maiara Naves; SILVA, Jeniffer de Fátima Oliveira da; SILVA, Larissa de Almeida; GALDINO, Cíntia Valéria; BRÁS, Marcia. Parto: direito de escolha da mulher. **Saber Digital Revista Eletrônica do CESVA**. Disponível em: http://revistas.faa.edu.br/index.php/SaberDigital/article/view/395. Acesso em: 29 de ago 2021

DINIZ, Maria Helena. **Proteção jurídica da existencialidade.** Disponível em: https://orcid.org/0000-0001-5696-2362 Acesso em 06 de set 2021

FARIA, Nathália Izabela Inácio de. **Da ausência de responsabilidade criminal na violência obstétrica**, Disponível em: https://jus.com.br/artigos/82870/da-ausencia-de-responsabilidade-criminal-na-violencia-obstetrica#_ftn1 Acesso em 02 de set 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. Disponível em: https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/716273?title=Direito%20civil%20brasileiro. Acesso em: 07 de set 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Vol. 1 - Parte geral.** Ed. SaraivaJur. São Paulo, 2019.

HENRIQUES, Tatiana. **Violência obstétrica: um desafio para saúde pública no Brasil.** Disponível em: https://www.ims.uerj.br/wp-content/uploads/2021/02/violencia-obstetrica_tatiana_henriques_pagina_grena_fev2021.pdf. Acesso em: 20 de ago. 2021.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **Responsabilidade civil: Evolução e apanhado histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-evolucao-e-apanhado-historico-a-problematica-da-efetiva-reparacao-do-dano-suportado-pela-vitima-em-razao-da-culpa-como-pressuposto/. Acesso em 07 de set 2021

MOREIRA, Aline Karem. **Violência obstétrica: Um estudo sobre a responsabilidade civil e penal de seus agentes.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/87026/violencia-obstetrica-um-estudo-sobre-a-responsabilidade-civil-e-penal-de-seus-agentes. Acesso em: 20 de set 2021

OLIVEIRA, Débora. **Violência obstétrica**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72671/violencia-obstetrica. Acesso em: 29 de ago 2021

PIMENTEL, Camilo Lemos. **Responsabilidade civil médica.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72036/responsabilidade-civil-medica. Acesso em 20 de set

REDE PARTO DO PRINCÍPIO para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. **Dossiê da Violência Obstétrica: Parirás com dor**. Disponível em https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/sscepi/doc%20vcm%20367.pdf Acesso em: 02 de set 2021

SALLES, Rachel Teixeira Dias. **Violência Obstétrica**, Disponível em: https://jus.com.br/artigos/31468/violencia-obstetrica Acesso em 30 de ago de 2021

XAVIER, Camila. **Violência Obstétrica**, **Entenda o que é e quais são os direitos da mulher gestante e parturiente**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/78219/violencia-obstetrica Acesso em 30 de ago de 2021.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO PARANÁ
FACULDADE MARINGÁ
DIREITO

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TORNO DA PANDEMIA (COVID-19)

Geovana Begotti de Sá[22]
Débora Goeldner Pereira Oliveira[23]**

RESUMO: A violência doméstica está presente em todas as partes da sociedade. Desde sempre, ela vem acompanhando as mulheres, inclusive, o seu contexto histórico mostra como era normal uma mulher sofrer agressões, ameaças e conviver com esse risco diariamente. Diante disso, veio a pandemia do Covid-19 e o isolamento social foi marcante e forte no cenário da época. Com o isolamento, a violência doméstica aumentou seus índices e ainda ficou mais difícil a forma de pedir socorro. Dadas essas considerações, o objetivo desse artigo é analisar como o índice de violência doméstica cresceu em meio à referida pandemia, que foi um momento delicado e duvidoso por razão do Covid-19. A metodologia utilizada para elaboração do presente artigo é a pesquisa bibliográfica, que consiste em analisar as diversas opiniões e estudos sobre o assunto, publicadas em livros, materiais eletrônicos, jurisprudências, artigos científicos, monografias e dissertações. Os resultaram mostram que parte das denúncias de violência doméstica no âmbito familiar só aumentou, a evidenciar uma grande preocupação para a sociedade atual.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Covid-19. 2. Pandemia 3. Violência doméstica.

ABSTRACT: Domestic violence is present everywhere, it has always been with women, its historical context shows how normal it was for a woman to suffer aggression, threats and live with this risk of life on a daily basis. Given this, came the pandemic on account of Covid-19, where social isolation was something very strong in the scenario at the time. With isolation, domestic violence increased its rates and even more difficult to ask for help. The objective of this work is to analyze how the domestic violence index increased in the midst of the pandemic, which was a delicate and doubtful moment due to Covid-19. The methodology that will be used to prepare this work is bibliographic research, which consists of analyzing the various opinions on the subject, published in books, electronic materials, jurisprudence, scientific articles, monographs and dissertations. The results show that part of the complaints of domestic violence in the family environment has only increased, bringing a great concern to today's society.

KEY-WORDS: 1.Covid-19. 2. Pandemic. 3. Domestic Violence.

1 INTRODUÇÃO

[22] Acadêmica de Direito do segundo semestre da Faculdade Maringá, e-mail: giovanna_fontana_cat@hotmail.com
[23]** Mestre, advogada e professora da Faculdade Maringá, e-mail: profdebora2010@hotmail.com

Presente em todos as épocas vividas e em grande parte da sociedade atual, a violência doméstica é considerada um grave problema social e político do mundo, pela expressão da sua agressividade, a significar vários riscos às mulheres que sofrem com esse tipo de crime. Diante disso, o foco deste artigo é apresentar o tema no contexto da pandemia, e analisar os índices gerados nesta situação.

O Covid-19, responsável pela última pandemia que atingiu vários países nos anos de 2019 a 2021, é uma doença respiratória muito grave, com uma facilidade muito grande de transmissão e, consequentemente, desencadeou o isolamento social do mundo todo e fez com que as mulheres ficassem mais em suas casas, com seus maridos, namorados, ou seja, em seu âmbito familiar. O cenário de isolamento elevou muito o índice de violência doméstica, resultado em várias denúncias.

Com a pesquisa desenvolvida, pretende-se colaborar mesmo que singelamente na análise mais aprofundada sobre o que é de fato violência doméstica, como e quando surgiu, como se caracteriza a pandemia causada pelo Covid-19 e ainda a própria definição de Covid-19, e por fim, qual o caminho mais indicado para a vítima realizar as denúncias. Para atingir esse objetivo, a metodologia utilizada para elaboração do presente artigo é a pesquisa bibliográfica, que busca analisar as diversas opiniões e estudos sobre o assunto, publicadas em livros, materiais eletrônicos, jurisprudências, artigos científicos, monografias e dissertações.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, PANDEMIA E COVID-19

2.1 Conceito de violência doméstica

Muito presente em diversos estados, assim como em países, a violência doméstica é considerada um grave problema nos âmbitos social e político e está diretamente relacionada a nossa vida diária. Infelizmente, sempre chegam aos nossos ouvidos um fato de violência doméstica ocorrido com a amiga da amiga, com a prima da vizinha, com a tia. Essas histórias tem sido sempre mais frequentes e atinge mulheres nos mais diferentes

níveis, do cultural social, ao econômico. A violência doméstica existe inclusive em ambientes em que as pessoas são dotadas de elevado grau de estudo e parece estar muito enraizada nos aspectos socioculturais dos povos em que ela ocorre. Para ser mais exatos, está relacionada ao machismo implantado pela formação interior das nossas famílias desde as suas origens. Como o homem era o chefe familiar e detinha todo o poder dessa constituição em suas mãos, essa visão histórica e ideologicamente construída ainda é presente e modelar em muitas relações familiares e afetivas e carrega com ela a imagem do homem como um ser superior que ainda concebe a mulher como inferior a ele e assim se sente no direito de rebaixá-la com humilhações e agressões.

De acordo com o art. 5º da Lei Maria da Penha, violência doméstica e familiar contra a mulher é "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe causa morte, lesão, sofrimento físico, sexual, ou psicológico e dano moral ou patrimonial". A partir disso e das ponderações apresentadas anteriormente, relembrando o foco deste artigo que é apresentar a violência doméstica diante de uma pandemia e seus índices neste determinado momento, a mostrar que, mesmo diante do caos, o crime, a violência e a desigualdade não param.

Desta feita, é necessário discutir o que se entende por violência doméstica. A Lei Maria da Penha em seu art. 5°, incisos I, II e III define a violência doméstica nos seguintes termos:

> Art. 5o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015).

Assim, a violência doméstica pode ter como consequência lesões cutâneas, neurológicas, oculares e ósseas, que surgem por queimaduras, mordidas, tapas, espancamentos, ou qualquer ação que ponha em risco a integridade física da mulher. Existe também a violência praticada contra a mulher no aspecto sexual, que corresponde a qualquer forma

de atividade e prática sexual sem seu consentimento, pelo uso de força e com intimidações.

Esse tipo de violência praticada contra a mulher ainda pode ocorrer por meio de chantagens, manipulações, ameaças ou qualquer outro mecanismo que anule ou limite a vontade pessoal.

Conforme explica e esclarece o Ministério da Mulher,

> [...] A violência doméstica e familiar é a principal causa de Feminicidio no Brasil e no mundo. Trata-se da violência que mata, agride ou lesa a mulher. Esse tipo de violência pode ser cometido por qualquer pessoa, inclusive por outra mulher, que tenha uma relação familiar ou afetiva com a vítima. Com isso, os agressores geralmente moram na mesma casa que a mulher em situação de violência. (MINISTÉRIO DA MULHER, on-line).

Nesse sentido, é visto que a violência doméstica leva a vários tipos de abusos, agressões, sofrimento físico e psicológico, ameaças, danos etc. Contudo, os autores são pessoas do ciclo de vida da vítima, podendo ser seu marido, namorado, filho etc.

2.2 Conceito de Pandemia

O conceito de pandemia é importante porque o objetivo deste artigo é analisar o crescimento da violência doméstica no contexto da pandemia do novo coronavírus. Assim, é possível compreender quando uma doença se torna uma pandemia, de acordo com as instruções do Instituto Butantan, quando ela:

> [...] atinge níveis mundiais, ou seja, quando determinado agente se dissemina em diversos países ou continentes, usualmente afetando um grande número de pessoas. Quem define quando uma doença se torna esse tipo de ameaça global é a Organização Mundial da Saúde (OMS) [...].

Diante disso, quando um determinado vírus se dissemina por diversos continentes contaminando um grande número de pessoas, temos a chamada Pandemia. Dois exemplos de pandemias bem conhecidas mundialmente são a Gripe Espanhola e a Covid-19, que afetaram diversos países.

2.3 Conceito de Covid-19

"A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo Corona vírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global." (O QUE, 2021, on-line).

Segundo o VivaBem (on-line), o Coronavírus é uma doença respiratória derivada de um vírus que causa infecções respiratórias em seres humanos e animais. Essa doença é transmitida de pessoas para pessoa com secreções contaminadas como, espirro, tosse, contato próximo ou toque em algo contaminado, sintomas essas de um gripe, o que dificulta ainda mais a distinção dos vírus. A covid-19 pode causar morte, dependendo da situação e estado que o indivíduo se encontra. Nesse sentido, pessoas com mais de 80 anos com condições médicas subjacentes são mais vulneráveis a covid-19, mas, todas as pessoas, de qualquer idade, podem ser contaminadas com o vírus.
Conclui-se então que a covid-19 é uma doença respiratória grave, de fácil transmissão pelas gotículas do ar, que causou a pandemia atual, como visto no tópico 2.2 anteriormente.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TORNO DA PANDEMIA (COVID-19)

3.1 Como surgiu a violência doméstica

De acordo com Dias (2007, p. 21), "na Antiguidade Clássica existia uma sociedade marcada pela desigualdade e exercício despótico da autoridade pelo *"pater família"*, senhor absoluto e incontestável, que detinha poder de vida e morte sobre sua mulher e filhos, e sobre quaisquer outras pessoas que vivessem sob seus domínios. Em resumo, sua vontade era lei soberana e incontestável. O homem como papel de senhor absoluto de seus domínios perdurou através dos tempos.". A desigualdade social de gênero já existe desde os primórdios, deixando a mulher ao domínio do homem, sem direitos, com muitos deveres e muitas cobranças.

Segundo Cunha (2007, p.82), o primeiro Código Penal brasileiro, de 1830, “suprimiu tal permissão”, todavia, ele mesmo questiona “como mudar, de forma tão rápida como a vigência das leis exige, a cultura de um povo que durante anos suas gerações cresceram, viveram e presenciaram tal comportamento como se correto fosse?” E acrescenta que “ainda se acreditava que a infidelidade da mulher feria os direitos do marido, onde sua honra manchada só se lavava com sangue da adúltera”. Mesmo com a democracia, a mulher ainda era vista como um domínio do homem, e até uma lei foi criada, com pena apenas para as mulheres adulteras e seus amantes. A realidade da sociedade na época ainda desfavorecia o gênero feminino.

Conclui-se então que o gênero feminino, historicamente e visivelmente falando, sempre foi penalizado. A desigualdade social está presente na realidade das mulheres desde os primórdios, mostrando elas não tiveram o mesmo espaço que o homem na sociedade e na vida.

3.2 A luta pela segurança

Segundo a Constituição Federal (art. 226. § 8º), constata-se então que a violência contra a mulher tem raízes profundas que estão situadas ao longo da história, sendo, portanto de difícil desconstrução. Somente em 1988 foi que a CF igualou os direitos entre homens e mulheres, retirando do nosso ordenamento os inúmeros dispositivos que tratavam de forma discriminatória a mulher e deu a responsabilidade ao Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Assim surgiu a Lei 11.340/06, esta específica para tratar da violência doméstica contra a mulher; a edição desse diploma legal se reveste de grande importância por tratar de tal crime sob vários aspectos: punitivos, preventivos, protetivos e de integração e esforço em conjunto do Poder Público. (ÂMBITO JURÍDICO, online). Contudo, essa lei não foi criada de forma pacifica, mas com muita luta, pacificações e indignação da sociedade sobre o caso da Maria da Penha, o que era realidade na casa de muitas mulheres, pois a luta também era contra a cultura predominante machista no Brasil.

Nesse sentido, pode-se compreender então que a mulher tinha dificuldades até sobre a lei, o que dificultavam na igualdade e mesmos direitos entre os gêneros, até porque a Lei Maria da Penha não foi feita de forma pacifica, e sim com muita luta.

3.3 Como a pandemia do covid-19 afetou a violência doméstica

No ano de 2020, em meio a pandemia da covid-19, houve um aumento nos CVLIs (Crimes Violentos Intencionais), como o feminicídio, latrocínios e lesões corporais seguidas de morte. (CRIMES, on-line).

Os impactos da pandemia na vida das mulheres têm evidenciado ainda mais as desigualdades de gênero. São elas as mais atingidas pela crise no mercado de trabalho, que ficaram ainda mais sobrecarregadas com os afazeres de casa, *home office* e cuidados com alguém da família, além de ainda enfrentarem a infeliz realidade do aumento de casos de violência doméstica. (MEDICINA UFMG, on-line).

Cabe ressaltar que a Pandemia causou um grande isolamento social por toda sociedade, e por conta disso, aumenta a proximidade com o agressor, porque como visto anteriormente, o agressor é uma pessoa próxima da vítima, como marido, convivente, filho etc. Nesse sentido, as ocorrências de violências domésticas e familiares cresceram com a pandemia e com o isolamento social.

3.4 O Isolamento social e suas vítimas

Além do aumento dos casos de violência contra mulher, a pandemia do COVID-19 e suas consequências sociais também acabam por dificultar a fuga da mulher em situação de violência. Segundo dados da ONU Mulheres:

> No Brasil, os índices já eram bastante acentuados antes da pandemia: de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019, a cada dois minutos uma mulher realiza registro policial por violência doméstica no país, o que totalizou, em 2018, 263.067 casos de lesão corporal dolosa [...].

Sendo assim, é notório que grande parte da população do gênero feminino sofreu ainda mais com o isolamento social, aumentando a violência doméstica e familiar e aumentando também o número de vítimas.

3.5 Leis e medidas criadas

Por conta de toda essa revolta e desigualdade, a luta das mulheres começou a ser mais visível, os direitos iguais eram necessários. Com muitas pacificações, greves e acontecimentos que levaram mulheres a virarem vítimas, o Estado e a Constituição fizeram leis que protegessem as mulheres de qualquer tipo de agressão, lesão e sofrimento.

A exemplo disso, podemos citar a Lei Maria da Penha: (código civil)

> Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. [...].

Diante disso, as mulheres começaram a ter mais voz e igualdade perante a sociedade brasileira, tendo em vista que muitas outras medidas estavam ao seu lado.

As medidas protetivas podem ser o afastamento do agressor do lar ou local de convivência com a vítima, a fixação de limite mínimo de distância de que o agressor fica proibido de ultrapassar em relação à vítima e a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, se for o caso. (JUSBRASIL ONLINE).

3.5.1 Como fazer uma denúncia

A Central de Atendimento a Mulher, 180, presta uma escuta acolhida e qualificada a todas as mulheres em situação de violência. O serviço registra e encaminha denúncias de violência contra a mulher aos órgãos competentes. (GOVERNO DO BRASIL).

> O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou aos tribunais de todo o país que divulguem, em seus canais de comunicação, os telefones e e-mails de contato de serviços públicos para

denúncia de casos de violência doméstica. Por telefone, whatsapp, e-mail ou, mesmo presencialmente, é possível denunciar agressões e receber proteção do Estado, mesmo no período emergencial de saúde provocada pelo novo Coronavírus. [...]. (AUMENTO DA VIOLÊNCIA NA PANDEMIA, on-line).

Conclui-se que a violência doméstica vem sendo bem observada pela sociedade e suas autoridades, e com isso, muitos mecanismos de comunicação e de denúncias aumentaram e estão mais eficientes para ajudar e evitar que mais mulheres sejam feitas vítimas. E não é apenas para a Central de Atendimento à Mulher que podem ser realizadas as denúncias, e sim em todas as delegacias, contatar alguém em quem se confia, e o mais importante, não ficar calada.

4 CONCLUSÃO

No contexto da presente pesquisa foram realizados estudos a respeito de como surgiu a violência doméstica, como as vítimas sofrem, o que foi a pandemia causada pelo Covid-19, o aumento da violência doméstica no isolamento social e as formas de denúncia.

Diante do exposto, vale ressaltar que a violência doméstica está presente no mundo todo, entretanto, o foco deste trabalho foi mostrar o aumento da violência doméstica no isolamento social e como as denúncias aumentaram.

Sabemos que há muitas vítimas da violência doméstica no mundo todo e também, como elas sofrem agressões, ameaças e correm risco de vida diariamente. Nesse sentido, dando ênfase às mulheres vítimas, nesse artigo científico, além de trazer dados do aumento do índice de violência, também foram abordadas várias maneiras de denunciar e pedir por ajuda.

Por fim, em meio à pandemia causada pelo Covid-19, pode-se analisar que houve um grande aumento do crime contra a mulher.

REFERÊNCIAS

O que é violência doméstica. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>**.** Acesso em: 07 de setembro de 2021.

VIOLÊNCIA doméstica contra a mulher. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 07 de setembro de 2021.

JUS brasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/home>. Acesso em : 08 de setembro de 2021.

Lei nº 11.340 – Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2021.

QUEM é maria da penha. Disponível em**:** <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>**.** Acesso em: 10 de setembro de 2021.

Ele ia me matar', diz uma das 1.500 vítimas de violência doméstica que foram morar em abrigos na pandemia em SP. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/08/20/ele-ia-me-matar-diz-uma-das-1500-vitimas-de-violencia-domestica-que-foram-morar-em-abrigos-na-pandemia-em-sp.ghtml. Acesso em: 12 de setembro.

O que é uma pandemia. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20pandemia%20%C3%A9,sustentada%20de%20pessoa%20para%20pessoa.>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

O que é covid-19?. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.