Cristina Rezende Eliezer
Alexandre José Prado Campos e Silva
Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento
(Organizadores)

# DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA

## teoria e prática




EDITORA METRICS

Cristina Rezende Eliezer
Alexandre José Prado Campos e Silva
Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento
(Organizadores)

# DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIA

## TEORIA E PRÁTICA

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2023

Copyright © Editora Metrics

**Imagem da capa**: Freepik
**Revisão**: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D598 Direito, democracia e tecnologia : teoria e prática / organizadores: Cristina Rezende Eliezer, Alexandre José Prado Campos e Silva, Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento. - Santo Ângelo : Metrics, 2023.
368 p.

ISBN 978-65-5397-090-8
DOI 10.46550/978-65-5397-090-8

1. Direito. 2. Democracia. 3. Tecnologia. I. Eliezer, Cristina Rezende (org.). II. Silva, Alexandre José Prado Campos e (org.). III. Nascimento, Ana Cristina Brandão Santiago (org.)

CDU: 34:004

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720

Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

https://editorametrics.com.br

## Conselho Editorial


| | |
|---|---|
| Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dr. Charley Teixeira Chaves | PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil |
| Dr. Douglas Verbicaro Soares | UFRR, Boa Vista, RR, Brasil |
| Dr. Eder John Scheid | UZH, Zurique, Suíça |
| Dr. Fernando de Oliveira Leão | IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil |
| Dr. Glaucio Bezerra Brandão | UFRN, Natal, RN, Brasil |
| Dr. Gonzalo Salerno | UNCA, Catamarca, Argentina |
| Dra. Helena Maria Ferreira | UFLA, Lavras, MG, Brasil |
| Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana | UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil |
| Dr. Jenerton Arlan Schütz | UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil |
| Dr. Jorge Luis Ordelin Font | CIESS, Cidade do México, México |
| Dr. Luiz Augusto Passos | UFMT, Cuiabá, MT, Brasil |
| Dr. Manuel Becerra Ramirez | UNAM, Cidade do México, México |
| Dr. Marcio Doro | USJT, São Paulo, SP, Brasil |
| Dr. Marcio Flávio Ruaro | IFPR, Palmas, PR, Brasil |
| Dr. Marco Antônio Franco do Amaral | IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil |
| Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira | UFBA, Salvador, BA, Brasil |
| Dra. Mércia Cardoso de Souza | ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil |
| Dr. Milton César Gerhardt | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dr. Muriel Figueredo Franco | UZH, Zurique, Suíça |
| Dr. Ramon de Freitas Santos | IFTO, Araguaína, TO, Brasil |
| Dr. Rafael J. Pérez Miranda | UAM, Cidade do México, México |
| Dr. Regilson Maciel Borges | UFLA, Lavras, MG, Brasil |
| Dr. Ricardo Luis dos Santos | IFRS, Vacaria, RS, Brasil |
| Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz | UFPA, Belém, PA, Brasil |
| Dra. Rosângela Angelin | URI, Santo Ângelo, RS, Brasil |
| Dra. Salete Oro Boff | ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil |
| Dra. Vanessa Rocha Ferreira | CESUPA, Belém, PA, Brasil |
| Dr. Vantoir Roberto Brancher | IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil |
| Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva | ULOYOLA, Sevilha, Espanha |

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

# SUMÁRIO

PREFÁCIO ..... 13
*Bruno Stigert de Sousa*

APRESENTAÇÃO ..... 15
*Caio de Barros Santos*

Capítulo 1 - O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ..... 17
*Antonio Donizetti de Resende*

Capítulo 2 - TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA PARA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ..... 39
*João Otávio Fiorentini Rodrigues Nunes*

Capítulo 3 - A (IR)RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NA VIOLAÇÃO DE NORMAS PROTETORAS DE DIREITOS HUMANOS ..... 49
*Xenofontes Piló*
*Geraldo Magela Vicente*

Capítulo 4 - *VISUAL LAW*: O USO DE SUAS TÉCNICAS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ..... 63
*Leila Cristina Arantes*

Capítulo 5 - FALSAS CONDENAÇÕES: A REPRODUÇÃO DE DEPOIMENTOS DE POLICIAIS EM JUÍZO E A CONDENAÇÃO EXCLUSIVA POR MEIO DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO ..... 77
*Thiago Ferreira da Silva*

Capítulo 6 - BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DE PRECEITOS DEMOCRÁTICOS ..... 91
*Monique Alexandrina Ferreira Costa*

Capítulo 7 - UMA BREVE HISTÓRIA DO AFEGANISTÃO: COMO A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS VEM ATUANDO EM PROL DOS REFUGIADOS DE GUERRA..... 103
*Igor Aparecido Rodrigues Silva*

Capítulo 8 - O DIREITO SOCIAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE SUPLEMENTAR: DA CONSTITUIÇÃO À REGULAÇÃO E OS IMPACTOS NA JUDICIALIZAÇÃO..... 115
*Marlus Keller Riani*

Capítulo 9 - A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE CIVIL ..... 129
*Robéria Fernandes da Silva*
*Lázaro Rizi Paizante*
*Débora Moreira Maia Ricaldoni*

Capítulo 10 - A INCLUSÃO DA DIVERSIDADE SEXUAL E O ENFRENTAMENTO DA HOMOFOBIA: UM DIÁLOGO PARA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DO HOMOAFETIVO NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO..... 143
*Moisés Martins de Assis*
*Ariete Pontes de Oliveira*

Capítulo 11 - A TELEMEDICINA, INSTRUMENTO SOCIAL DE ACESSO À SAÚDE ..... 157
*Fábio Guimarães Timponi*
*Patricia Quinane Coelho Timponi*

Capítulo 12 - NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA..... 177
*Deilton Brasil*
*Xenofontes Piló*

Capítulo 13 - O DANO TEMPORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SUA REPARABILIDADE ..... 189
*Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento*
*Bruno Brandão Santiago Nascimento*
*Carlos Augusto Tolomelli Malaquias*

Capítulo 14 - O DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET: SUA ATUAÇÃO NAS MÍDIAS E REDES SOCIAIS E SEU CONFRONTO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO..... 201
*Herbert Machado*

Capítulo 15 - COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A GESTÃO DA PANDEMIA NO BRASIL..... 215
*Bruno Stigert de Sousa*
*Nicholas Vieira de Carvalho*

Capítulo 16 - BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC): FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... 243
*Betânia da Silva Pinto Gaudêncio*

Capítulo 17 - O PROCESSO COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO ATIVISMO JUDICIAL..... 259
*Ana Cláudia Rezende Costa Souza*
*Laís Consuelo Sousa e Silva*

Capítulo 18 - PROTEÇÃO DE DADOS E DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO..... 275
*Fernanda Maria dos Reis*

Capítulo 19 - ANÁLISE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO EM FACE A OBRA URSO BRANCO..... 289
*Jéssica Rodrigues Godinho*
*Carolina Aquino de Sousa Nunes*
*Jéssica Helena Portelote Machado*

Capítulo 20 - ASPECTOS GERAIS DA ATA NOTARIAL E SEU VALOR LEGAL PROBATÓRIO ..... 303
*Renata Lina Oliveira Pinto*
*Flávia Maria Siqueira Camargos Gomide*
*Isabella Oliveira Costa*

Capítulo 21 - NOVAS TECNOLOGIAS, DANOS DIGITAIS E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NA ERA DIGITAL ..... 315
*Thiago Loyola*

Capítulo 22 - DIREITO DO CONSUMIDOR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: COMO ESTES INSTRUMENTOS TÊM INFLUENCIADO AS REDES SOCIAIS E O *E-COMMERCE*? ..... 333
*Walter José Faiad de Moura*
*Igor Rodrigues Britto*
*Érica Saad Machado*

Capítulo 23 - OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ABORDAGEM SOBRE A ACELERAÇÃO OCASIONADA PELA PANDEMIA..... 349
*Lainy Costa Linhares*
*Liliane Cristina de Castro*
*Walter Felipe Morais Silva*

POSFÁCIO ..... 365
*Jéssica Rodrigues Godinho*

SOBRE OS ORGANIZADORES ..... 367

# PREFÁCIO

Pós-verdade, pós-modernidade e pós-positivismo são neologismos que habitam o universo jurídico nos últimos tempos, sobretudo, a partir do século XXI. Cada um dos conceitos e/ou fenômenos ganharam sentido próprio e expressam interpretações novas (ou não) que impactam diretamente na compreensão do denominado Estado Democrático e Constitucional de Direito. A presente obra não faltou ao debate e oferece ao leitor reflexões urgentes sobre Direito, Democracia e os impactos da tecnologia nesse ambiente de interdependência e tensão entre eles. No caso do Brasil, considerando tempo e lugar, jamais foi tão urgente levar a sério as conquistas que o constitucionalismo democrático nos proporcionou, principalmente depois do histórico 8 de janeiro de 2023. Nós, que acostumamos celebrar o Pós-88 como rito de passagem sem volta para uma democracia substancial, estamos cicatrizando as feridas do pós 8 de janeiro de 2023. Um pós dos trópicos para chamar de nosso.

O constitucionalismo democrático é uma conquista do século XX. Nele, como já mencionado, há duas ideias *cooriginais*, porém diferentes, seja na origem ou no conteúdo: constitucionalismo e democracia. O Constitucionalismo nos remete às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e materializa o Estado de direito, significa dizer, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, já na origem grega, pode ser traduzida como participação popular no exercício do poder, soberania do povo ou governo da maioria. Os propósitos democráticos apenas se consolidam, vale dizer, quando já vencido boa parte do século XX, com a consagração do sufrágio universal. Somente então viram-se superadas as restrições à participação de todos no processo eleitoral, sem distinções de renda, raça, religião e gênero.

Para além das premissas já assinaladas, boa parte das democracias no mundo contemporâneo reservam uma parcela de poder político para um órgão não eleito: trata-se do Poder Judiciário, em cujo topo, estão as supremas cortes. Desde o final da 2ª Guerra Mundial, praticamente todos os Estados democráticos adotaram um modelo de supremacia da Constituição, interpretada e aplicada por um tribunal constitucional, cabendo a eles o papel de arbitrar as tensões que existem entre constitucionalismo e democracia, isto é, entre direitos fundamentais e soberania popular. São

elas que protegem as regras do jogo democrático e os direitos de todos e cada cidadão contra eventuais abusos de poder por parte da maioria. Em muitas partes do mundo, inclusive, elas têm sido um importante antídoto contra o autoritarismo populista e extremista global.

O Estado democrático de direito está gravado no art. 1º da Constituição brasileira, é um regime político que deita raízes na soberania popular, com eleições livres, governo da maioria, poder limitado, Estado de direito e deferência aos direitos fundamentais de todos, pois cada pessoa merece ser livre e igual, digna de respeito e consideração.

Antes de ir é preciso fazer um último registro sobre o impacto da revolução tecnológica no Estado Democrático de Direito, com destaque para as mídias sociais. A internet revolucionou o mundo da comunicação interpessoal e ampliou consideravelmente o acesso ao conhecimento e à informação, proporcionando um espaço público em que qualquer pessoa pode dar, ofertar ideias e divulgar fatos (ou supostos fatos). Nesse sentido, fora de questionamento sua importância para a democratização da sociedade global, universalizando benefícios que eram privilégios de poucos. No plano político, em que pese sua igual importância, multiplicou a difusão da ignorância e da mentira, viabilizando atentados à democracia. Cria-se um ambiente no qual as pessoas já não divergem somente sobre opiniões, mas também quanto aos próprios fatos, daí o neologismo pós-verdade. Uma das faces da revolução digital e tecnológica é a tentativa de desacreditar o processo eleitoral com a retórica da fraude, motivando pessoas a agredirem agentes públicos e Instituições. No caso do Brasil, lamentavelmente, esse conjunto de fatores deu vida ao 08 de janeiro de 2023, dia em que as Instituições foram fisicamente destruídas, mas "espiritualmente" fortalecidas.

Chegou o momento de ler a obra e refletir com lentes próprias sobre direito, democracia e tecnologia.

*Bruno Stigert de Sousa*

# APRESENTAÇÃO

Uma boa obra acadêmica é composta por conteúdo relevante, atual, reflexivo, escrito com coesão técnica e precisão doutrinária, elementos estes que certamente estão presentes no livro Direito, democracia e tecnologia, que lhes apresento, orgulhosamente, nas linhas a seguir.

Organizada pelos brilhantes doutrinadores Cristina Rezende Eliezer, Alexandre José Prado Campos e Silva e Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento, o livro compila artigos acadêmicos de excelência, voltados à exploração de importantes assuntos, através de diferentes perspectivas de abordagens.

Os temas da presente obra foram escolhidos cuidadosamente pelos autores envolvidos, sempre imbuídos da tarefa de conduzir o leitor a uma interessante e útil incursão ao mundo do conhecimento jurídico, apresentando nuances diversas e, invariavelmente, muita riqueza de informações.

Nesta inédita obra, serão tratados temas como "os avanços tecnológicos no poder judiciário"; "visual law"; "o processo como garantia de direitos fundamentais sob a perspectiva do ativismo judicial"; "breves considerações da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais sob a perspectiva de preceitos democráticos"; "o dano temporal nas relações de consumo e sua reparabilidade"; "direito do consumidor e lei geral de proteção de dados"; "a telemedicina, instrumento social de acesso à saúde"; "a inclusão da diversidade sexual e o enfrentamento da homofobia"; "análise do direito ao esquecimento em face a obra urso branco"; "lei geral de proteção de dados à luz do ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilidade civil"; "o direito social de assistência à saúde suplementar" e "uma breve história do Afeganistão".

A abrangência e profundidade dos temas tratados farão desta obra uma referência obrigatória para estudiosos, operadores do direito, acadêmicos, doutrinadores e professores das cadeiras ligadas ao fascinante mundo jurídico.

Convido-lhes, portanto, à uma proveitosa e prazerosa leitura. Um abraço.

*Caio de Barros Santos*

Capítulo 1

# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*Antonio Donizetti de Resende*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.17-37

## 1 Introdução

Os Estados membros da OEA "Organização dos Estados Americanos" que ratificarem a adesão à CADH "Convenção Americana de Direitos Humanos" e reconhecerem a competência obrigatória da CIDH "Corte Interamericana de Direitos Humanos" em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da citada Convenção internacional, ao efetuarem os respectivos controles de convencionalidade das leis, devem observar e aplicar a jurisprudência da referida Corte.

Conforme prevê a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos o controle de convencionalidade das leis deve ser realizado na forma concentrada, diretamente pela CIDH e, em âmbito interno, deve ser efetuado pelos Estados membros na modalidade difusa.

Como é cediço, o Brasil é um dos membros da OEA que aderiu e ratificou a CADH. Portanto, o controle de convencionalidade das leis deve ser efetuado tanto em âmbito jurisdicional quanto não jurisdicional.

1 Doutorando em Direito pela Universidade de Itaúna. Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna. Mestre em Engenharia Geotécnica pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduado *lato sensu* - Especialista em Engenharia Rodoviária pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Pitágoras de Divinópolis. Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. MBA em Mercado de Capitais e Derivativos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Engenharia Civil pela Fundação de Ensino e Tecnologia de Alfenas. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras de Divinópolis. Advogado. E-mail: resende36@yahoo.com.br.

Na esfera jurisdicional, o controle de convencionalidade deve ser efetuado pelo STF (controle concentrado) e em todas as instâncias, por qualquer juiz ou tribunal, incluindo o STF (controle difuso). Já em âmbito não jurisdicional, o controle de convencionalidade deve ser realizado pelo Ministério Público, Defensoria Pública e pelas comissões do Poder Legislativo, nos Projetos de Lei.

Como exposto, o controle de convencionalidade das leis deve ser realizado com observância do texto da CADH e da jurisprudência da CIDH. Com isso, pergunta-se: o STF, ao realizar o controle de convencionalidade das leis, observa os comandos normativos da CADH e aplica a jurisprudência da CIDH em suas decisões ou não?

Assim, o objetivo deste estudo consiste em averiguar se ao realizar o controle de convencionalidade o STF observa os estabelecimentos normativos da CADH e aplica a jurisprudência da CIDH em suas decisões. As hipóteses são duas: a primeira considera que ao realizar o controle de convencionalidade das leis, o STF, como determina os institutos normativos da CADH, observa e aplica em suas decisões a jurisprudência da CIDH, já a segunda hipótese entende que o STF, no exercício do controle de convencionalidade das leis, ao proferir as suas decisões, não considera as determinações da CADH e não aplica a jurisprudência da CIDH.

Dessarte, para responder ao questionamento supra, estudou-se o arcabouço normativo, jurisprudencial e doutrinário que envolve o tema ora analisado. Sequencialmente, compilou-se os dados obtidos e através do método teórico bibliográfico indutivo, partindo do entendimento microanalítico para o macroanalítico foi possível responder as indagações problematizadas nesta pesquisa.

## 2 O sistema interamericano de direitos humanos e o ordenamento jurídico brasileiro

Atualmente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto pela Declaração Americana de Direitos Humanos, Carta das Organizações dos Estados Americanos, Convenção Americana de direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (direitos econômicos, sociais e culturais) de San Salvador. Além dos órgãos: OEA "Comissão Interamericana de Direitos Humanos" e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O instrumento mais importante do referido sistema é a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). A CADH foi assinada em San José da Costa Rica, em 1969, mas entrou em vigor somente em 1978.

Apenas os Estados membros da OEA podem aderir à CADH, mas todos os tratados devem estar em conformidade com as disposições da Convenção de Viena de 1969. Além disso, para que um tratado produza os efeitos esperados é necessário que o Estado membro o ratifique. No Brasil, a adesão e a ratificação dos tratados ocorrem em duas etapas. A primeira, plano internacional, consiste na negociação e início do processo de celebração do tratado, que é da competência privativa do Presidente da República ou do representante que possuir plenos poderes para realizar os atos de aceitação, adoção e assinatura do tratado (art. 7°, item 2, da Convenção de Viena).

> No caso brasileiro, a competência do Chefe do Poder Executivo para celebrar tratados é privativa, o que permite que haja delegação, por sinal, muito comum na processualística dos atos internacionais, uma vez que o Presidente da República tem outras funções a cumprir além da de celebrar tratados. [...]. Findas as negociações, tem-se o tratado como concluído (emprestando-se a essa última expressão o sentido que lhe dá a Convenção de Viena de 1969, ou seja, o de tratado apto a prosseguir nas demais fases de sua celebração).[2]

A segunda etapa, plano interno, consiste na ratificação dos tratados celebrados pelo Brasil, que também ocorrerá em duas etapas. A primeira será de competência privativa do Congresso Nacional (art. 59, inciso VI, da CF/88). O Presidente do Senado Federal, por intermédio de um Decreto Legislativo, promulgará a aprovação do tratado e o encaminhará ao Chefe do Poder Executivo. A segunda, privativa do Presidente da República (art. 84, inciso VIII, da CF/88), que através de um Decreto Presidencial, deve ratificá-lo e promulgá-lo e para efetivar a incorporação do tratado ao ordenamento jurídico, deve providenciar a publicação dos Decretos.

Entretanto, a incorporação dos tratados sobre direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, após a edição da EC n° 45, deve ocorrer em conformidade com as disposições do art. 5°, § 3°, da CF/88. Os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Mas,

2 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159-163.

os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro antes da EC nº 45 não foram recepcionados da mesma forma. Haja vista que tais tratados sobre direitos humanos não receberam o status hierárquico equivalente às emendas constitucionais. Apesar de questionado pela doutrina majoritária, o entendimento jurisprudencial do STF atribuía aos tratados sobre direitos humanos, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da EC nº 45, o status de leis ordinárias. Mas, na decisão do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 79.785-7/RJ (duplo grau de jurisdição processual), ocorrida em 22 de novembro de 2002, no STF, o Ministro Sepúlveda Pertence (relator), apesar de alinhar-se ao entendimento consensual do tribunal, questionou a jurisprudência do STF no tocante à hierarquia dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

> [...]. Assim, como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que os das emendas a ela e aqueles que, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). [...]. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.[3]

Note-se que o legislador reformador, ao inserir o § 3º ao art. 5º da CF/88, criou um procedimento mais complexo e gravoso, anteriormente não previsto - no art. 5º, § 2º, da CF/88 - para a inserção dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional. O art. 5º, § 2º, da CF/88 estabelece que os direitos e garantias expressos na CF/88 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte. Isso significa que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por força do citado art. 5º, § 2º, da CF/88, como a CADH, deveriam adentrar o

3 BRASIL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ**. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence. 29.03.2000. Pub. DJ. 22.11.2002. Ementário nº 2092-2. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661. Acesso em: 9 abr. 2022.

ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional. No entanto, não é esse o entendimento jurisprudencial do STF.

Como é cediço, o Brasil aprovou à CADH pelo Decreto Legislativo nº 27, em 25 de setembro de 1992, e ratificou a adesão à Convenção com a promulgação do Decreto nº 678, em 06 de novembro de 1992, portanto, antes da referida EC 45. Mas, o STF considerava que a CADH, não aprovada conforme prevê o § 3º, do art. 5º, da CF/88, adentrou o ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária.

Esse entendimento jurisprudencial do STF está em desconformidade com o texto normativo da CADH e consequentemente, não observa a jurisprudência da CIDH.

Não obstante, o Estado brasileiro através do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998, aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 62, item 1, da CADH) em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH para fatos ocorridos a partir do respectivo reconhecimento. Em 8 de novembro de 2002 (Decreto nº 4.463), o Presidente da República promulgou a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da CIDH, mas, com reserva de reciprocidade.[4] A partir dessa data (8/11/2002) o Brasil se obrigou a observar a competência e consequentemente, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 3 O Controle de Convencionalidade no STF e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O art. 7º, item 7 da CADH estabelece que ninguém deve ser detido por dívida, no entanto, não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Ou seja, só admite a prisão do devedor de obrigação alimentar. Mas, o art. 5º, inciso LXVII, da CF/88 determina que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel.

O revogado Código Civil de 1916, no art. 1.287, também estabelecia sobre a possibilidade da prisão do depositário infiel. O art. 652 do Código

4 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 62.

Civil de 2002 - de forma idêntica – reproduziu as disposições do Código anterior e determinou que, seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão, não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos. O Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, também estabeleceu, de forma permissiva, à prisão do depositário infiel. Já a Súmula Vinculante nº 25 do STF, diferentemente, considerou como ilícita a prisão do depositário infiel.

Assim, no RE nº 466.343/SP, que litigava sobre à possibilidade da prisão do depositário infiel, o STF, no acórdão de 3 de dezembro de 2008, decidiu contrariamente ao seu entendimento jurisprudencial (majoritário) e mudou o status dos tratados internacionais de direitos humanos. Inspirados no voto do vogal, Ministro Gilmar Mendes (excerto infra), a maioria dos Ministros do STF decidiram (acórdão do RE nº 466.343/SP) que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro antes da EC nº 45 e, consequentemente, antes da positivação do § 3º ao art. 5º da CF/88, possuem o status supralegal (supralegalidade). Ou seja, estão abaixo (inferiores) da Constituição, mas, acima (superiores) das leis ordinárias.

> [...]. Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante "pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.[5]

Para solução das controvérsias que envolviam a hierarquia da CADH

5 BRASIL. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.** Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator Ministro Cezar Peluso – 03.12.2008. Publicação: D.je. 05.06.2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf. Acesso em 22 jun. 2022.

no ordenamento jurídico brasileiro e também sobre a possibilidade da prisão do depositário infiel, o STF ao decidir sobre o RE nº 466.343/SP, utilizou-se da tese da transnacionalidade, ou seja, do transconstitucionalismo.

Portanto, o STF aplicou o transconstitucionalismo entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica estatal para definir a hierarquia da supralegalidade da CADH, pois houve uma intercessão entre as normas em questão, havendo a formação de uma racionalidade transversal.[6] Mas, apesar da utilização da tese da transnacionalidade, o STF não revogou o dispositivo previsto no art. 5°, inciso LXVII, da CF/88, que admite a prisão do depositário infiel, mas vedou a prisão do mesmo. Para isso, considerou-se a supremacia da Constituição sobre os tratados internacionais de direitos humanos e utilizou-se do argumento do efeito paralisante da legislação infraconstitucional posterior e conflitante com os tratados de direitos humanos.

> [...]. Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.[7]

Como visto, os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil após a EC 45 e votados conforme as disposições do art. 5°, § 3°, da CF/88 possuem status equivalente às emendas constitucionais,

6 PRADOS, Clarice Souza. O transconstitucionalismo como instrumento para efetivar direitos fundamentais: a necessidade de revogar a lei da anistia. In: SILVA, Carla Ribeiro Volpini; ROSA, Patrícia Rodrigues (Org*.).* **Multiculturalismo e direitos fundamentais**. V. III. Pará de Minas: VirtualBooks, 2015, p. 72. (p. 63 – 85).

7 BRASIL. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.** Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator Ministro Cezar Peluso – 03.12.2008. Publicação: D.je. 05.06.2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf. Acesso em 22 jun. 2022.

já os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da EC 45 passaram a ter uma natureza especial, status supralegal. No entanto, os demais tratados comuns, que não se enquadrarem nessas condições, ficaram com status de lei ordinária.

Mas, independentemente da hierarquia normativa é imprescindível que o tratado esteja em harmonia com a CF/88, um tratado gravoso ao Estado não adentrará ao ordenamento jurídico brasileiro. O art. 29, alínea b, da CADH também estabelece que o dispositivo do tratado internacional que limite direitos de normas internas não adentrará ao ordenamento jurídico dos Estados-partes**.**

Isso significa que o controle de convencionalidade das leis terá sempre como parâmetro a norma mais benéfica ao ser humano. Além disso, como já citado, para que um tratado internacional de direitos humanos seja ratificado pelo Estado brasileiro, este deverá ser previamente aprovado pelo Poder Legislativo e não poderá ser gravoso ao país. Assim, ele certamente estará em harmonia com a Constituição Federal de 1988 e, se votado em conformidade com os comandos do art. 5°, § 3°, da CF/88, terá status normativo equivalente às emendas constitucionais, ou seja, constitucional.

Marcelo Neves[8] salienta que a hierarquia interna da Constituição atua - de forma autopoiética - como limitadora da reprodução do sistema normativo operacional. Segundo o referido autor, a luz dos mecanismos reflexivos, a Constituição é imprescindível como como autodeterminação operativa do direito. O direito constitucional serve como limite sistêmico da capacidade de abertura cognitiva do direito positivo. A Constituição Federal delimita a forma e a amplitude que o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder a sua autonomia operacional.

Todavia, a CADH possui jurisdição sobre os Estados membros e tem como principal função a promoção, a observância e a proteção dos direitos humanos na América. Já a CIDH dispõe da competência consultiva e contenciosa sobre os Estados membros que ratificarem a mencionada Convenção (art. 68, item 1, da CADH) e tem como objetivo principal (artigos: 1, 2, 29 e 62, item 1, da CADH) à aplicação da CADH. Para isso, utiliza-se o controle de convencionalidade concentrado e difuso.

O controle de convencionalidade concentrado é realizado diretamente pela CIDH e pode ser positivo (invalidação de normas internas contrárias à CADH), efeito saneador ou negativo (adequação

8 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 70-71.

das normas internas em desconformes à CADH), controle construtivo de convencionalidade. Para realizar o controle de convencionalidade concentrado a CIDH utiliza como paradigma o *leading case: Olmedo Bustos e outros vs. Chile*, que se refere à liberdade de religião e de expressão, previsão do art. 13 da CADH - liberdade de expressão e pensamento -, decidido pela CIDH no ano de 2001. O Estado do Chile, país de maioria confessional católica, foi condenado por censurar o filme "a última tentação de Cristo", do diretor estadunidense, Martin Scorsese. O referido caso ocorreu em 1977, quando a Corte Suprema do Chile, contrariando o citado dispositivo da CADH, considerou que a honra religiosa é mais relevante que a liberdade de expressão e acatou a - censura - proibição da exibição do mencionado filme no território chileno.

Com isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Chile e impôs a obrigação de mudar a sua Constituição e adequá-la, no que tange ao direito de expressão e pensamento, às normas de direito internacional positivadas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos o Estado deve assumir a responsabilidade internacional Estatal pelos atos dos órgãos do Poder Público que transgridam os compromissos internacionais. Assim, se for constatado no controle de convencionalidade que houve violação de algum direito ou da liberdade protegida pela referida Convenção, a CIDH determinará que se assegure a liberdade e demais direitos violados, bem como, a reparação dos danos e o pagamento de indenização justa à parte lesada.

No entanto, além do controle concentrado também há de realizar o controle difuso de convencionalidade, isso ficou claro no *caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. O ex-Ministro das Finanças e de Recursos Naturais do Suriname, Liakat Ali Alibux, acusado de cometer o delito de fraude, foi julgado e condenado, em 05 de novembro de 2003, pela República do Suriname, em única instância. Liakat recorreu, em 22 de agosto de 2003, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que admitiu, aprovou e enviou o caso, em 20 de janeiro de 2012, a CIDH. A Corte, em 30 de janeiro de 2014, condenou o Suriname por violar (art. 8, item 2, alínea h, da CADH) o direito de recorrer da sentença.[9] Mas, como restou demonstrado nesse caso, a CIDH não impõe uma forma específica para a realização do controle de convencionalidade (difuso) pelos Estados-

9 CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Disponível em; https://www.cnj.jus.br/wp-ontent/uploads/2016/04/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf. Acesso em 20 out. 2022.

membros, cada Estado deve instituir o seu próprio modelo.

Contudo, a CIDH fundamentou a obrigatoriedade do controle interno – difuso - de convencionalidade no modelo do *leading case: Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. O referido caso refere-se à execução extrajudicial do Luís Alfredo Almonacid Arellano, ocorrida, em setembro de 1973, época do regime militar no Chile. A investigação dos fatos foi afetada pela aplicação da lei de anistia (lei n° 2.191/78). A CIDH julgou e condenou o Chile, em 26/09/2006, por crime contra à humanidade. Nessa decisão a CIDH inaugurou formalmente a doutrina do controle de convencionalidade no âmbito do continente americano. A partir dessa data ficou estabelecido que o controle de convencionalidade consiste em tema de ordem pública internacional.[10]

No ano de 1999, o exército mexicano prendeu ilegalmente, por prática de ativismo ambiental, Teodoro Cabrera Garcia e Rodolfo Montiel Flores e o submeteu a maus tratos, humilhação e tortura. O *caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México*[11] foi julgado, em 26 de novembro de 2010, e por unanimidade a CIDH condenou, por violação dos art. 5, 7, 8 e 25 da CADH, o Estado do México a indenizar e a reparar os danos sofridos pela vítima. A partir desse caso a CIDH afirmou em definitivo a sua doutrina sobre o controle de convencionalidade, fixando a obrigação aos juízes e tribunais nacionais em aplicar a CADH em conformidade com as normas da referida Convenção e também com a jurisprudência da CIDH

Porém, no *caso Gelman vs. Uruguai*, julgado pela CIDH, em 24/02/2011, os entendimentos da referida Corte foram ampliados. Além dos juízes, todos os órgãos vinculados à administração pública (no âmbito de suas competências) devem exercer, *ex-officio,* o controle de convencionalidade Nesse caso, o Estado do Uruguai foi condenado por utilizar-se da Lei n° 18.848/86, conhecida de reconciliação nacional, para protelar a punição das violações dos direitos fundamentais, sequestro e supressão da identidade de Maria Cláudia García Iruretagoyena Gelman, filha de Maria Macarena Gelman García Iruretagoyena, também sequestrada e transferida clandestinamente, grávida da referida filha, de

10 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 42-43.

11 CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García Y Montiel Flores vs. México**. Disponível em: http://www.segob.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/785/2/images/cabrera_garcia_y_montiel_flores_vs_mexico.pdf. Acesso em 20 out. 2022.

Buenos Aires para a cidade de Montevidéu, no Uruguai.[12]

Desse modo, os Estados-membros que reconhecerem a jurisdição da CIDH precisam realizar o controle difuso de convencionalidade das leis, que deve ser feito pelos Juízes internos - controle provisório ou preliminar - controle de convencionalidade de matriz nacional das normas infraconstitucionais tanto em âmbito jurisdicional quanto não jurisdicional.

Já o controle de convencionalidade (difuso) de matriz não jurisdicional deve ser realizado por autoridades administrativas, Ministério Público, Defensoria Pública, e pelas comissões de Justiça, nos Projetos de Lei do Poder legislativo. Mas, os juízes e demais autoridades dos Estados membros, ao efetuarem o controle de convencionalidade, devem considerar como paradigma, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as normas da CADH. Como elucida Valério de Oliveira Mazzuoli, o exercício do controle de convencionalidade deve ser mecânico e efetivado pelo simples cotejo analítico da sobreposição de uma norma internacional sobre outra doméstica. Para isso, o magistrado precisa conhecer o conteúdo eficacial de aplicabilidade da norma paradigma e aplicar a norma internacional mais benéfica e em conformidade com a interpretação que dela faz a CIDH.[13]

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de convencionalidade e supralegalidade funda-se na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais - princípio *pro homine* -, positivados nos arts. 1°, inciso III e 4°, inciso II, da CF/88 c/c o art. 5°, *caput*, incisos e §§ 1°, 2° e 3°, também da CF/88.

Todo tratado internacional sobre direitos humanos, ratificado e em vigor, que adentrou ou adentrar o ordenamento jurídico brasileiro após a EC n° 45, votado em conformidade com os estabelecimentos do art. 5°, § 3° da CF/88, deve ser considerado material e formalmente constitucional. Portanto, paradigma para o controle de convencionalidade concentrado e difuso. No entanto, os tratados sobre direitos humanos ratificados e em vigor, que adentraram o ordenamento jurídico brasileiro antes da EC n° 45, por força do art. 5°, § 2° da CF/88, são materialmente constitucionais e deveriam servir de paradigma para o controle difuso de convencionalidade,

12 CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Gelman vs. Uruguai**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

13 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 36.

mas conforme a jurisprudência do STF, tais tratados - por exemplo, a CADH - possuem status supralegal e são paradigmas somente para o controle de supralegalidade, a ser realizado em todas as instâncias por qualquer juízo ou tribunal, por provocação ou *ex-officio* pelo magistrado. Caso ocorra antinomia da norma interna com o tratado internacional sobre direitos humanos, deve-se aplicar o efeito paralisante na norma doméstica infraconstitucional. Já os tratados internacionais comuns não podem servir de paradigma para a o controle de convencionalidade, mas deveriam servir de referencial para o controle de supralegalidade, por serem, segundo o art. 27 da Convenção de Viena e o art. 98 do CTN, hierarquicamente superior a legislação. Mas, em conformidade com a jurisprudência do STF isso não é possível, pois o referido tribunal não entende dessa forma e atribuiu aos referidos tratados o status equivalente às leis ordinárias.

Em conformidade com a jurisprudência do STF, as normas infraconstitucionais devem superar o controle de constitucionalidade – norma paradigma: a Constituição Federal de 1988. Mas, também precisam superar o controle de convencionalidade - norma paradigma: os tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro após a EC n° 45 e votados como estabelece o art. 5°, § 3°, da CF/88 ou, superar o controle de supralegalidade - norma paradigma: os tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por força do art. 5°, § 2°, da CF/88, portanto, não votados conforme estabelece o art. 5°, § 3°, da CF/88.

Deste modo, para compor o ordenamento jurídico brasileiro, a norma infraconstitucional deve ter vigência, validade e eficácia normativa com o direito interno e internacional. Após o *vacatio legis*, a norma será vigente - vigência formal - até que seja revogada por outra ou, no caso da legislação temporária, até o vencimento da respectiva vigência. Mas, para que a norma seja considerada válida deve-se observar e cumprir os requisitos de compatibilidade formais e materiais de sua formação. Para isso, a norma doméstica deverá adimplir integralmente aos limites de controles de compatibilidades verticais e materiais, que são os controles de constitucionalidade, convencionalidade e supralegalidade das leis.

Caso a norma interna esteja em conformidade com a Constituição, esta será considerada válida, mas, ao realizar o controle de convencionalidade ou supralegalidade constatar-se que a referida norma é antinômica ao tratado internacional em vigor e ratificado pelo Estado brasileiro, esta poderá ser considerada vigente, mas será inválida, pois não é compatível e não superou satisfatoriamente um dos limites de compatibilidade vertical

material. Após a verificado da vigência e da validade da norma dever-se averiguar a sua eficácia ou a produção dos efeitos normativos na sociedade.

Desse modo, para compor, adequadamente, o ordenamento jurídico brasileiro, a norma deve estar harmonizada com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado brasileiro, ou seja, a norma deve estar vigente, válida e, portanto, ser eficaz. Para isso, precisar-se-á realizar os controles de constitucionalidade, convencionalidade ou supralegalidade da norma doméstica. Assim, em conformidade com a jurisprudência do STF, a norma interna que não passar pelo crivo do controle de supralegalidade, por ser incompatível com as normas da CADH, sofrerá o efeito paralisante, será considerada - inconvencional – vigente, mas inválida. Por conseguinte, não poderá ser aplicada, pois perderá a sua eficácia.

Em conformidade com o art. 102 da CF/88, o controle de convencionalidade concentrado deve ser efetuado pelo STF quando provocado por qualquer um dos legitimados do art. 103 da CF/88 e, os efeitos da coisa jugada serão *erga omnes*. Já o controle de convencionalidade difuso (art. 105, *caput* e inciso III, alínea a, da CF/88) deve ser realizado por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário de forma incidental, *ex-officio* ou provocado, e os efeitos da coisa julgada serão i*nter partes*. Quanto ao controle de supralegalidade (art. 105, *caput* e inciso III, alínea a, da CF/88) deve ser realizado por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário de forma incidental, *ex-officio* ou provocado, e os efeitos da coisa julgada serão *inter partes*. Já o controle de convencionalidade e supralegalidade de matriz não jurisdicional deve ser exercido pelo Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Como exposto, no Brasil a norma infraconstitucional doméstica deve se submeter aos controles de constitucionalidade, de convencionalidade ou de supralegalidade e deste modo compor o ordenamento jurídico em harmonia com o direito interno e internacional. Porém, o juiz ou tribunal, ao realizar o controle de convencionalidade ou supralegalidade, deverá observar o devido processo convencional e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mas, conforme demonstrado na sequência, isso não ocorre no Estado brasileiro, como deveria.

A OAB "Ordem dos Advogados do Brasil", em 20 de outubro de 2008, acionou o Poder Judiciário e através da ADPF "Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais" nº 153 questionou a não recepção da Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia) pela Constituição Federal

de 1988.[14] O STF, em 29 de abril de 2010, julgou a referida ADPF nº 153 e decidiu que a Lei da Anistia é constitucional, até mesmo no que se refere aos crimes comuns praticados pelos agentes do Estado contra os seus opositores políticos. O relator da ADPF nº 153, Ministro Eros Graus, em seu voto, sustentou que a inércia do legislador motivou a não utilização do transconstitucionalismo em sua decisão. Assim, como não foi positivado no ordenamento, não caberia ao STF fazê-lo.[15] A OAB, não conformada com a decisão, interpôs Embargos de Declaração, mas esse recurso ainda não foi julgado pelo STF.

Também se encontra em tramitação no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 320, ajuizada pelo partido político PSOL "Partido Socialismo e Liberdade", que igualmente questionou a não recepção da Lei da Anistia pela CF/88. Mas, a referida ADPF também aguarda o julgamento no STF.

Todavia, alguns juristas entendem que o direito interno não deve se curvar perante direito internacional, pois a interpretação constitucional nem sempre converge com o direito internacional dos direitos humanos e o princípio do cosmopolitismo ou transconstitucionalismo não existe nesses casos.

> Além do Direito Constitucional ter de lidar cada vez mais com fenômenos transnacionais, o interesse e a facilidade de acesso ao que ocorre em outros sistemas jurídicos nacionais e internacionais aumentou muito. [...]. Nada obstante, o STF considerou recepcionada toda a Lei da Anistia, afastando-se da linha adotada no Direito Internacional dos Direitos Humanos. [...]. A constatação acima, de que a interpretação constitucional nem sempre converge com o Direito Internacional dos Direitos Humanos não infirma a existência do princípio do cosmopolitismo nesse campo. [...]. Pretender o contrário seria imaginar uma nova pirâmide normativa, em cujo topo estaria não a Constituição, mas os tratados internacionais. O princípio do cosmopolitismo impõe é que se atribua o devido peso argumentativo a fontes transnacionais na interpretação da Constituição, especialmente aos tratados e à jurisprudência de cortes aos quais o país esteja vinculado, como se dá em relação ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos.[16]

14 BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Processamento, em 21 de outubro de 2010, recebe a petição inicial da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=330654. Acesso em: 8 dez. 2022.

15 BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. Supremo Tribunal Federal. Julgamento e decisão, em 29 de abril de 2010, da ADPF nº 153. Relator Ministro Eros Graus. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960. Acesso em: 8 dez. 2022.

16 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria,

No entanto, há outros entendimentos, Antônio Augusto Cançado Trindade considera que o direito está em um processo de contínua expansão na direção da universalização multicultural. Em sua visão, há um mundo multicultural que repousa sobre a fonte material última da consciência humana, pois é a consciência humana que pode conduzir e assegurar a universalidade do direito internacional. A consciência jurídica universal é a fonte material do direito internacional, que atualmente se orienta para o atendimento das necessidades e aspirações de toda a humanidade.[17]

Na mesma linha de entendimentos, Clarice Souza Prados (excerto infra), também defende o multiculturalismo e adverte que o Brasil deve respeitar o direito internacional e o transconstitucionalismo. Deste modo, deve-se revogar a lei de anistia, pois essa lei é incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito.

> Há várias manifestações do transconstitucionalismo, o que se aplicou para criar a tese da supralegalidade [...], é o transconstitucionalismo entre ordem jurídica internacional e ordem jurídica estatal. No que tange aplicar essa teoria para afastar a Lei da Anistia o transconstitucionalismo se manifesta entre ordens jurídicas estatais, ou seja, a exemplo de países como Chile, Argentina e Uruguai, países que também passaram por processo de redemocratização e também utilizaram de leis anistia conforme o Brasil, já decidiram que as respectivas leis de anistias são incompatíveis com os seus ordenamentos jurídicos no Estado Democrático de Direito, sendo assim o Brasil poderia pautar nesses ordenamentos internacionais, fazendo as devidas adaptações, e portanto revogar a Lei da Anistia[18]

Como exposto, a aludida decisão do STF, na ADPF nº 153, considerou que a CF/88 recepcionou a lei de anistia e não observou as práticas do transconstitucionalismo e foi indiferente à jurisprudência da CIDH. Destarte, a Corte, em 24 de novembro de 2010, julgou o *caso Gomes Lund e outros vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia) e considerou que a lei de anistia impede a investigação e a punição das graves violações de direitos humanos. Portanto, essa lei deve ser revisada, pois, não pode seguir como um obstáculo para a investigação e punição deste e de outros casos de graves violações de direitos humanos no Brasil.

---

história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 452-456.

17 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 104-105.

18 PRADOS, Clarice Souza. O transconstitucionalismo como instrumento para efetivar direitos fundamentais: a necessidade de revogar a lei da anistia. In: SILVA, Carla Ribeiro Volpini; ROSA, Patrícia Rodrigues (Org*.).* **Multiculturalismo e direitos fundamentais**. V. III. Pará de Minas: VirtualBooks, 2015, p. 79.

> A CIDH, no caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, em 24 de novembro de 2010, decidiu que os crimes contra a humanidade (mortes, torturas, desaparecimentos etc.) cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura militar (1964-1985) devem ser devidamente investigados, processados e punidos. A corte seguiu sua jurisprudência já consolidada em relação tema (há muito já aplicada pelos tribunais da Argentina, Chile etc.).[19]

Conforme evidenciado, a CIDH considerou que a lei de anistia impede a investigação e a punição das graves violações de direitos humanos, dentre as vítimas desses crimes encontra-se Vladimir Herzog, ex-diretor de jornalismo da TV Cultura e membro do Partido Comunista Brasileiro, preso, torturado e assassinado, em 25 de outubro de 1975, nos porões do DOI-CODI, em São Paulo. Tais fatos foram reconhecidos pela Comissão de Desaparecidos Políticos, em 1996, mas os seus algozes (anistiados) não foram punidos. Assim, em 22 de abril de 2016, os herdeiros de Herzog acionaram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que enviou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, em 15 de março de 2018, a CIDH condenou o Estado brasileiro e determinou que, no prazo de um ano, fosse realizado ato público de desagravo, a punição dos responsáveis e a indenização por danos materiais e morais aos sucessores de Herzog. Além disso, considerou que os crimes de tortura e assassinato ocorridos durante o período ditatorial são imprescritíveis e a lei de anistia deve ser revisada pelo Brasil.

Entretanto, algumas evoluções em favor dos direitos humanos e do direito internacional já ocorrem no Brasil, *v.*g., no julgamento do HC n° 87.585/TO, ocorrido em 03/12/2008, o Ministro Celso de Melo, ao proferir o seu voto (extrato infra), mudou o seu entendimento sobre a hierarquia da CADH no ordenamento jurídico pátrio.

> É que existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto revestido de hierarquia constitucional, por efeito do § 2° do art. 5° da Constituição da República.[20]

Isso porque, em data pretérita (19 de agosto de 1998), em sua

19 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 2018, p.182.

20 BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC n° 87.585/TO, de 3 de dezembro de 2008**. *Prisão do depositário infiel.* Relator Ministro Marco Aurélio Melo. Voto do Ministro Celso de Melo. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf. Acesso em 27 jun. 2021.

decisão, no julgamento do HC n° 77.631-5/SC (excerto infra), o referido Ministro considerou que a CADH possuía status de lei ordinária.

> A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica - cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas - não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual destinado a compelir o devedor a executar obrigação que lhe foi imposta pelo ordenamento positivo, nos casos expressamente autorizados pela própria Constituição da República.[21]

Outro exemplo desses avanços pode ser observado no Julgamento do HC n° 141.949/DF, na decisão do Ministro Edson Fachin (vogal). Esse Ministro advertiu que o art. 299 do Código Penal Militar (tipificação do crime de desacato contra militar no exercício da função ou em razão dela) fere os princípios da liberdade de expressão e de pensamento, positivados no art. 13 da CADH.

> Exatamente sobre o art. 299 do CPM, o Ministro Edson Fachin, do STF, no julgamento do HC n° 141.949/DF, corretamente entendeu que "sendo esses os parâmetros para o controle, é, de fato, difícil sustentar que a tipificação do desacato possa conter justificação válida para restringir a liberdade de expressão", além do que "também o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, na linha do sistema interamericano, uma reduzida margem de aplicação do parâmetro da necessidade e do alto preço pelo direito à liberdade de expressão". Portanto, à semelhança do art. 331 do Código Penal, os arts. 299 e 300 do COM são, igualmente, inconvencionais, porque violam o direito à liberdade de expressão garantido constitucional e convencionalmente.[22]

As decisões do Supremo Tribunal Federal ainda desconsideram a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e consequentemente, também ignoram aos estabelecimentos normativos positivados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Haja vista que não realizam o controle de convencionalidade e nem mesmo o controle de supralegalidade, como deveria, Mas, como visto, existem algumas decisões, mais vanguardistas, que já admitem hierarquia constitucional à Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

21 BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC n° 77.631-5/SC, de 19 de agosto de 1998**. *Prisão por dívida - inadimplemento tributário.* Voto do Ministro Celso de Melo. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho80883/false. Acesso em 27 jun. 2021.

22 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 2018, p.205.

## 4 Considerações finais

O controle de convencionalidade deve ser realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e também internamente, pelos Estados membros, por seus juízes ou tribunais de forma difusa ou, concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda em âmbito não jurisdicional, pelo Ministério Público, Defensoria Pública e pelas comissões, nos projetos de Lei do Poder Legislativo.

Haja vista que o Brasil ratificou a adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu à competência, em caráter obrigatório, da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH para fatos ocorridos a partir de 03/12/1998, data do referido reconhecimento. Com isso, o controle de convencionalidade deve ser realizado, em todas as situações, com a observância do texto normativo da CADH e da jurisprudência da CIDH. A realização do controle de convencionalidade e supralegalidade não é uma prerrogativa discricionária do Estado membro, mas uma obrigação imposta pela CADH.

Mas, como exposto alhures, no Brasil isso não ocorre, como deveria, pois a jurisprudência do STF não atribui a hierarquia constitucional à Convenção Americana de Direitos Humanos. Apenas os tratados internacionais de direitos humanos adentrados ao ordenamento jurídico brasileiro e ratificados em conformidade com os comandos do art. 5°, § 3°, da CF/88 possuem status equivalente às emendas constitucionais. Os tratados de direitos humanos ratificados e adentrados ao ordenamento jurídico por força do art. 5°, § 2°, da CF/88 - caso da CADH -, de acordo com a jurisprudência do STF, possuem status supralegal. Já os tratados internacionais comuns que não podem servir de paradigma para a o controle de convencionalidade, mas deveriam servir de referencial para o controle de supralegalidade, por serem, segundo o art. 27 da Convenção de Viena e o art. 98 do CTN, hierarquicamente superior a legislação, segundo entendimento do STF não podem servir de paradigma para o citado controle de supralegalidade, porque possuem status apenas de lei ordinária.

Desse modo, o STF não realiza o controle de convencionalidade e nem mesmo o controle de supralegalidade, como deveria, pois ao proferir as suas decisões, não respeita os estabelecimentos normativo da CADH e também não aplica a jurisprudência da CIDH. Mas, o art. 26 e 27, da Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil, em 14 de dezembro de

2009, determina, respectivamente, que todo tratado internacional, em vigor, obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. Além disso, o Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. O art. 68, item 1, da CADH determina que os Estados-partes têm a obrigação de respeitar e fazer cumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos. Destarte, o STF – Estado brasileiro - além de ignorar às determinações da CADH e a jurisprudência da CIDH, também descumpre às determinações impostas pelos arts. 26 e 27, da Convenção de Viena. Convenções estas, aderidas e ratificadas pelo Brasil.

Mas, conforme evidenciado na pesquisa, algumas manifestações em busca da harmonia do direito interno com o internacional já ocorrem. Tais fatos são alvissareiros, pois, em um Estado Democrático de Direito é inadmissível desconsiderar ou suprimir a tutela dos direitos humanos e fundamentais.

## Referências

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 153/DF**. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Processamento, em 21 de outubro de 2010, recebe a petição inicial da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=330654. Acesso em: 8 dez. 2022.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 153/DF**. Supremo Tribunal Federal. Julgamento e decisão, em 29 de abril de 2010, da ADPF n° 153. Relator Ministro Eros Graus. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960. Acesso em: 8 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 911/69, de 1° de outubro de 1969.** Presidência da República. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto n° 7.030 de 14 de dezembro de 2009**. Presidência da República. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 63. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-

2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL **Habeas Corpus n° 77.631-5/SC, de 19 de agosto de 1998**. Supremo Tribunal Federal. Prisão por dívida - inadimplemento tributário. Voto do Ministro Celso de Melo. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho80883/false. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL **Habeas Corpus n° 87.585/TO, de 3 de dezembro de 2008**. Supremo Tribunal Federal. *Prisão do depositário infiel*. Voto do Ministro Celso de Melo. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf. Acesso em 27 jun. 2021.

BRASIL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 79.785-7/RJ**. Supremo Tribunal Federal. Voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence. 29.03.2000. Pub. DJ. 22.11.2002. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661. Acesso em: 9 abr. 2022.

BRASIL. **Recurso Extraordinário n° 466.343/SP, de 03 de dezembro de 2008.** Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Relator Ministro Cezar Peluso. Publicação: D.je. 05.06.2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf. Acesso em 22 jun. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Caso Cabrera García Y Montiel Flores vs. México**. Disponível em: http://www.segob.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/785/2/images/cabrera_garcia_y_montiel_flores_vs_mexico.pdf. Acesso em 20 out. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Gelman vs. Uruguai**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**. Disponível em; https://www.cnj.jus.br/wp-ontent/uploads/2016/04/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf. Acesso em 20 out. 2022.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional**

**público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PRADOS, Clarice Souza. O transconstitucionalismo como instrumento para efetivar direitos fundamentais: a necessidade de revogar a lei da anistia. In: SILVA, Carla Ribeiro Volpini; ROSA, Patrícia Rodrigues (Org*.).* **Multiculturalismo e direitos fundamentais**. V. III. Pará de Minas: VirtualBooks, 2015. (p. 63 – 85).

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

Capítulo 2

# TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA PARA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

*João Otávio Fiorentini Rodrigues Nunes*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.39-48

## 1 Introdução

O objetivo principal deste capítulo é propor provocações acerca do (des)cumprimento de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana e proteção aos vulneráveis, abordando o tema, sobretudo, sob a ótica da responsabilidade de indenizar o desperdício de tempo nas relações de consumo. Neste sentido, temos o tempo como um bem jurídico extremamente relevante e ao mesmo tempo, os direitos consumeristas tutelados em ordem constitucional e infraconstitucional.

Ao problematizar a ofensa ao tempo de um indivíduo ou um grupo de pessoas definida como vulnerável em uma perspectiva constitucional e filosófica, cumpre-nos destacar que a relevância de tal tema chama a atenção tanto aos operadores do direito na condição de representantes processuais de seus contratados, como de leitores em geral, que, devido às infelizes condições do atual cenário brasileiro, é possível que tenham se enxergado como vítimas de tal ato ilícito em algum momento de suas respectivas vidas. Para a abordagem do tema, será necessário apoiar-se na teoria inaugurada pelo I. Professor Marcos Dessaune, bem como analisar como a jurisprudência e a doutrina encaram o assunto.

Assim sendo, este capítulo consiste em uma pesquisa com abordagem teleológica, visando compreender os objetivos constitucionais da proteção ao consumidor, colocando-o na posição de vulnerável, ainda socorrendo-se de abordagem bibliográfica. Ainda, mesmo que já com certa aceitação pela doutrina e jurisprudência temos presente o método jurídico-

1 Pós-graduado *lato sensu* em Direito Público Contemporâneo pelo G7 Jurídico em parceria com a Faculdade de São Vicente - Unibr (2023). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha (2021). E-mail: joaootaviofiorentini@gmail.com.

projetivo, uma vez que ainda há muito a caminhar no tema e é necessário analisar tendências futuras para o direito em questão e seu âmbito de proteção. É nesse contexto que a proposta deste capítulo se insere.

## 2 Aspectos filosóficos sobre o tempo

O que é tempo? "Se não me perguntam o que é tempo, eu sei o que ele é, mas se me perguntam o que é o tempo, eu não sei o que é tempo", constatou assim, Santo Agostinho.

Durante séculos, a noção do que é tempo foi se alterando conforme a sociedade foi se modificando. Podemos citar, o tempo como ordem mensurável do movimento, como ciclo da vida humana. Platão e Aristóteles debruçaram a análise do tempo em uma relação tempo/transcendência.

O conceito científico de tempo é especializado, possível de se calcular pela matemática e por aparelhos. Na filosofia moderna, Henri Bergson contesta tal noção de tempo, eis que provoca se esta noção, utilizada pela ciência, é capaz de ser utilizada por nossa consciência, identificando a dimensão mental do tempo na experiência do presente.

Ou seja, o tempo para Bergson é o tempo de fato vivido. Assim também é para Elias (1998), no qual tempo é "um símbolo representativo desses tipos de sínteses aprendidas no âmbito de uma sociedade". E ainda, "O tempo não se deixa ver, tocar, ouvir, saborear nem respirar com um odor".

Trazendo o tempo para uma visão crítica e condicional, podemos nos lembrar do filme *Efeito Borboleta* (2004, dir. Eric Bress, J. Mackye Gruber), no qual o protagonista, a partir de desmaios, pode retornar no tempo e alterar eventos, gerando mudanças significativas em toda linha temporal subsequente, condenando em certo momento, sua própria vida.

O Autor da teoria que se discute neste capítulo, Marcos Dessaune, trás em seu livro reflexões traçadas pelo italiano Domenico De Masi acerca do chamado tempo livre, *in verbis:*

> Tempo livre significa viagem, cultura, erotismo, estética, repouso, esporte, ginástica, meditação e reflexão. Significa, antes de tudo, nos exercitarmos para descobrir, desde hoje, o que podemos fazer no nosso tempo disponível, sem gastar um tostão: passear sozinhos ou com amigos, ir à praia, fazer amor com a pessoa amada, adivinhar os pensamentos, os problemas e as paixões que estão por trás dos rostos dos passageiros do metrô, admirar as fachadas dos prédios e as vitrines das lojas, assistir a um festival na televisão, ler um livro, levantar uma

> polêmica com um motorista de táxi, assistir ao pôr-do-sol ou ao nascer da lua, admirar a sábia beleza de uma garrafa, de um ovo ou dos carros que circulam pelas ruas. Balançar-se numa rede, que é o símbolo por excelência do ócio criativo, perfeita antítese da cadeia de montagem que foi o símbolo do trabalho alienado. Em suma, dar sentido às coisas de todo o dia, em geral lindas, sempre iguais e diversas, e que infelizmente ficam depreciadas pelo uso cotidiano." (DE MASI, 2000, p. 220)

Portanto, é neste tempo livre que vivemos de forma a aproveitar o medir o tempo como propõe Bergson, ou seja, conscientemente.

Na mesma obra, Dessaune ainda demonstra que para Bodil Jönsson, tempo "constitui o verdadeiro capital" do ser humano, o mais valioso dentre todos, vez que "é o capital que possuímos passível de ser convertido em dinheiro, em relações humanas, em interação com o meio ambiente, em conhecimento, em aprofundamento de sentimentos".

Tal pensamento, cada vez mais difundido em nossa sociedade contemporânea, chega em um momento importante e dramático de nossa sociedade, eis que as doenças relacionadas ao abuso do tempo como a síndrome de burnout, depressão, fadiga extrema, progressivamente se disseminam.

Em suma, desde a filosofia mais antiga que se tem registro até a mais atual, uma coisa é uníssona: o tempo é primordial e o bem mais valioso do ser humano, onde o mesmo cria suas memórias, suas alegrias, suas experiências e, de tal forma, seu uso deve dar-se da forma mais proveitosa possível.

## *2.1 Aspecto constitucional e vinculação do tempo com direitos fundamentais*

O direito do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro possui fundamento constitucional expresso em seu texto, no art. 5º, XXXII e também no art. 48 do ADCT, por meio de um mandamento para o legislador ordinário instituir um Código de Defesa e Proteção ao Consumidor. Mandamento este que instituiu em 1990, a Lei 8.078.

Segundo a doutrina, temos que:

> O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: "*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*"); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo

> da ordem econômica constitucional, a necessária "defesa" do sujeito de direitos "consumidor" (art. 170 da Constituição Federal de 1988: "*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor; [...]*"; e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do "consumidor" (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: "*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*". (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2021, p. 66).

Trata a norma de direito subjetivo público geral, limitando tanto a ação estatal, como também positivando a tutela do consumidor, ante sua vulnerabilidade.

Ao ser tratado como direito subjetivo público geral, o direito do consumidor é direito fundamental, sendo aplicado tanto em sua eficácia vertical, como também diagonal – particular x particular vulnerável.

Diante da previsão constitucional do direito, e a força normativa da constituição tratada por Konrad Hesse, sempre que houver conflito entre o CDC e a norma de lei esparsa, deverá prevalecer o CDC. Trata-se de direito executável e exigível, vinculando assim os operadores do direito, por se referir ao princípio geral do direito.

Ainda, de forma implícita o direito do consumidor é vinculado à dignidade da pessoa humana, sendo assim, impede sua coisificação. Ao impedir tal ofensa à personalidade e relacionando o tempo em seu aspecto filosófico como o bem mais importante do homem, temos que, ao atentar contra ele, desperdiçando-o em prol do capital financeiro, como muitos fornecedores de produtos e serviços fazem, há a violação de um direito fundamentalmente garantido.

## *2.2 A reparação pela perda do tempo nas relações de consumo*

O Código de Defesa do Consumidor consagrou a responsabilidade objetiva dos fornecedores ante aos consumidores, sendo tal tema pacífico na doutrina e jurisprudência pátria.

O próprio *códice* institui como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo o incentivo à criação pelos fornecedores de meios

eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, bem como de mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Mesmo assim, a grande busca pelo judiciário para solucionar conflitos de ordem consumerista, demonstra que trata-se de um princípio não observado pelos fornecedores. Reportagens televisivas demonstraram em mais de uma oportunidade a via sacra que consumidores enfrentaram a fim de resolver problemas que, com o mínimo de zelo, seriam prontamente solucionados pelos fornecedores.

A doutrina brasileira reagiu, com o I. Professor Marcos Dessaune apresentando a teoria do desvio produtivo do consumidor. Como demonstrado em sua tese, os fornecedores, empregando práticas abusivas colocam produtos e serviços no mercado. Após, diante da reclamação de seus consumidores, permanecem inertes, resistindo a uma rápida e efetiva solução, gerando, um estado de carência e vulnerabilidade extremos ao consumidor afetado.

Tais condutas perpetradas pelos fornecedores causam lesão ao tempo existencial e vida digna do consumidor. Diante disso, partindo de uma análise teleológica do CDC, a doutrina aponta que:

> Para o fim a que se destina a construção teórica sobre o dever de reparação do dano pela perda do tempo, o fundamental é assegurar que o tempo do consumidor seja valorado, mudando-se a cultura de menosprezo em relação ao existente dever de cuidado e de cooperação dos fornecedores de produtos e serviços no Brasil para com todos os consumidores. (MARQUES, BERGSTEIN, 2016).

Para fins de exemplificarmos a ocorrência prática do desvio produtivo, temos as imensas filas bancárias, a dificuldade homérica para cancelamento de linhas telefônicas, de televisão ou internet, onde os consumidores passam horas a fio em busca de ter seu direito atendido, saindo muitas vezes sem solução para seu problema.

Diante disso, Marcos Dessaune aponta cinco requisitos para a configuração da responsabilidade civil objetiva por desvio produtivo do consumidor, sendo eles o consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, a prática abusiva do fornecedor ao se esquivar da responsabilidade, o dispêndio do tempo vital do consumidor, o nexo causal entre a prática abusiva e o resultado danoso e o dano extrapatrimonial/existencial enfrentado pelo consumidor.

Portanto, diante da proteção conferida ao consumidor, tanto constitucionalmente, como infraconstitucionalmente, é evidente a ofensa à personalidade e dignidade humana por tais atos ilícitos realizados pelos

fornecedores, ensejando assim, a responsabilidade por dano existencial.

Além disso, ao colocar um produto ou serviço no mercado é dever do consumidor zelar pela sua qualidade, configurando prática abusiva o inverso, atraindo a responsabilidade objetiva de indenizar a quem maculou.

### *2.3 O desvio produtivo e a reparação pela jurisprudência pátria*

"Mero aborrecimento" "mero dissabor". Durante algum tempo, talvez como resposta à multiplicação de demandas judiciais, os tribunais brasileiros adotaram tais fundamentos para negar a existência de dano moral, reputando que o mesmo se qualificaria apenas em situações de dor, vexame e humilhação que fugisse da normalidade.

O professor Marcos Dessaune em artigo publicado no site conjur em 2020, refutou a aplicação do mero dissabor aos casos do desvio produtivo do consumidor com as seguintes palavras:

> Após estudar a problemática na teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor (DESSAUNE, 2017), cheguei à conclusão que o entendimento jurisprudencial de que o consumidor, ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores sofre "mero dissabor ou aborrecimento" e não dano moral indenizável, revela um raciocínio construído sobre bases equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão errônea. O primeiro equívoco é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado. O segundo (equívoco) é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem ou interesse jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são o seu tempo vital e as suas atividades existenciais – como trabalho, estudo, descanso, lazer, convívio social e familiar, etc. O terceiro (equívoco) é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra protegido tanto no rol aberto dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida. Por conseguinte o lógico é concluir que as situações de desvio produtivo do consumidor acarretam, no mínimo, dano moral lato sensu indenizável. (https://www.conjur.com.br/2020-mar-15/marcos-dessaune-crescente-superacao-mero-aborrecimento - acesso em 03/03/2023, às 17h37min.)

Vale menção ainda a campanha realizada pela OAB Nacional em 2018 de nome "mero aborrecimento tem valor", afirmando que o mero aborrecimento seria a negação de direitos constitucionalmente garantidos

a todos os consumidores.

O Ilustre Professor Sergio Cavalieri Filho, um dos difusores da doutrina que se baseou na jurisprudência defensiva, em suas atualizações reconheceu a superação de tal entendimento dizendo que "o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento".

Com a difusão da tese e estudos acerca da mesma, os tribunais paulatinamente passaram a adotá-la, valendo menção honrosa ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que em 2018, após provocação da OAB - Seção Rio de Janeiro revogou o enunciado de súmula 75 daquele tribunal, que tratava expressamente do chamado "mero aborrecimento".

Hoje, a tese é acolhida também pelo Tribunal da Cidadania, a citar os Recursos Especiais nº 1.634.851/RJ, Recurso Especial nº 1.737.412/SE e Recurso Especial nº 1.929.288/TO.

Vale inclusive menção direta aos dizeres da I. Ministra Nancy Andrighi quando de seu voto em um dos precedentes citados:

> A via crucis a que o fornecedor muitas vezes submete o consumidor vai de encontro aos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor, além de configurar violação do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele.

Ainda, é necessário dizer que a tese do desvio produtivo inclusive foi acolhida pelo Tribunal Superior do Trabalho e em Direito Administrativo pelo TJ-SP, portanto, é claro o reconhecimento da tese doutrinária pelos tribunais brasileiros.

## 3 Considerações finais

De toda pesquisa, podemos concluir que o tempo é o bem mais precioso que o homem possui e, infelizmente, é finito. Por isso, é tutelado constitucionalmente através da proteção à dignidade humana, bem como deve ter sua tutela positiva executada por nossos tribunais.

Nas relações de consumo, cada vez mais marcadas pela sede capitalista de fornecedores que descumprem com seu papel de proteção ao consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, ferindo assim, a chamada eficácia diagonal dos direitos fundamentais, sendo necessário uma resposta

jurisdicional ao problema.

Não se espera que problemas não surjam de relações jurídicas, esperar isso, seria adentrarmos em um mundo contrafático. O que se espera é que os fornecedores de produtos e serviços sejam responsáveis por colocarem tais à disposição dos consumidores.

Nunca houve dúvida acerca da possibilidade da responsabilização civil consumerista, sendo que a mesma sempre fora considerada, objetiva. Entretanto, com o surgimento da teoria do desvio de produto e a colocação do tempo, ou melhor, da perda do tempo, o dano moral passou a ser visto de outra maneira, não sendo necessários requisitos psíquicos de dor, como outrora era entendido.

Outro fato indiscutível é que a mudança no dia a dia das pessoas, em face de avanços tecnológicos, tornou as relações humanas mais velozes, não podendo ser diferente nas relações consumeristas, vez que a qualidade e a rápida solução de problemas por parte dos fornecedores são princípios inerentes à Política Nacional das Relações de Consumo.

Diante do cenário cada vez mais ofensivo aos consumidores nas relações de consumo, é necessário o reconhecimento da tese como dano moral *in re ipsa*, mas não só. É necessário que a quantificação do dano aplicável aos casos concretos retrate a dupla função da indenização, de compensar o lesado, visto que o retorno ao *status quo* é impossível, mas também como medida pedagógica aos praticantes do ato ilícito, para que assim não voltem a praticá-lo.

## Referências

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 9. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>

BRASIL. STJ REsp 1634851/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 15/02/2018.

BRASIL. STJ. REsp 1737412/SE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019.

BRASIL. STJ. REsp 1.929.288/TO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor:** o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor.** O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. Vitória: Edição do autor, 2017.

DESSAUNE, Marcos. **Dano moral não é só sofrimento**: a crescente superação do "mero aborrecimento". Disponível em: >https://www.conjur.com.br/2020-mar-15/marcos-dessaune-crescente-superacao-mero-aborrecimento>. Acesso em: 7 fev. 2023.

DE MASI, Domenico; PALIERI, Maria Serena. **O ócio criativo.** Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo.** Rio de Janeiro: J. 1998.

MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. **Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização.** Disponível em: >https://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao#:~:text=Menosprezo%20planejado%20de%20deveres%20legais%20pelas%20empresas%20leva%20%C3%A0%20indeniza%C3%A7%C3%A3o&text=Tempo.>. Acesso em: 7 fev. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional (Série EDB). 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RODAS, Sérgio. **Órgão Especial TJ do Rio de Janeiro cancela "súmula do mero aborrecimento".** Disponível em: >https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/orgao-especial-tj-rio-cancela-sumula-mero-aborrecimento>. Acesso em: 7 fev. 2023.

SALIBA, Ana Luisa. **Teoria do desvio produtivo pode ser aplicada em casos trabalhistas, decide TST**. Disponível em: >https://www.conjur.com.br/2021-jun-03/tst-confirma-aplicacao-teoria-desvio-produtivo>. Acesso em: 7 fev. 2023.

STJ. **A teoria do desvio produtivo: inovação na jurisprudência do STJ em respeito ao tempo do consumidor.** Disponível em: >https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26062022-A-teoria-do-desvio-produtivo-inovacao-na-jurisprudencia-do-STJ-em-respeito-ao-tempo-do-consumidor.aspx>. Acesso em: 7 fev. 2023.

Capítulo 3

# A (IR)RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NA VIOLAÇÃO DE NORMAS PROTETORAS DE DIREITOS HUMANOS

*Xenofontes Piló*[1]
*Geraldo Magela Vicente*[2]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.49-61

## 1 Introdução

A Ordem Jurídica Internacional dos Direitos Humanos passou a se utilizar da Justiça como fórmula de ponderação de contingência das normas por meio de sua reprodução autopoiética na jurisprudência dos Tribunais Internacionais. Destaca-se que a jurisprudência é protetora, ao demonstrar uma tendência crescente nos Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos. Fato é que essa nova Ordem, efetivada mediante a valorização de suas próprias normas e princípios internacionais, vem aperfeiçoando-se e insurgindo-se em uma nova fase do Direito Internacional Público.

O Direito Internacional evoluiu da fase do *jus gentium* clássico, percorreu o *jus inter gentes* e emergiu como o novo *jus gentium* no Século XXI, mediante a valorização de suas normas. Porém, essa nova fase visa assegurar um verdadeiro Direito Internacional da Humanidade. Destaca-se, todavia, a existência do questionamento se tal direito se configura no plano das ideias, do sonho utópico da aplicação de um monismo internacional extremo kelseniano pelos Estados e organizações internacionais, personificando-se no ideal apenas de uma sociedade futura e muito distante.

No decorrer deste trabalho, nota-se que o Direito Internacional da

1 Doutorando em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: "Proteção dos Direitos Fundamentais". Mestre em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: "Proteção dos Direitos Fundamentais". Bacharel em Direito pela Faculdade Promove.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce-FADIVALE- Delegado Geral de Policia Civil de Minas Gerais

Humanidade se configura de forma cristalina e concreta, principalmente, nos Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos, mas com dificuldades de concretização e monitoramento tanto em âmbito internacional das Organizações Internacionais de Direitos Humanos, como a OEA, quanto em âmbito interno dos Estados signatários, como o Brasil.

## 2 A violação de normas protetoras de Direitos Humanos responsabiliza internacionalmente o Estado

O Direito Internacional e, consequentemente, os tratados internacionais vêm ocupando posição de destaque no cenário internacional, tendo em vista os fenômenos da globalização. Nesse processo, sobressai-se a investigação da hierarquia constitucional dos tratados.

Os massacres e a destruição ocorridos na Segunda Guerra Mundial levam a sociedade a duas importantes conclusões. A primeira é a de que a paz duradoura só seria conseguida mediante cooperação dos Estados e do desenvolvimento de meios pacíficos para a solução das controvérsias. A segunda, que a proteção dos direitos humanos não poderia ser deixada exclusivamente a cargo do direito interno dos Estados.

Nesse mesmo contexto pós-guerra, surgem sucessivos acordos internacionais com obrigações e responsabilidades para os Estados implementarem o respeito aos direitos humanos. Observa-se assim uma crescente importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com regras próprias de interpretação e objetivos, na medida em que não é somente interesse dos Estados, mas de toda a comunidade internacional.

### *2.1 As normas internacionais protetoras de direitos humanos*

A responsabilidade dos Estados é um princípio basilar do direito internacional, com origem na natureza do sistema jurídico internacional e nas doutrinas de soberania e igualdade dos Estados. Tal princípio prevê que, quando um Estado comete um ato internacional ilícito contra outro Estado, cria-se responsabilidade internacional entre os dois. A violação de uma obrigação internacional dá origem a uma exigência de reparação.

Piovesan (2006, p.133) destaca que os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que

é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo.

No mesmo sentido, Canotilho (1998, p.133/134) preleciona que o Direito Internacional dos Direitos Humanos exige regras próprias de interpretação e objetivos, na medida em que não é somente interesse dos Estados, mas de toda a comunidade internacional. Nesse cenário, fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema do legítimo interesse internacional. Shaw (2010, p. 572), a seu turno, afirma que o foco recai sobre os princípios relacionados a questões de segunda ordem, em outras palavras, as consequências processuais e outras que derivam da violação de uma norma material do direito internacional. Isso suscitou uma série de questões referentes à relação entre as normas de responsabilidade dos Estados e as normas que regem outras áreas do direito internacional.

Destaca-se que a regulação dessa responsabilidade, não pode ocorrer sem levar em conta os aspectos próprios do Direito a que ela se aplica. E uma das principais características do Direito Internacional é a descentralização, com a ausência de uma instituição única, encarregada da criação e da aplicação das normas jurídicas. Portanto a codificação da responsabilidade internacional do Estado, ao mesmo tempo em que visa sistematizar o Direito Internacional, levando-o a uma maior institucionalização, não pode deixar de considerar a necessidade ainda existente de mecanismos de autotutela, típicos de ordenamentos descentralizados. A inclusão das contramedidas no anteprojeto de artigos da responsabilidade internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional da ONU é o reflexo de um sistema jurídico em desenvolvimento.

Antônio Cançado Trindade (2012, p. 612-613) afirma que a suposta violação do Direito Internacional deve envolver danos causados a indivíduos. Somente disputas privadas *ab initio*, mas subsequentemente "internacionalizadas" pelo Estado ao patrocinar a causa de seu nacional supostamente lesado no exterior, recaem no âmbito de aplicação da regra. Segundo o autor, as duas correntes teóricas principais acerca da relação entre a regra do esgotamento e o nascimento da responsabilidade internacional do Estado derivam da consideração da natureza jurídica da regra como sendo de direito substantivo ou processual.

*Pari passu*, a internacionalização dos direitos humanos intensificada

nas últimas décadas vem aos poucos mudando o paradigma estabelecido há séculos no Direito Internacional. O sistema jurídico, voltado a regular as relações entre Estados, deve se adaptar cada vez mais à influência de novos "sujeitos" nas relações internacionais.

A solidificação do conceito de uma comunidade internacional, a compreensão da importância do ser humano e o advento das organizações internacionais têm alterado o papel predominante do Estado no Direito das Gentes. Embora estes ainda sejam os principais legisladores e destinatários das normas internacionais, os interesses individuais dos Estados não são mais os únicos fatores a serem considerados, podendo tais interesses serem sacrificados em nome de valores e interesses da comunidade internacional como um todo.

## 3 O Tribunal Penal Internacional e os Direitos Humanos

A entrada em vigor do Estatuto de Roma e o desenvolvimento da Corte Penal Internacional – CPI inauguram uma nova etapa no julgamento penal de condutas que, por sua especial crueldade e desumanidade, assim como pela intensidade no que se refere às pessoas e bens jurídicos afetados, atentam contra os direitos humanos inerentes a toda pessoa e, portanto, contra a comunidade internacional e em cuja prática, nas maioria dos casos, os Estados ou, mais concretamente, representantes de suas mais altas instituições se veem envolvidos, ultrapassando a tradicional visão do delinquente.

Somente após a II Segunda Guerra Mundial, como forma de evitar a impunidade dos altos oficiais nazistas, procedeu-se à criação pelas forças vencedoras, *ex post facto*, de um Tribunal encarregado de determinar suas responsabilidades. O funcionamento deste Tribunal não ficou isento de graves críticas por contrariar garantias processuais fundamentais. Seu principal mérito foi o de condenar autores dos maiores crimes cometidos até hoje contra a humanidade e também o de destacar a necessidade de pré-instituir todo um regime orgânico, substantivo e processual para resolver esse tipo de situação.

### *3.1 Corte Penal Internacional – CPI*

A aprovação e o desenvolvimento da CPI foi um grande desafio da Comunidade Internacional, pois não ficou isento de grandes dificuldades, algumas delas ainda hoje sem solução. Precisamente uma das questões

mais problemáticas de todo o sistema é que, com o Estatuto, regula-se um sistema de julgamento penal internacional, do qual só existem alguns e controvertidos antecedentes, como se assinalou, distanciando-se do tradicional entendimento do *ius puniendi*, até agora de competência exclusiva e excludente pelos Estados.

Para Hermida (2012, p. 614), o fato de que a CPI seja precisamente um órgão de caráter internacional, pré-instituído e permanente, cuja instauração foi levada a cabo por meio de um instrumento convencional internacional e que exercerá o *ius puniendi* quanto a um rol taxativo de ilícitos penais, dificulta a determinação dos critérios de atribuição de jurisdição e competência. Isso se dá sobretudo porque, ao contrário do que ocorre nos ordenamentos jurídico-penais internos, a atribuição do poder punitivo desse órgão jurisdicional não é feita com caráter exclusivo, mas sim compartilhado e subsidiário. Assim, seu poder coexiste com a jurisdição dos demais Estados e se torna efetivo, com caráter geral, ante a inatividade jurisdicional dos entes estatais, ou seja, se as jurisdições nacionais não atuarem previamente, não desejarem ou não puderem fazê-lo.

Para a autora, insta esclarecer que o critério de atribuição de jurisdição e de competência para seu exercício efetivo vem, necessariamente, do caráter internacional da CPI, e da natureza convencional das normas que a regulam. Desse modo, a Corte pode atuar, conforme o caso, seja como jurisdição automática de caráter subsidiário, seja como jurisdição *ad hoc* de caráter facultativo, seja como jurisdição universal (HERMIDA, 2012, p. 614).

O âmbito da competência da CPI é estabelecido conforme dois critérios: em razão da matéria objeto de julgamento e em razão das pessoas que vão ser submetidas a sua jurisdição. De acordo com o primeiro critério, *ratione materiae*, a competência objetiva alcança fatos delitivos tipificados no Estatuto (princípio da legalidade penal) que eram puníveis no momento de sua prática (princípio da irretroatividade penal) e que não tenham sido objeto de julgamento (princípio do *ne bis in idem*). No que se refere à determinação da competência *ratione personae*, esses crimes devem ter sido cometidos por pessoas físicas maiores de 18 anos de idade no momento da prática do fato ilícito (art. 25 e 26, ECPI), sem que sejam aplicáveis para esses efeitos as normas internas e/ou internacionais sobre imunidade de jurisdição para determinadas pessoas ou cargos (art. 27) (HERMIDA, 2012, p. 615).

### *3.2 O Tribunal Penal Internacional*

Durante muitos anos, o Estado foi considerado o único sujeito de Direito Internacional Público e, portanto, o único passível de direitos e obrigações nessa esfera.

No entanto, após a II Guerra Mundial, houve uma mudança brusca que, se por um lado, levou à criação do denominado *International Bill of Rights*, por outro, passou a levar à responsabilização de indivíduos por graves crimes cometidos contra os direitos humanos. Urge mencionar que havia diversas argumentações iniciais que sustentavam tal pensamento, como a de que o governante era a personificação divina do chefe de estado. Assim, por ter uma natureza divina, acreditava-se que o "rei nunca errava" (*The king can do not wrong*).

O TPI (Tribunal Penal Internacional) é constituído por um tratado, Estatuto de Roma, assinado em 1998, cujo tribunal foi implementado em 2002. O TPI tem por função processar e julgar os crimes internacionais mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto.

A sede do Tribunal Penal Internacional é localizada em Haia, na Holanda e essa organização é respaldada em dois princípios importantes, um deles é o princípio da complementariedade e o princípio da cooperação internacional.

O primeiro relaciona-se ao respeito que o TPI tem com a soberania nacional, pois compete primeiramente ao Estado, ao país, processar e julgar um criminoso internacional.

Ademais, na ineficiência do Estado não julgar ou não julgar bem, há critérios objetivos para isso e somente no caso de imperícia é que o TPI poderá avocar para si a investigação de um crime internacional.

Por sua vez, o segundo princípio da cooperação internacional representa exatamente essa dependência que o TPI tem do apoio de todos os países para que possa cumprir o seu encargo.

No caso em foco, o TPI tem competência para processar e julgar os crimes denominados "crimes contra a paz", ou seja, crimes mais graves que colocam a paz e a sobrevivência da humanidade em perigo, na sua totalidade.

Tal competência traz um rol taxativo quanto aos crimes que possam ser analisados e julgados, crimes esses descritos no artigo 5º, do Estatuto de Roma, que aduz:

> 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
>
> a) O crime de genocídio;
>
> b) Crimes contra a humanidade;
>
> c) Crimes de guerra;
>
> d) O crime de agressão.

Uma das principais virtudes do Estatuto de Roma reside na consagração do princípio segundo o qual a responsabilidade penal por atos violadores do Direito Internacional deve recair sobre os indivíduos que os perpetraram, deixando de ter peso as eventuais imunidades e privilégios ou mesmo a posição ou os cargos oficiais que os indivíduos porventura ostentem (MAZZUOLI, 2019, p. 902).

Ressalta ainda o autor que a consagração do princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos é, sem dúvida, uma conquista da humanidade. Daí ter o Estatuto de Roma seguido o que se escreveu em Nuremberg em 1946:

> Crimes contra o direito internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de direito internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes. (MAZZUOLI, 2019, p. 903).

Nesse sentido, ideia crescente de que as pessoas devem ser responsabilizadas no cenário internacional em decorrência dos crimes cometidos contra o Direito Internacional aparece bastante reforçada no Estatuto de Roma que, além de ensejar a punição dos indivíduos como tais, positivou, no bojo de suas normas, ineditamente, os princípios gerais de direito penal internacional, bem como trouxe regras claras estabelecidas sobre o procedimento criminal perante o Tribunal, conforme artigos 53 e 61 (MAZZUOLI, 2019, p. 904).

Em 1994, a Comissão de Direito Internacional submeteu à Assembleia Geral e ao Conselho de Segurança um primeiro projeto para um Tribunal Penal Internacional, através da Resolução 955 (8.11.1994). Porém somente em 1º de julho de 2002, após conseguir o número mínimo de 60 ratificações, o Tribunal Penal Internacional entrou em vigor, possuindo competência para o julgamento, em caráter subsidiário, dos crimes definidos em seu estatuto.

Atendendo a um anseio internacional, apaziguou-se a inquietude

dos penalistas, dispondo o Estatuto de Roma de uma parte geral, algo escasso nos tribunais anteriores. Os Tribunais de Nuremberg e Tokio dispunham apenas sobre a impossibilidade da excludente de estrito cumprimento do dever legal ou obediência a ordem hierárquica, responsabilidade dos superiores no comando e exclusão da imunidade do chefe de Estado.

Insta mencionar também a posição de Enrique Lewandowski (2002, p. 24), ao afirmar que a experiência, todavia, não teve o condão de intimidar os criminosos de guerra, que continuaram a agir livremente nos inúmeros conflitos que tiveram lugar na segunda metade do século XX. A situação de absoluta impunidade perdurou até recentemente, quando a comunidade internacional decidiu intervir na ex-Iugoslávia, onde uma luta fratricida lançou sérvios contra croatas e outras etnias, e em Ruanda, em cujo território extremistas hutus massacraram os rivais da nação tutsi. Foram então criados dois tribunais *ad hoc* para aquelas áreas, em 1993 e 1994, respectivamente, para fazer cessar e punir os gravíssimos abusos cometidos em ambas as contendas. A atuação dessas cortes acabou produzindo um bônus, sob a forma de um importante precedente, qual seja, o julgamento de pessoas que praticaram delitos em conflitos considerados de *caráter interno* e que, até então, não se enquadravam na legislação penal internacional.

Para Lewandowski (2002, p. 29), embora uma parcela considerável da população mundial e grande parte do território do planeta tenham ficado fora da jurisdição do Tribunal, mais de dois terços dos Estados que integram a ONU subscreveram o Tratado de Roma, manifestando, assim, ainda que implicitamente, no caso daqueles que ainda não o ratificaram, a intenção de colaborar com a nova Corte. Nada impede, de resto, que aqueles que não aderiram ao acordo o façam num momento posterior ou submetam, desde logo, certos casos à jurisdição do Tribunal, numa base *ad hoc*, como permite seu Estatuto.

Mazzuoli (2019, p. 904) preleciona que, parece clara, assim, a distinção entre a entrega de um nacional brasileiro a uma corte com jurisdição universal, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir, e a entrega de um nacional nosso (esta sim proibida pela Constituição) a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição afeta a soberania de outra potência estrangeira, que não a nossa e de cuja construção nós não participamos com o produto de nossa vontade.

Em relação às condenações no Tribunal Penal Internacional, o Brasil pode e deve entregar um nacional brasileiro ao Tribunal Internacional,

caso seja condenado pela Corte, não ferindo assim o direito individual de não extradição de nacionais, que encontramos no art. 5º, inciso LI da Constituição Brasileira.

Não bastasse essa diferença técnica, outra ainda se apresenta. Embora, nos termos do Estatuto de Roma, as regras internas dos Estados continuem tendo validade, não serão aceitas determinadas escusas – dentre elas a de que não se pode entregar nacionais do Estado a tribunais internacionais – para a não cooperação desses Estados com o Tribunal (MAZZUOLI, 2019, p. 907).

Outrossim, além dos princípios já mencionados, uma das características do Tribunal é a irretroatividade de sua aplicação, sanando assim um dos alegados vícios que os tribunais da década de 90 praticavam, a legalidade do Tribunal ad hoc e do Nuremberg.

Como visto anteriormente, o Estatuto vigora desde 1º de julho de 2002, em relação aos crimes praticados após a sua entrada em vigor, sendo que o parágrafo 1º, do artigo 11.

Os críticos do Tribunal deixaram claro que as garantias individuais teriam sido demasiadamente mitigadas em Nuremberg, mesmo levando em conta que elas tratavam de crimes notórios. O grande debate se travou no tocante ao princípio da legalidade. Nessa questão, aliás, reside o principal ponto de divergência que tradicionalmente divide os penalistas e os internacionalistas no que toca ao Direito Internacional Penal. É importante esclarecer que o desrespeito ao princípio da legalidade, base de todo o sistema de garantias do Estado Democrático de Direito, não ficou tão claro em Nuremberg, nem mesmo em relação aos crimes de agressão, chamados, na ocasião, de crimes contra a paz. Esclarecendo que Nuremberg sempre trará o estigma da violação, dentre outros, ao princípio da irretroatividade da lei, não se pode negligenciar o fato de que tais crimes internacionais já haviam sido previstos em diversos outros documentos, tais como nas Convenções de Haia.

Entretanto, o TPI não possui jurisdição absoluta nem universal e traz um rol taxativo, e só pode exercer sua jurisdição se o crime tiver ocorrido após a implementação do decreto.

Nesse contexto, tem que que observar a irretroatividade dos delitos e das penas, determinado tanto pelo Direito Internacional quanto pelos Direitos Humanos.

Assim sendo, através das atrocidades ocorridas no período pós II Guerra Mundial foi possível tratar da criação do Direito Internacional

dos Direitos humanos, estabelecendo, assim, a Declaração Universal dos Direito Humanos, cuja implementação foi feita pela Organização das Nações Unidas - ONU.

À vista disso, segundo Piovesan, tal feito passou a ser uma importante afirmativa naquilo que tangia diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no período de guerra e na fase do Holocausto.

Em suma, em 1948 surge a declaração Universal dos Direitos Humanos, decretada para zelar pelos direitos humanos, com intuito de internacionalizar estes que estavam sendo dissipados através de outros órgãos, tais como, Liga das Nações e Organização Internacional do Trabalho - OIT (já extinta anteriormente).

Noutro diapasão, quando o nacional estaria sujeito à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e ocorresse de já ter sido julgado pela Justiça Brasileira, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cessaria, imediatamente, a competência do Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 20, § 3º, do Estatuto de Roma.

Quando ocorrer de ser julgado duas vezes pelo mesmo delito, aplica-se o *ne bis in idem*, informando que o Tribunal não poderá julgar pessoas já condenadas por tribunais nacionais, com sentença transitada em julgado, prevalecendo, portanto, as decisões internas transitadas em julgado.

Em confronto ao ordenamento jurídico, o Tribunal Penal Internacional pode reexaminar as questões já decididas transitadas em julgado pelas Cortes Nacionais competentes. Essa permissão está expressa no art. 17 e parágrafos do Estatuto de Roma.

## 4 Considerações finais

A internacionalização dos direitos humanos causou profundas mudanças no Direito Internacional Contemporâneo. O reconhecimento da importância do ser humano e da dignidade humana trouxe novos valores a um sistema que durante séculos foi norteado pelos interesses individuais dos Estados.

Esses valores, aliados à consolidação do conceito de comunidade internacional, modificaram o papel dos Estados no Direito Internacional. É evidente que o estágio da civilização global ainda resiste, por motivos históricos, à criação de uma corte internacional, ou melhor, supranacional, com competência para afrontar a soberania de cada nação, atributo arcaico

e excessivamente valorizado por certos países. É cada vez mais verdadeira a afirmação de Ferrajoli (2014, p. 235), sobre a queda da soberania que, após a segunda guerra mundial, perdeu rigidez com a declaração universal dos Direitos Humanos; sua nova configuração deve ser atingida a partir do diálogo democrático entre os governantes, parceiros necessários de uma nova configuração mundial quase sem fronteiras.

A interdependência dos países nos empurra para um acordo mundial, em prol da paz, calcado em uma única solução viável: o Direito. Se os países não optarem por fortalecer um tribunal penal internacional, outras condutas como a "guerra preventiva" e as invasões territoriais estarão autorizadas, e a autodeterminação dos povos e a manutenção das diversas etnias poderão ser subjugadas e extintas, o que não poderá ser considerado arbitrário ou ilícito.

O direito parte da conformidade das relações humanas na busca do bem comum. Se existe um bem comum da humanidade, este, certamente, não será alcançado isoladamente, por uma ou mais nações autointituladas defensoras deste bem, mas sim pela aplicação de um direito supraestatal extraído da natureza humana.

O alicerce fundamental desses novos direitos e deveres é o surgimento de valores e interesses que dizem respeito não ao Estado individualmente, mas à comunidade internacional como um todo.

Tais valores e interesses foram consubstanciados em normas que, devido à importância do seu conteúdo, possuem um caráter diferenciado das demais normas de direito internacional.

Dessa maneira, as normas protetoras de direitos humanos fundamentais possuem uma natureza diferenciada, vez que, por um lado, seu cumprimento diz respeito à comunidade internacional como um todo e, por outro, elas só podem ser derrogadas por outras normas imperativas de direito internacional.

## Referências

BRASIL. Ministério Público Federal. Convenções. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** 1998. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf/view. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal.** Pena. Execução provisória.

Impossibilidade. Princípio da não culpabilidade. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Ministro Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf. Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BROWNLIE, Ian. **Princípio de Direito Internacional Público**. Oxford: Oxford Claredon Press. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **TPI:** Normas Internacionais Centrífugas (Supraconstitucionais?). 2009. Disponível em: http://www.lfg.com.br. Acesso em: 5 jan. 2021.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz.** Ijuí: Unijuí, 2004.

HERMIDA, Ágata Maria Sanz. **A Corte Penal Internacional:** Jurisdição e Competência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A Soberania e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 12. ed. São Paulo: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil.** s.d. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional,** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flavia. **Diretos humanos e o direito constitucional**

**internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

SHAW, Malcom S. **Direito Internacional.** Trad. Marcelo Brandão Cipolia. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A determinação do surgimento da responsabilidade internacional dos Estados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Capítulo 4

# *VISUAL LAW*: O USO DE SUAS TÉCNICAS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

*Leila Cristina Arantes*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.63-75

## 1 Introdução

Direito e tecnologia são dois ramos que se integram cada vez mais. E, ao contrário do que se possa pensar, a tecnologia não irá mudar o direito, mas sim mudar a forma de prestação dos serviços jurídicos.

Outro fato a ser observado consiste na comunicação se dando cada vez mais por imagens, o que gera impacto também na área do direito. Estamos o tempo todo conectados às telas o que está mudando a forma como nos comunicamos e como escolhemos receber informações.

Diante da complexidade de seus discursos, no direito, a linguagem verbal vem sido tratada por séculos como a tecnologia mais eficiente. Ocorre que, novos horizontes estão sendo oferecidos à atividade jurídica haja vista a convergência entre a cultura visual e Legal Design, os quais estão orientados à inclusão dos usuários e à funcionalidade da comunicação.

A linguagem própria do mundo jurídico, conhecida por "juridiquês", a forma apenas escrita e textual dos documentos jurídicos, nesse contexto, não permite que todos os cidadãos tenham acesso à justiça, no sentido de compreensão das regras e, assim, privando-os do seu real poder de escolha.

A fonte mais importante de comunicação no ambiente jurídico é o texto, seja por sua complexidade, detalhes da legislação, das decisões

1 Mestranda em Estudos de Linguagem pelo Centro Federal Tecnológico de Minas Gerais - CEFET/MG e em Educação pela Universidade Federal de Alfenas – UNIFAL/MG. Pós-Graduada em Ciências Criminais na Atualidade pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/ MG). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). E-mail: leilaarantes16@gmail.com

judiciais, da doutrina, etc. No entanto, imagens podem ser utilizadas para complementar o texto fazendo com que ele se torne mais compreensível.

Nesse sentido, o *Visual Law* tem por objetivo precípuo melhorar a comunicação jurídica a partir de elementos visuais, fazendo com que o texto jurídico se torne mais compreensível e acessível.

Dessa forma objetivo do presente artigo consistiu em analisar o uso de técnicas de visual como forma de efetivar o acesso à justiça, como forma de iniciar o tema além desta introdução, no tópico 2 serão abordadas questões sobre a comunicação e o direito, para no tópico 3 trazer ao texto considerações sobre o visual law, já o tópico 4 versará sobre o acesso à justiça, para no tópico 5 ser analisado o uso de técnicas de visual como forma de efetivar o acesso à justiça.

## 2 Da comunicação e o Direito

Para o início do presente texto, necessário se faz seja feita uma reflexão sobre a direito como uma forma de comunicação ou a comunicação como forma de se transmitir o direito, uma vez que embora não se busque o aprofundamento do tema comunicação e linguagem no presente artigo, sua compreensão como fenômeno social é de suma importância, tendo em vista que eles permitiram inclusive a evolução da humanidade (CAIXETA; SANTANA, 2021).

De acordo com Yuval Noah Harari (2015), a nossa linguagem, sempre foi e é versátil, o que nos diferencia das demais espécies. E, por conceito a comunicação se dá através da linguagem, fazendo ela parte de um processo comunicativo.

Fundador da Teoria Comunicacional do Direito, Gregório Robles Morchon, nos ensina que somos sempre conduzidos ao manejo de texto (em sentido lato) quando estamos em contato com o direito positivo, e que, a teoria comunicacional do direito propõe-se a entender o Direito, enquanto fenômeno comunicacional, tido como um conjunto de atos de comunicação, porque se manifesta em linguagem.

Diante disso, o direito é então uma linguagem que estabelece as normas jurídicas as quais surgem na mente humana como resultado das interpretações dos enunciados e do conteúdo dos textos, e de acordo com CARVALHO (2019) a norma jurídica é o juízo ou pensamento que a leitura provoca no nosso espírito.

E, em que pese o Visual Law, como se verá adiante não ser a mera

utilização de imagens combinadas ao texto verbal, no contexto de acesso à justiça é crucial compreender que a forma de comunicar o direito é também uma forma de implementar o direito ao acesso à justiça.

Isso se deve ao fato de que no Brasil, temos um grande número de analfabetos e o uso exclusivo de palavras na forma escrita nos documentos jurídicos, é uma forma de exclusão e não de inclusão e de acesso.

Grande parte dos operadores do direito no Brasil, ainda utiliza para a elaboração de seus discursos rebuscamentos e ornamentações. Sendo possível observar que esse emprego de palavras e expressões não promovem de forma adequada a comunicação a certos interlocutores, e daí surge o temo "juridiquês, em referência ao jargão jurídico (ANTÔNIO, 2017).

Cediço é que conceitos técnicos são necessários às pretensões científicas do direito, no entanto a adoção de estrangeirismos, arcaísmos e outros vocabulários, acabam por distanciar a população do fazer jurídico no Estado Democrático (SADEK, 2014).

Além disso, mesmo diante do excesso de litígios junto ao poder judiciário, ainda não é comum que peças e decisões tragam uma linguagem capaz de destacar a comunicabilidade do discurso (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020), sendo que o quadro de morosidade do judiciário acaba sendo ainda mais agravado diante dessa ausência de objetividade argumentativa.

Dessa forma, uma "alfabetização visual"[2] ganha cada vez mais força entre os profissionais, tendo em vista a necessidade de uma linguagem jurídica mais interativa, funcional e compreensiva.

Portanto, para uma comunicação jurídica adequada, é oportuno escolher as modalidades textuais considerando as necessidades dos usuários e as ferramentas tecnológicas disponíveis. Ainda assim, a escrita alfabética e linear permanece relevante ao Direito, uma vez que por ela os vocábulos técnicos continuam sendo trabalhados conceitualmente.

Assim, o discurso jurídico deve primar por ser mais acessível e eliminar as barreiras impostas pelos entraves da linguagem jurídica que distancia o indivíduo da jurisdição. Esse entrave existente na linguagem

2 Richard K. Sherwin chama de "alfabetização visual" o conhecimento explícito sobre como se comunicar visualmente, sobretudo através de suportes eletrônicos. Para que seja possível no Direito, a retórica deve incluir "um código visual e um kit de ferramentas visuais" afim de acompanhar as diferentes formas cognitivas da sociedade atual e permitir maior deliberação e habilidade no processo persuasivo. Saiba mais em: Sherwin, Richard Kenneth, *A Manifesto for Visual Legal Realism*. ***Loyola of Los Angeles Law Review***, Vol. 40, 2007; *NYLS Legal Studies Research Paper No.* 07/08-2. Disponível em: >bit.ly/sherwin-manifesto>. Acesso em: 16 jul. 2020. pp. 13-14.

jurídica é conhecido, tradicionalmente, como juridiquês, o que afasta o cidadão do seu direito e é responsabilidade do magistrado e de outros profissionais do direito, tentar tornar seu texto mais acessível, sendo que aqui entendemos que isso possa se dar através da aplicação das técnicas de visual law, como será apresentado nas próximas seções.

## 3 *Visual Law*

Em que pese não ser o objeto de estudo do presente texto, fazer uma introdução sobre o legal design se torna essencial quando o assunto é o visual law. E no decorrer do texto isso ficará mais claro.

O Visual Law tem por objetivo precípuo melhorar a comunicação jurídica a partir de elementos visuais. Para tanto, deve-se entender o Legal Design, instituto no qual o Visual Law está inserido. Resumidamente, destacam-se os ensinamentos de Margaret Hagan, do Legal Design Lab da Universidade de Stanford:

> O Legal Design é a aplicação do design centrado ao homem no mundo do Direito, para tornar sistemas e serviços jurídicos mais centrados no ser humano, utilizáveis e satisfatórios. [...] O Design oferece métodos e prioridades para transformar o setor jurídico e obter resultados legais mais alinhados com os desejadas pelos usuários e criar novas visões ambiciosas sobre como serviços jurídicos podem ser fornecidos. Uma abordagem de design para serviços jurídicos coloca as pessoas e seus contextos como foco, questiona como seu status quo poderia ser melhorado e, em seguida, considera o potencial da tecnologia como uma intervenção. (HAGAN, 2017, ebook).

Portanto, entregar serviços jurídicos mais centrados nos clientes, aprimorar o processo de tomada de decisões, melhorar a comunicação dos documentos jurídicos estão entre os serviços que podem se valer das técnicas do legal design, o qual possui como se pode perceber pela imagem abaixo um amplo escopo

Figura 1. Fonte: Visual law: como os elementos visuais podem transformar o direito



Ou seja, o Legal Design estuda: Os processos organizacionais, tanto no setor público como no privado, assim como (re)desenha os serviços jurídicos; Como entregar as informações jurídicas de acordo com o entendimento e as necessidades de cada problema e dos destinatários de cada serviço ou atividade (visual law); O acesso à justiça em seus sentido mais amplo, não só como acesso ao sistema judicial, mas, principalmente, sobre como garantir a tutela e o acesso aos direitos envolvidos; A formação dos novos juristas e a prática e educação permanente dos profissionais que já estão no mercado para essas novas habilidades e competências.

Dito isso, dentro da classificação proposta por Hagan, o Visual Law é uma das subáreas do Legal Design, que busca tornar a informação jurídica mais clara e compreensível, desde o leigo até o mais versado profissional. As técnicas são as mais variadas e compreendem a utilização de vídeos, infográficos, fluxogramas e outros recursos de design gráfico para comunicar as informações jurídicas de forma mais fluida e agradável.

O Visual Law não busca, contudo, embelezar petições e contratos, pura e simplesmente; também não almeja eliminar as informações textuais, que continuarão sendo relevantes nos documentos jurídicos; o foco, sim, é repensar a comunicação jurídica como um todo e se valer do poder dos elementos visuais para atingir tal finalidade.

Dessa forma, o objetivo do Visual Law é tornar a comunicação clara e objetiva, ou seja, eficiente. Não necessariamente deixar o documento bonito. Concretiza-se através da organização dos elementos textuais e visuais em formato de fluxogramas, infográficos, diagramas, textos diagramados e com uso de cores, dependendo da necessidade do usuário.

A saber, certos estudos demonstram que as imagens são reconhecidas e processadas pelo cérebro humano mais rapidamente do que as palavras, porém, estas não serão substituídas pelas imagens, uma vez que há evidências de que a associação entre palavras e imagens é a maneira mais eficaz de comunicação natural (COELHO; HOLTZ, 2020).

A elaboração eficaz da ferramenta de *Visual Law* exigirá do profissional do Direito o desenvolvimento de habilidades específicas como a compreensão do indivíduo que será beneficiário da técnica do Visual Law, ou seja, será imprescindível verificar qual será o destinatário das informações, quais as suas necessidades e demandas, além de entender quais os desafios que os destinatários apresentam para a compreensão do contrato objeto da relação jurídica (COELHO; HOLTZ, 2020).

Outro ponto importante a ser observado se refere à necessidade de

abordar o ser humano como centro da relação jurídica contratual, ao passo que as individualidades, os hábitos e o universo de cada ser humano devem ser essencialmente analisados, pois a capacidade de absorver as informações contratuais é individual.

Associado a esses aspectos já mencionados, é necessário também que seja analisada a quantidade de informação que o usuário recebe, já que textos extensos, com linguagens técnicas e de difícil compreensão costumam gerar uma sobrecarga ao consumidor.

E a solução proposta para reverter tal situação é a oferta de informação mais objetiva e assertiva por meio de recursos visuais, como: infográficos, gráficos e tabelas para que o leitor consiga compreender melhor as informações e dados que lhe foram apresentados em um determinado contrato (COELHO; HOLTZ, 2020).

## 4 Acesso à justiça

Previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV, o acesso à justiça é um Direito Humano Fundamental. De acordo com Cappelletti, Garth e Northfleet (1988), o acesso à justiça nada mais é que o sistema pela qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob a proteção do Estado.

A saber, foi na década de 1980 que os pioneiros Mauro Cappellettie Bryant Garth apresentaram as teorias de acesso à Justiça. O cidadão naquela época já possui muitas barreiras a serem ultrapassadas para poder reivindicar seu direito junto ao Poder Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

O advogado, formal e distante, gerava desconfiança além dos procedimentos complicados e ambientes formais e intimidadores, os quais por suas características afastam o cidadão comum daquele mundo que não o acolhe (CAPPELLETTI, GARTH, 1988).

Nesse sentido, mesmo previsto constitucionalmente, o acesso à justiça enfrenta barreiras que dificultam a sua aplicabilidade, como barreiras sociais e culturais (alfabetização, educação, pobreza e discriminação. Barreiras institucionais como recursos governamentais insuficientes para garantir ou facilitar o acesso à justiça, estrutura organizacional inadequada das instituições judiciárias, assistência e representação jurídica limitada e falta de cumprimento das decisões; e barreiras intersetoriais, onde as barreiras sociais e institucionais se sobrepõem, como falta de confiança em advogados e juízes e corrupção" (Beqiraj & Mcnamara, 2014).

Além disso, estas barreiras encontram-se nos diversos âmbitos da sociedade, podendo ser de natureza econômica, social, cultural, histórica e até mesmo na própria área jurídica, como, por exemplo, o desconhecimento da lei e dos processos, a desconfiança nos procedimentos, a morosidade do judiciário, entre tantos outros obstáculos vivenciados pelo cidadão em sua busca por Justiça (Stocher et al., 2019).

Além disso, é possível argumentar ainda que, como mecanismo de acesso à justiça e, partindo do conceito de comunicação associado ao quantitativo de analfabetos no país, o uso exclusivo de palavras rebuscadas no ordenamento jurídico já configura um cenário de exclusão de parte da sociedade (Souza & Oliveira, 2021).

A exigência de conhecimentos jurídicos especializados, associada ao formalismo excessivo, levou a história dos pactos jurídicos a uma realidade documental prolixa, burocrática e por vezes ininteligível, especialmente para àqueles diretamente envolvidos com as obrigações descritas no instrumento (Arrabal et al., 2021).

Em resumo, o que se observa enquanto contexto é uma população com baixa percepção e consciência do sistema jurídico, marcada pela ausência de informações ainda na época escolar, associada à complexidade do direito enquanto ciência, mal conhecida até mesmo por seus operadores (BUSCHEL, 2009).

E, nesse contexto foram apresentadas as soluções para esses problemas relativos ao acesso ao poder judiciário, especialmente as ondas de acesso, as quais serão apresentadas abaixo.

Assistência judiciária para pessoas de baixa renda foi a primeira onde de acesso. No entanto, apenas retirar a obrigatoriedade do advogado, o que ocorre nos processos que tramitam nos juizados especiais, não era suficiente, uma vez que acabava mais por prejudicar do que resolver a questão, tendo em vista que o auxílio jurídico do advogado é na maioria dos casos essencial, sendo necessário então proporcionar serviços jurídicos para os pobres.

A segunda onda de acesso à Justiça consistiu na representação dos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Ou seja, poderiam incluir um grupo de pessoas com o mesmo direito violado num só processo. Referida onda foi representada pelos processos coletivos do Código de Defesa do Consumidor e pela Ação Civil Pública.

No que tange a terceira onda, ela se referiu a um novo enfoque de acesso à Justiça, ou seja, já existia uma preocupação com a prevenção

de disputas judiciais, surgindo então novas tendências como os métodos alternativos de conflitos e procedimentos especiais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Dito isso, percebe-se que as ondas de acesso à Justiça possuíam o enfoque de viabilizar ao cidadão hipossuficiente o alcance do judiciário e a proposição de sua demanda. No entanto esse acesso ainda é falho o que se percebe a partir de décadas depois e com a explosão da tecnologia e o incremento das relações interpessoais.

Assim, mesmo diante da implementação de diversas soluções de acesso à justiça, ainda assim o hipossuficiente não estaria devidamente incluído no sistema judiciário, e essa não inclusão ainda é mais acentuada nas pequenas causas e para autores individuais.

Cediço é que o Código penal traz em seu art. 21 que o desconhecimento da lei é inescusável e em sendo assim, cabe ao Estado fazer com que a norma chegue até o cidadão de maneira simples, de fácil entendimento e compreensão.

Dessa forma, o acesso à Justiça, deve ser tratado em sentido amplo, de forma que garanta a tutela e o acesso efetivo aos direitos dos envolvidos (COELHO; HOLTZ, 2020), uma vez que apenas garantir o ajuizamento da ação não traz efetividade, uma vez que esse procedimento puro e simples nem sempre traz uma prestação adequada, seja pelo fato de o requerente não conhecer os direitos que poderia ou não invocar, seja pela demora na prestação que ao final restou infrutífera.

## 4 Efetivação do acesso à justiça com o uso de técnicas de *visual law*

Com a leitura do tópico anterior, foi possível compreender que não basta apenas fornecer meios para que o cidadão ajuíze uma ação na Justiça, se ele desconhece o procedimento e as chances de ganho ou perda corroborado ao fato de que ele sequer entende as intimações que recebe.

Dessa forma, a implementação do Visual Law, levará ao entendimento de documentos complexos e das normas ao cidadão, que é seu destinatário, sendo esta uma forma efetiva de implementar o real acesso à Justiça, sem sentido amplo.

Isso se deve ao fato de que, o Legal Design e o Visual Law possuem a proposta de aproximar as pessoas da informação jurídica. E informar as pessoas com clareza que elas possam entender sozinhas aquilo que lhes diz

respeito, isso também é acesso à Justiça.

Crível salientar, que não se trata de suprimir a figura do advogado, e sim permitir que o destinatário da norma e dos instrumentos jurídicos consiga participar ativamente dos processos e negócios junto com os operadores do direito.

A revista internacional The Journal of Open Access to Law – JOAL dedicou duas de suas edições exclusivamente ao Visual Law. A autora Sigales-Gonçalves (2020b) realizou um levantamento das edições e constatou que as pesquisas apresentadas nas edições têm como principal escopo enfatizar a possibilidade do uso da Visual Law como instrumento de empoderamento e acesso à justiça.

Na visão de Sigales-Gonçalves (2020a) a técnica utilizada pelo linguista responsável pela elaboração dos documentos que contenham elementos do visual law e aliam recursos verbais e não verbais, opera enquanto simplificador da linguagem jurídica, facilitador de sua compreensão e promotor do acesso ao Direito e à justiça.

Essa visão é corroborada pela autora Hagan (2020) que o tem não apenas como um mecanismo de acessibilidade aos leigos, mas também como colaborativo com o trabalho interno da administração pública que envolve servidores e gestores.

Entretanto, é necessária uma reflexão acerca da real utilização dos recursos de visual law na efetiva extensão da compreensão do direito. Não basta que sejam incluídos gráficos, figuras, formas, ilustrações e tabelas se o "judiquês" se mantiver inacessível à maior parte da sociedade.

Uma outra reflexão importante, vinculada especialmente ao acesso à justiça, diz respeito à perda do significado das expressões e dos termos jurídicos. Há de se questionar se a transição entre o complexo para o simples far-se-á de forma correspondente ou se, durante o processo de simplificação dos termos e formalidades, perder-se-ão também a essência terminológica, assim como o sentido, senão o direito em si.

Dito isso, tem-se que não basta apenas oferecer mais informações ou simplesmente melhorar o acesso, uma vez que o verdadeiro desafio está em tornar o conteúdo compreensível, uma vez que ainda que tenhamos acesso às informações podemos não ser capazes de decodifica-las ou perceber sua importância (AGUIAR, 2022).

Cediço é que a população em geral não compreende o idioma jurídico e conforme já mencionado, a comunicação vem se dando cada vez e de forma mais visual e rápida. Sendo assim, a facilitação da linguagem

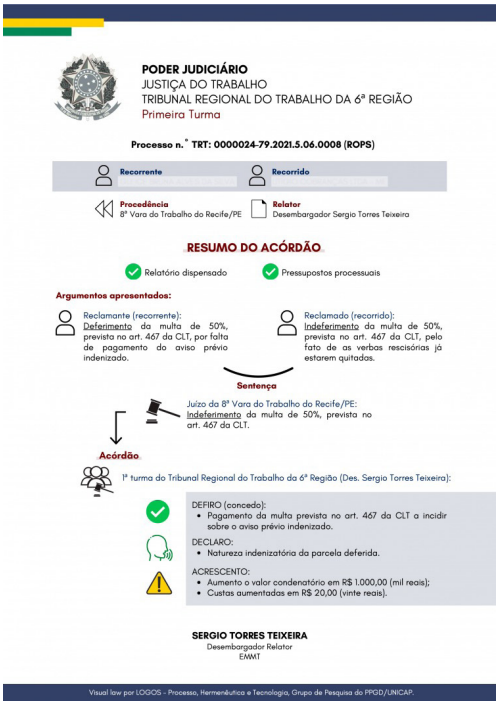
jurídica por meio do visual law já vem sido utilizada por alguns tribunais brasileiros.

Exemplo disso é o projeto Design TRT da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa, o qual possui uma forma de comunicação moderna e inovadora que aproxima o judiciário da sociedade. Trata-se de um trabalho voltado para o cidadão, com a finalidade de ganhar tempo e fazer com as pessoas vejam de forma mais rápida o resultado do processo, e que está sendo bem recebido por outros estados.

O Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região é outro exemplo, no qual há uma iniciativa piloto, qual seja, a inclusão de uma resumo em forma de esquema gráfico junto com o acórdão publicado no qual é mantido a sua formatação tradicional e elementos legais indispensáveis, sendo o esquema gráfico adicionado como forma de facilitar a compreensão do resultado do julgamento.

Assim, em sintonia com a promoção de acessibilidade e transparência e de forma a tornar a comunicação jurídica mais acessível aos cidadãos, em Pernambuco, o TRT6, acompanha a tendência de ampliação da utilização de novas ferramentas audiovisuais para facilitar a comunicação.

Figura 2. Resumo em Visual Law do acórdão. Fonte: TRT6



Assim, de acordo com RICHARD SUSSKIND (2013), para que as mudanças de paradigmas, como os exemplos acima, realmente ocorram de forma contínua, os serviços judiciais devem ser redesenhados.

Ou seja, uma nova configuração de pessoas, processos, tecnologias e espaços físicos que sejam centrados no usuário, devem ser colocados em práticas corroborado ao fato de que esta estrutura seja acessível, sustentável e superior ao que se tem hoje (AGUIAR, 2022).

## 5 Considerações finais

O acesso à ordem jurídica justa supõe, ainda, um corpo adequado de juízes, com sensibilidade o bastante para captar não somente a realidade social vigente, mas também as transformações sociais a que está submetida a sociedade moderna.

O acesso à justiça adequado às necessidades do país, deve ser possibilitado a todos, os obstáculos que surjam, seja os de ordem econômica, social ou cultural, devem ser removidos. Justiça gratuita, assistência judiciária, meios alternativos de solução de conflitos, informação, orientação e acessibilidade da linguagem jurídica, são serviços que se prestam para essa remoção de obstáculos.

É necessário pois, um acesso à ordem jurídica justa, com a observância do princípio do devido processo legal e seus derivados, e com a preocupação da correta aplicação do direito substancial e da verificação de sua adequação aos anseios sociais.

Atores até então excluídos desse mercado, os chamados consumidores da justiça, estão percebendo as vantagens na busca de seus direitos e terão uma participação ativa na chamada evolução disruptiva que estamos vivenciando. O conceito de Acesso à Justiça e suas diversas ondas renovatórias nada mais é que um movimento jurídico para que as regras processuais e o direito material estejam em constante evolução e atendendo aqueles para os quais foi criado: os consumidores da justiça.

Percebe-se então que, o profissional jurídico deve ser capaz de entender e atuar em um novo cenário do Direito, no qual o Direito aliado à tecnologia e ao design não é um futuro distópico e sim uma realidade presente, a qual está disponível para auxiliar na criação de uma justiça mais produtiva e acessível.

A comunicação jurídica deve acompanhar as mudanças culturais e deve auxiliar a população na compreensão de seus direitos, focando na

experiência do usuário.

O Visual Law é instrumento para permitir a evolução da comunicação jurídica mais centrada no humano, no usuário. O documento jurídico permanece com suas técnicas, porém de forma mais organizada e, também mais visual, sem palavras rebuscadas e elitizadas, para que seja compreensível pelo receptor da mensagem.

Dessa forma, o uso dessas práticas torna o acesso à informação jurídica mais igualitário e satisfatório. Assim, a utilização de técnicas de visual law é uma importante ferramenta de acesso à ordem jurídica justa.

## Referências

ARRABAL, A. K., Lupinacci, A. L. G. R., de Oliveira, B. F., Dill, F. M., Chechi, F. E., Costa, H., … da Silva Santos, R. M. (2021). **As múltiplas faces do design contemporâneo**. Editora BAGAI.

BEQIRAJ, J., & Mcnamara, L. (2014). **International Access to Justice:** Barriers and Solutions Bingham Centre for the Rule of Law Report. International Bar Association.

BUSCHEL, I. do A. O acesso ao direito e à justiça. In LIVIANU, R., coord. **Justiça, cidadania e democracia [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, p. 148-157, 2009. ISBN 978-85-7982-013-7. Available from SciELO Books.

CAIXETA, Ana Manoela Gomes e Silva; DOTTO, Anna Regina Tonetto; SANTANA, Bethania Sila. Visual law: ferramenta de acesso à justiça nos contratos cíveis. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo; OLIVEIRA, Ingrid Brabosa (org.). **Visual Law: Como os elementos visuais podem transformar o Direito.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2021.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, M., Garth, B. G., & Northfleet, E. G. (1988). Acesso à justiça (Vol. 19). Fabris Porto Alegre.

CARVALHO, P. de B. **Curso de Direito Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COELHO, A. Z.; HOLTZ, A. P. U. **E-book Legal Design / Visual Law – – Comunicação entre o universo do Direito e os demais setores**

**da sociedade.** Thomson Reuters. 2020.

DAKOLIAS, M. (1999). **Court Perfomance around the world: a comparative perspective**. Washington - DC.

HAGAN, Margaret. **Law by Design. 2017**. Disponível em > https://lawbydesign.co/>. Acesso em 23 dez 2021.

DE AGUIAR, Kareline Staut. Democratização do acesso à justiça: linguagem jurídica acessível e o direito visual. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª região**, p. 90.

HARARI, Y. N. **Sapiens – Uma breve História da Humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2015.

MORCHON, G. R. **Teoria del Derecho** (fundamentos de teoría comunicacional del derecho). Madrid: Civitas, 2013.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo:** com comentários sobre a virada tecnológica no Direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020.

O JURIDIQUÊS. *In*: TRUBILHANO, Fabio; ANTONIO, Henriques. **Linguagem Jurídica e Argumentação**: Teoria e Prática. 5. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2017. cap. 2.5, pp. 119-121.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um Direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101, p. 55-66, 30 maio 2014.

SOUZA, B., & Oliveira, I. (2021). **Visual Law: Como os elementos visuais podem transformar o direito** (R. dos Tribunais, Ed.). Retrieved from https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1250394967/visual-law-ed-2021. Acesso em: 20 de Setembro de 2021.

STOCHER, F. M., Freitas, M. F. C., & Langoski, D. T. (2019). A elitização da linguagem como obstáculo ao Acesso à Justiça. RELACult – **Revista Latino-Americana de Estudos Em Cultura e Sociedade**, 5(ed. especial, abr.2019, artigo no 1196), 1–8.

Capítulo 5

# FALSAS CONDENAÇÕES: A REPRODUÇÃO DE DEPOIMENTOS DE POLICIAIS EM JUÍZO E A CONDENAÇÃO EXCLUSIVA POR MEIO DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO

*Thiago Ferreira da Silva*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.77-90

## 1 Introdução

Um tanto quanto controverso é o valor probatório que se atribui aos depoimentos de policiais quando prestados como prova testemunhal na seara criminal.

Isso porque a prova testemunhal, em grande parte dos processos criminais, é a única prova direta ou a principal sobre o fato delituoso, principalmente quando da prisão em flagrante nos crimes de tráfico de drogas.

A forma pouco crítica e o conformismo em que se é relacionada a confiabilidade da dessa prova é circunstancial, mormente quando vier apenas para corroborar com os elementos de construção acusatórios produzidos na investigação.

Não é nada óbvio lembrar que não há hierarquia entre as espécies de provas no processo penal, bem como a atribuição de valor absoluto ou maior prestígio a determinadas provas produzidas.

Dessa forma, analisar na prática o disposto contido no artigo 155 do Código de Processo Penal é elementar, tendo em vista que os elementos informativos produzidos na fase de investigação não podem ser utilizados de forma exclusiva sem que o magistrado aponte outros motivos

1 Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-Graduado em Direito Processual Penal pela Anhanguera-Uniderp (LFG). Pós-Graduado em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pelo Instituto Damásio de Direito. E-mail: thiagoferreira.minas@hotmail.com.

e fundamentos que sustentam aqueles, além de serem reproduzidos sob o crivo do contraditório efetivo.

A pedra de toque, portanto, consiste na análise da simples exigência de confirmação em juízo dessa espécie de depoimento prestado na fase de investigação preliminar, sob o manto do contraditório como forma de maquiar a proibição de condenação exclusiva nos elementos informativos colhidos no procedimento investigatório.

É de fundamental importância estabelecer quando a fala dos policiais constituirá prova idônea para ser o alicerce de uma condenação penal, bem como se esses elementos, agora reproduzidos em juízo, por si só, servem como fundamentos para a convicção do julgador.

Cabe ressaltar que, a filtragem constitucional quando da produção da prova é de observância obrigatória.

A simples confirmação em juízo das palavras dos policiais, prestado na fase de investigação ou quando meramente confrontado com o interrogatório, atribuindo genericamente maior valoração daquele, é nada mais do que um engodo para condenar.

## 2 A prova testemunhal e seu valor probatório no processo penal

Testemunha nada mais é "o indivíduo que, não sendo parte nem sujeito interessado no processo, depõe perante um juiz sobre fatos pretéritos relevantes para o processo e que tenham sido percebidos pelos seus sentidos". (BADARÓ, 2020, p. 556).

Badaró (2020, p. 556) esclarece ainda a distinção entre testemunhar e depor:

> Testemunhar é presenciar algo, isto é, ter contato com um determinado fato. Depor é declarar perante o juiz o que foi presenciado, isto é, reproduzir o que os sentidos perceberam. A pessoa que presenciou um fato relevante para o processo é testemunha. Já o depoimento é o ato por meio do qual a testemunha narra em juízo os fatos que presenciou.

Importante contextuar que a prova no processo penal foi inserida em uma época em que prevalecia uma estrutura tipicamente inquisitória inspirada no modelo processual fascista italiano, e como não houve uma reforma inteira do atual código, resta resquícios desse modelo em boa parte do código.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, deve-se

olhar para a teoria da prova numa proposta democrática que suplica uma garantia do devido processo penal constitucionalizado efetivo.

Um direito processual constitucional consiste, como bem esclarece Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2011, p. 85), em:

> A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma nome de direito processual constitucional.
>
> Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.
>
> O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

Observa-se, portanto, a devida importância da forma metodológica e sistêmica em que o filtro constitucional estabelece ou tutela os princípios constitucionais como instrumentalização do direito material.

No que tange especificamente ao processo penal, algumas peculiaridades ficam mais evidentes, e, por essa razão, o regime constitucional se impõe, conforme aponta Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 84), ao destacar que:

> Todo o direito processual, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Não se deve olhar, portanto, para uma relação processual fechada e sim numa estrutura sistemática, dialética e hierarquizada, deve sempre haver uma conferência da norma infraconstitucional com os pressupostos constitucionais.

Para tanto, o *standard* probatório processual penal brasileiro não deve ser mitigado ou ao mesmo flexibilizado pelo subjetivismo dos julgadores. Com base na lição de Lima (2014, p. 553) podemos compreender que "Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real", continua a dizer que:

> A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na

> fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica.

Não obstante, é fundamental distinguir, para uma compreensão mais adequada da estrutura probatória, o que é prova e elementos informativos, para, então, situarmos na vedação contida no artigo 155 do Código de Processo Penal.

A distinção é clara, e a sua compreensão é por demais necessária, Lima (2014, p. 550), explica que:

> A palavra **prova** só pode ser usada para ser referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o comando do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não seja produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de prova.
>
> Por outro lado, **elementos de informação** são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que, nesse momento, ainda não há falar em acusados em geral, na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Não obstante, tais elementos informativos são de vital importância para persecução penal, pois podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado, bem como auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação.

Percebe-se, portanto, os momentos distintos em que os elementos de informação e de provas propriamente dito são produzidos, com destinação e finalidade bem característicos, sobretudo, observado a forma em que são produzidos.

Enquanto na fase de investigação os elementos informativos não se exigem a participação dialética das partes, as provas pressupõem, obrigatoriamente, ao contraditório e a ampla defesa, ressalvados aqueles elementos não repetíveis ou antecipadas em razão da sua natureza e oportunidade que devem ser realizados anteriormente a fase processual, ante o risco de perecimento da prova.

O valor dos elementos colhidos na fase de investigação são valores relativos pois, precisam ser repetidos judicialmente para que sejam admitidos como provas no processo penal e, assim, municiar o julgador.

Lado outro, não se pode conferir maior valor probatório ou credibilidade qualquer prova produzida, tanto em razão da espécie quanto

da pessoa que a produz, as provas não terão maior prestigio que a outra, raras são as provas tarifadas.

Sobre a capacidade de testemunhar, Cunha e Pinto (2019, p. 599), aponta que: "Considera-se testemunha a pessoa física que, em juízo, declara o que sabe sobre os fatos em litígio no processo penal".

A regra do artigo 202 do Código de Processo Penal pressupõe que toda pessoa poderá ser testemunha. Dessa forma, a princípio, não há que falar em restrição quanto a quem pode prestar depoimento como testemunha.

Chama a atenção, todavia, os prestados por agentes de segurança pública, ainda mais quando tenham participado ou efetivado a prisão de alguém.

É importante ressaltar que a prova testemunhal, muito em razão da ineficiência de outros meios de provas admitidos, acaba por tornar o principal meio de prova no processo penal brasileiro.

Conforme aponta Lopes Júnior (2015, p. 463), além de ser o meio mais utilizado como prova, inevitavelmente, passa a ser a principal fundamentação das decisões penais, principalmente para condenar:

> Com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira – em regra, tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do nosso processo criminal. Em que pese a imensa fragilidade e pouca credibilidade que tem (ou deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutória proferidas.

A testemunha presta, portanto, para descrever o fato criminoso, reconstruir um fato passado perante a autoridade judiciária. Lima (2014, p. 651) argumenta que "A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo".

Por essa razão, a reconstrução do fato criminoso não pode se basear ou dar maior valoração, tão somente, em determinado tipo de prova, principalmente, o testemunho do policial, isso porque deve-se buscar a maior aproximação da realidade fática, tendo em vista que a busca da verdade material não se sustenta, pois, a verdade não tem dono e cada um ver a verdade de acordo como ela se apresenta, em contextos diferentes e valores pessoais diferentes.

As testemunhas, de acordo com Cunha e Pinto (2019, p. 600) podem ser classificadas da seguinte forma:

> As testemunhas podem ser *numerárias*, ou seja, aquelas arroladas pelas partes e que devem depor sob compromisso; ou *extranumerárias*, que são ouvidas, de ofício, pelo juiz, segundo faculdade contida no art. 209, sendo também compromissadas. Podem ser, também, *informantes*, isto é, pessoas que, a priori, não estão obrigadas ou mesmo estão proibidas de depor (arts. 206 e 207), ou aquelas referidas no art. 208. Nestas hipóteses as testemunhas não são compromissadas. Há também a testemunha *referida*, que é aquela mencionada no depoimento de outra testemunha, cuja a oitiva fica a critério do juiz (art. 209, § 1º). No que concerne ao modo, pode a testemunha ser *instrumental* (também chamada de testemunha imprópria), ou *judicial* (conhecida como testemunha própria). A primeira é chamada para assistir a realização de algum ato jurídico, atestando-lhe a veracidade e a licitude. Assim, por exemplo, a testemunha que, em juízo, afirma ter presenciado a confissão policial do réu. Já a testemunha judicial é aquela que depõe sobre fato objeto do processo. Dá-se o nome de testemunha *direta* (ou de visu), àquela que depõe sobre fato que assistiu; e, *indireta* (ou de auditu ou testemunha de segundo grau, segundo Carneluti), a que depõe sobre fatos que ouviu dizer.

Além das nuances em torno das diferentes formas em que a prova testemunhal pode se reproduzir, em um contexto amplo de provas, de acordo com o item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, não existe hierarquia entre as provas, veja-se:

> [...] nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. (BRASIL, 2012, p. 368).

Do mesmo modo, o juiz fica adstrito ao acervo probatório produzido nos autos, deve apreciar, dentro do seu livre convencimento (o que não quer dizer puro capricho de opinião) todas as provas, sem preferir essa ou aquela arbitrariamente.

Não de outro modo, afirmam Távora e Alencar (2012, p. 456), que o valor da prova testemunhal, a princípio, como sendo meio probatório como qualquer outro, também tem valor relativo.

> Sendo meio probatório como outro qualquer, o valor da prova testemunhal é relativo. Como o art. 202 do CPP assegura a liberdade na seleção da testemunha, dizendo de forma genérica que toda pessoa poderá figurar como tal, salvo as hipóteses legalmente estabelecidas, o depoimento infantil e de policiais não devem ser afastados de pronto, cabendo valoração de acordo com o contexto probatório.

Todavia, na prática, um tanto quanto controverso é o valor

probatório que se tem conferido ao depoimento de policiais que, em regra, podem depor sobre os fatos que presenciaram ou tenham conhecimento, mas não é aconselhável que essa espécie de depoimento seja analisada sem vincular ao contexto probatório, atribuindo assim a devida credibilidade da prova.

## 3 Depoimento dos agentes de segurança pública: valoração absoluta?

É necessário observar o processo penal dentro de uma estrutura sob o crivo de um contraditório, mas que seja um contraditório realmente efetivo.

Vale dizer que, o contraditório efetivo é aquele que tem a capacidade de mudar a convicção do juiz, o que é diferente de tão somente oportunizar o momento de fala, e somente com a judicialidade é que se tem a prova testemunhal.

O depoimento prestado no âmbito do inquérito policial não é considerado com valor probatório, conforme enfatiza Fernandes (2019, p. 266), essa concepção de eficácia probatória dos elementos produzidos em procedimentos administrativos, que por sua natureza inquisitorial limita a participação das partes e afasta a atuação do juiz, não podem ter força condenatória:

> Considerando a forte relação entre prova e contraditório, conforme já preceitua o artigo 155 do Código de Processo Penal, depoimentos ou reconhecimentos produzidos unicamente na fase de investigação preliminar não constituem prova idônea para legitimar a condenação penal, visto que tais elementos não são produzidos com a presença de um contraditório efetivo e equilibrado e nem do direito ao confronto.

Isso nada mais é que o processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari, de acordo com Lopes Jr. (2017, p. 223) consiste em ser:

> O procedimento se legitima por meio do contraditório e deixa de ser uma mera concatenação de atos, formalmente estruturados, para tornar uma nova dimensão. O núcleo fundante do pensamento de Fazzalari está na ênfase que ele atribui ao contraditório, com importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes.

Tal teoria, na prática, representa a igualdade de condições e

possibilidades efetivamente dos direitos e garantias fundamentais numa perspectiva lógica constitucional consubstanciada na presunção de inocência.

O enfoque constitucional do referido princípio se destaca porque a estrutura processual penal vigente, está enraizada e influenciada na Escola Positiva Italiana, ou seja, numa relativização da presunção de inocência. Aponta Moraes (2010, p. 209) que:

> Dessa forma, muito mais do que afirmar que não há presunção de inocência no código de processo penal, elaborado em 1940 e ainda hoje vigente, o que se deve ter em mente, devido àquela clara e direita influência positivista italiana, é que o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência. Está forjado estruturalmente com base na concepção de que o que há é uma "presunção de culpa" e sempre um inimigo a ser perseguido e punido.

Para coadunar com a estrutura apontada e ainda destacar a subjetividade e vagueza quanto a aplicação do princípio, Fernandes (2019, p. 127), explica:

> Portanto, ainda que a Constituição de 1988 tenha mitigado a tradição autoritária introduzida pelo CPP de 1940, o *standart* probatório brasileiro ainda é obscuro e relegado ao subjetivismo dos julgadores, sem uma via procedimental previamente delineada a seguir. O Conceito de presunção de inocência é bastante vago e impreciso e não consegue proteger a higidez de um *standart* rígido, dirigido a dificultar ao máximo falsas condenações.

Assim sendo, existe uma relação íntima do princípio da presunção de inocência com as normas do direito processual penal que não deve ser esquecida, pois norteia todo um sistema de comandos.

Como explica Aury Lopes Jr ao citar Fazzalari "O contraditório, na concepção do autor, deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades" (LOPES JR., 2017, p. 223).

Por isso, o desenvolvimento do procedimento não pode ser esgotado em um único ato, mesmo que o depoimento de um agente de segurança pública tenha uma consistência probatória relevante, as outras provas, devem estar conexamente vinculadas para que o contexto de valoração daquele depoimento prestado possa ser considerado como prova.

Isso porque, é comum o testemunho policial ser o único ou o principal meio de prova a fundamentar uma sentença condenatória.

Como bem assegura Carnelutti (2009, p. 68):

> Todos sabem que a prova testemunhal é a mais enganosa de todas as provas; a lei a rodeia de muitas formalidades, que desejavam prevenir os perigos; a ciência jurídica chega até o ponto de considera-la um mal necessário; a ciência psicológica regula e inventa inclusive instrumentos para sua valoração, ou seja, para distinguir a verdade da mentira, mas o melhor modo de garantir o resultado tem sido e sempre será o de reconhecer na testemunha um homem e conceder-lhe o respeito que todo homem merece.

Reconhecer na testemunha um homem significa dizer que ele é falível nas suas afirmações, na sua capacidade de reconstituir um fato criminoso, imbuído por suas tentações, interesses, capacidade intelectual para descrever e elucidar de forma detalhada, o caminho percorrido.

Assim, sustentar uma condenação utilizando substrato probatório somente o testemunho do policial é temerário e por si só, não se deve valorá-lo como prova suficiente em processo penal, pois viola o contraditório e a ampla defesa, isso porque não pode ser analisado de forma isolada, sendo necessárias nos autos outras provas para fundamentar uma condenação.

A ideia é evitar condenações que sejam exclusivamente em depoimentos policiais, uma vez que é evidente a violação de garantias constitucionais. Afinal, se foram os agentes que fizeram a prisão, como eles iriam testemunhar objetivamente sobre seus próprios atos?

A simples condição de policial não traz garantia de ser o mesmo considerado infalível em suas ações, **é muito corriqueiro** na seara penal ver juízes e promotores utilizarem a expressão de que o policial revestido na função pública, traz fé pública. Nessa premissa, inclusive, condena-se pelo fato de que a defesa não foi capaz de provar ao contrário, numa clara inversão do ônus da prova, fazendo com que a fala do policial se presume verdadeira.

Sendo assim, a defesa ficaria limitada ao que exclusivamente foi produzido pelos policiais envolvidos na prisão em flagrante, e não ao que foi produzido nos autos, o que gera como consequência a mitigação do contraditório e a ampla defesa.

Vale ressaltar que a presente intervenção tem como objetivo levantar hipóteses ou dúvidas sobre a atuação policial ou que este age escorreitamente para incriminar falsamente o acusado. No entanto, não se pode conferir valor probatório mais elevado em suas falas se as provas não são suficientes para condenar, não pode valorar, e assim considerar como uma única prova a objetividade de buscar uma condenação a qualquer

custo.

Não diferente aponta Rosa (2017, p. 778) ao afirmar que "o depoimento dos policiais é acolhido como sendo válido sem maiores questionamentos, mas devem ser considerados como mais um elemento probatório, nem melhor, nem pior".

Pois na verdade, estaria infringindo o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, que veda a utilização pelo juiz, exclusivamente, dos elementos do inquérito para fundamentar sua condenação.

A repetição dos depoimentos prestados pelos agentes de segurança pública em juízo se trata de um engodo processual, é forma de burlar o disposto normativo fazendo acreditar que daquela forma foi garantido o contraditório.

Conforme abordado, não há efetividade no contraditório em nenhum momento processual quando tais depoimentos são, simplesmente, confirmados na fase judicial.

A propósito Lopes Jr. (2015, p. 470) é enfático ao dizer que "[...] Busca, com isso, judicializar a palavra dos policiais para driblar a vedação de condenação "exclusivamente" (art. 155 do CPP) com base nos elementos informativos colhidos na investigação".

Outra contribuição digna de nota feita por Lopes Jr. (2015, p. 470) está no sentido de que:

> No fundo, é um golpe de cena, um engodo, pois a condenação se deu, exclusivamente, com base nos atos da fase pré-processual e no depoimento contaminado de seus agentes, natural e profissionalmente comprometidos com o resultado por eles apontado, violando o disposto no art. 155 do CPP. Portanto, se não há impedimento para que os policiais deponham, é elementar que não se pode condenar só com base nos seus atos de investigação e na justificação que fazem em audiência.

Não obstante, para encorpar a fundamentação condenatória ao destacar o depoimento prestado na fase de investigação e confirmado em juízo, utiliza-se de expressões vagas, gerais e abstratas, tais como, 'consubstanciado com os outros elementos de provas', sem, contudo, apontar quais seriam esses outros elementos.

A mera repetição da fala dos policiais em juízo, repisa-se, trata de uma manobra processual, que em nada contribui para elucidar um fato passado, é forma de mascarar o disposto no artigo 155 do CPP, fazendo acreditar que daquela forma foi garantido o contraditório.

Não basta a singela afirmação de que tais depoimentos foram prestados sob o crivo do contraditório e, assim, merecedor de maior credibilidade, isso porque na realidade não é bem assim, qual o contraditório que é estabelecido sendo que o depoimento prestado no inquérito é integralmente lembrado pelo Ministério Público e que apenas se confirma o histórico de ocorrência?

A prova pressupõe procedimento em contraditório e não há contraditório possível onde somente o que prevalece são as palavras dos policias responsáveis pela lavratura do flagrante. Contraditório não é só a oportunidade de falar sua versão, mas a possiblidade de, efetivamente, influenciar na decisão do magistrado.

São necessárias outras provas nos autos para fundamentar uma condenação, pois assim como todas as espécies de provas prevista pelo Código de Processo Penal tem valor relativo, isso significa dizer que os depoimentos policiais, apesar de prestigiados pela jurisprudência, não podem ser analisados de forma isolada, isso porque, como bem alerta Fernandes (2019, p. 212) "De outro giro, não se pode atribuir credibilidade presumida a essa espécie de depoimento, visto que não se trata de terceiro totalmente isento".

Diante disso, "intricada discussão sobre a capacidade de saturação do testemunho do policial militar, poderia ser facilmente superada por meio de medida simples, como filmagem da diligência e do momento da apreensão da droga, como por exemplo, no crime de tráfico de drogas". (ROSA, 2017, p. 780)

## 4 Conclusão

A vedação contida no artigo 155 do Código de Processo Penal trata-se da condenação fundamentada exclusivamente com base nos elementos informativos colhidos na fase de investigação.

Com isso, a questão da reprodução de depoimentos prestados por policiais em juízo, evidencia o manejo processual para, maquiar, sob o argumento do contraditório judicial, a convicção do juiz pela livre apreciação da prova, que na verdade é feito sobre os elementos de investigação, para então sustentar uma condenação.

De fato, em regra, as provas produzidas no âmbito do inquérito policial ou por outra forma de investigação preliminar não comporta o contraditório e a ampla defesa, por essa razão que se vê na necessidade

de repetição em juízo daquilo que foi produzido na fase de investigação, exceto quando se tratar de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nesse contexto, a prova testemunhal ganha maior importância por ser o meio de prova mais utilizado, bem como mais manipulável, no entanto, não significa dizer que essa repetição enseja apenas confirmação daquele depoimento prestado em sede de investigação, bem como para servir de comparação com a autodefesa.

O processo penal não se presta à única hipótese de sopesar o poder de convencimento das falas dos policiais com a do acusado.

Assim, os depoimentos dos policiais devem ser cotejados com outros elementos de provas já existentes nos autos e não devem ter relevância maior do que qualquer outra prova. Como esses depoimentos figuram como única prova em boa parte dos processos penais, não podem servir, por si só, suficientemente para sustentar um decreto condenatório, pois não há dúvida que o depoimento do policial, em um primeiro momento, serve para atestar a legalidade de sua atuação.

Se serve para atestar sua atuação conforme a legalidade, ele tem interesse, e como a testemunha não pode ser sujeito interessado no processo, naturalmente que se tenha uma descaracterização da prova testemunhal.

Caso contrário, fica evidente tratar-se de violação da norma processual penal prevista no artigo 155, uma vez que a condenação se deu, na verdade, exclusivamente, com base nos atos produzidos da fase de inquérito, além de atribuir valor absoluto na fala e atuação do policial, sob o argumento de ser revestida de fé pública em razão da função.

Não há que se falar em hierarquia probatória no processo penal, nenhuma prova vale mais do que a outra, independentemente da sua espécie, bem como que, toda atuação no âmbito penal e processual penal deve ser impulsionado em observância aos comandos revestidos de valores constitucionais e convencionais, de forma a limiar o braço armado do estado frente ao acusado.

O sistema de persuasão racional ou do livre convencimento, conforme o conteúdo disposto no artigo 157 do Código de Processo Penal, é o acolhido pela norma processual brasileira.

O juiz formará a sua convicção sobre os fatos pela livre apreciação das provas produzidas nos autos sob o crivo do contraditório efetivo, bem como da demonstração das motivações que conduziram o magistrado à aquela conclusão.

No entanto, essa espécie de depoimento, conforme aponta a doutrina, deve ter um ponto de convergência intermediário, nem extremista ao ponto de ser descartado nem por demais valorativo, e sim, aplicar com a efetividade devida, a regra probatória, preponderando seu valor relativo.

## Referências

ANTÔNIO, Carlos de Araújo Cintra, ADA, Pellegrini Grinover e CÂNDIDO, Rangel Dinamarco. **Teoria geral do processo.** 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal,** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal/** organização Luiz Flávio Gomes; 14 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 20

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**, São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Código de processo penal e Lei de execução penal comentados por artigos.** 3 ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração.** 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES. Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues**. Curso de direito processual penal**. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2012.

Capítulo 6

# BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DE PRECEITOS DEMOCRÁTICOS

*Monique Alexandrina Ferreira Costa*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.91-102

## 1 Introdução

O presente capítulo propõe a análise da interpretação do Direito Civil, ramo do direito que rege relações predominantemente particulares, sob uma perspectiva constitucional democrática, diante da releitura necessária do direito privado em uma dimensão contemporânea cuja democracia é o núcleo fundamental da estrutura política e as relações particulares não mais refletem o modelo liberalista, em que prevalecia centralmente o princípio da autonomia da vontade, dissociada de intervenção estatal.

Com a transição para o Estado Social e sua constante evolução, os direitos privados tomaram uma nova concepção, atentando-se aos interesses sociais e aos reflexos externos das relações interpessoais, não sendo mais o direito civil um mero instrumento regularizador individual de interesses.

Outrossim, dentro do que se pode traduzir modernamente como uma concepção social-democrática das relações privadas, tais relações passaram a efetivar enfaticamente as funções constitucionais-sociais, onde prevalece a proteção dos valores e garantias fundamentais emanados da Constituição Federal e axiomas que excedem à relação dos interesses meramente patrimoniais priorizando, sempre, a harmonia e bem comum social, ainda se tratando de relações privadas e lineares.

1 Graduada em Direito pela FASPI/CEASF. Pós graduada em Direito Civil pela Faculdade Internacional Signorelli. Graduanda em Filosofia pela Uninter. E-mail: moniquecosta.adv@gmail.com.

Democracia, em uma concepção mais restrita, remete a um *status* essencialmente político, o que de fato, é questão de extrema importância no Estado de Direito. Entretanto, um conceito democrático mais amplo, deve ser interpretado em estreita intersecção com os direitos fundamentais, já que em uma sociedade democrática, os representantes eleitos pelo povo, devem propor e garantir a observância da Constituição Federal e assim, todas as relações jurídicas devem considerar uma visão unitária do ordenamento jurídico.

A sistemática jurídica estabelecida pela Constituição da República de 1988, confere à todos os indivíduos uma gama de direitos e garantias fundamentais, uma vez que a base da democracia se traduz na efetiva participação dos cidadãos não somente nos poderes estatais, e na atuação direta ou indireta em questões governamentais, mas também na atuação geral como membros de uma sociedade democrática, agindo cada qual, individualmente de forma a harmonizar, em seus atos privados, o bem comum social, conforme as diretrizes legais estabelecidas pelos representantes os quais elegeram.

Logo, importante é a intertextualização entre os preceitos fundamentais constitucionais com os requisitos presentes no Código Civil Brasileiro, lei regente das relações privadas, preservando sempre os ideais democráticos, ou seja, a prevalência dos ditames fundamentais (direitos, princípios e garantias), como forma de manter a justa ordem social constitucional.

A abordagem do tema possui, portanto, pertinência e relevância, na medida em que propõe uma compreensão da celebração das relações e negócios interpessoais, atendendo não só às disposições contidas no Código Civil, mas também, observando os preceitos essenciais pátrios, como forma de tutela do Estado nas relações privadas.

Entretanto, para a efetivação destes pressupostos, não basta apenas estar positivado o direito na Lei Maior, é necessário que os próprios indivíduos atuem ativamente juntamente ao Estado, nas suas relações particulares, atendendo também a legislação infraconstitucional que já está atenta à tais perspectivas (pode-se citar o artigo 57 do Código Civil que trata sobre o reconhecimento em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto de associações) para que a aplicação dos direitos fundamentais, não seja apenas uma mera teoria política, esperada somente da função estatal.

A observância dos preceitos fundamentais como forma de efetivação da democracia é direito e dever de todos, inclusive em relações horizontais, ou seja, estabelecida entre indivíduos de iguais direitos e deveres, contrariamente à relação vertical, cujo Estado possui prerrogativas acima do particular pautadas na prevalência do interesse público sobre o privado.

Isto posto, pretende-se aproximar as relações privadas dos preceitos basilares constitucionais, para excelência do funcionamento do Estado Democrático, pois, é somente nele que todas as forças de poder se realizam com justiça e dignidade, para o bem das partes e do todo, onde a democracia se realiza como fim comum à sociedade, justificando inequivocadamente a pertinência da abordagem do presente tema.

## 2 Considerações históricas e do conceito democrático e do direito privado

O Estado Democrático tal como é conceituado hodiernamente, (em que pese o embrião de constitucionalismo e democracia identificado nas cidades-estados gregas na antiguidade clássica[2]), surgiu como uma reação ao autoritarismo estatal da Idade Média, pelo que a prevalência dos preceitos constitucionais fundamentais podem ser entendidos como uma aliança entre indivíduo e Estado e não só como uma atuação unilateral deste último como um provedor e efetivador isolado dos direitos do povo, pois, é essencial a responsabilidade individual de observância dos preceitos fundamentais, ainda que se trate de relações patrimoniais e horizontais (entre indivíduo-indivíduo).

De acordo com Lenza (2020), buscando evitar o autoritarismo exagerado, surgiu, portanto, o conceito de Estado Liberal, ou liberalismo, tendo como fundamento básico a não intervenção estatal principalmente nas relações sociais e econômicas (liberdade formal), objetivando dar maior liberdade aos indivíduos (autonomia da vontade patrimonial em primeira preocupação, codificações de direito privado).

Segundo Wald (2005), a reação do liberalismo individualista do século XIX, concedeu aos indivíduos ampla liberdade no plano contratual[3]. Cita o referido autor que foi admitida a onipotência dos indivíduos na

2 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Editora Saraiva, 2020.

3 WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos. Ed. Saraiva 16ª Edição. São Paulo, 2005. p. 189.

administração e disponibilidade dos bens, garantindo amplo direito de propriedade e faculdade de contratar da melhor parte que conviesse às partes[4].

Assim, com a premissa de não intervenção estatal, percebeu-se que a liberdade desvinculada do apoio estatal, gerava imensa desigualdade, as relações particulares eram regidas pela "lei do mais forte", necessitando de restrições em virtude de ordem pública, traduzindo a projeção do interesse comum nas relações interindividuais. Assim, tornou-se imperativo a interferência estatal, bem como a observação dos direitos, princípios e garantias fundamentais, como forma de harmonizar as relações privadas, objetivando o bem comum idealizado pelo Estado Democrático.

Assim, necessária foi a intervenção estatal para garantir os direitos sociais ditando regras que limitassem os espaços e direitos de cada um para que houvesse uma organização social mais harmônica, pois o liberalismo era marcado pelo individualismo e valorização exacerbada da propriedade privada, gerando concentração de renda e exclusão social.

Desenvolve-se, então, o Estado Social de Direito, que coloca como preocupação primordial o indivíduo como centro de qualquer relação jurídica e não mais o patrimônio tão somente. Neste momento, o indivíduo passa a garantir sua isonomia perante as normas sociais, valores e acepções políticas que visavam a positivação de direitos fundamentais, justiça distributivas, valores sociais e do trabalho, pautados na igualdade e coletividade e não mais no individualismo.

Assim, evidente que o Direito Civil e todos os microssistemas dele advindos, se reestruturaram com pauta em direitos inerentes à democracia consolidados pela Constituição, devendo prevalecer também nas relações do Estado com o indivíduo e entre particulares, com o objetivo de harmonizar o interesse comum, ainda que os negócios privados versem sobre direitos inerentes somente aos contratantes, pois a supremacia democrática abrangem os direitos fundamentais individuais e coletivos, conforme previsão do Capitulo I do Título II da Constituição da República do Brasil de 1988 – Dos direitos e deveres individuais e coletivos.

A própria liberdade de contratar, por exemplo, deve ater-se aos princípios e direitos fundamentais, porquanto embora o conteúdo do contrato deva ser cumprido – *pacta sunt servanda* – não pode haver acordo com desigualdade degradante ou que atente contra o interesse comum e nem contra a dignidade daquele que o celebra. Embora os requisitos

4 Ibidem 3 – p. 190.

do negócio jurídico, por exemplo, estejam expressos no Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 104, sendo, capacidade daquele que celebra o negócio; a licitude, possibilidade, a determinação do objeto do negócio e obediência às determinações legais, algo mais deve ser observado para validade dos negócios e atos jurídicos, como por exemplo, exigência de boa-fé, função social da propriedade e a proteção contra cláusulas abusivas (estas últimas protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor, microssistema privado).

O diploma civil principal não faz menção expressa à observação de todos os preceitos fundamentais constitucionais em seu texto expresso, entretanto, diversos preceitos estão implícitos em todo tipo de ato e negócio jurídico, tendo em vista que todo o ordenamento jurídico deve obedecer às normas fundamentais constitucionais, sendo estas, máximas no Estado de Direito. Assim, relevante a aplicação dos princípios, direitos e garantias constantes na Constituição da República do Brasil de 1988, quando da aquisição e alienação de patrimônio e celebração de negócios e contratos entre particulares.

## 3 A constitucionalização do direito civil e suas implicações nas relações privadas

Conhecida como a "Constituição Cidadã", a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou o ordenamento até então vigente, sedimentando um rol de direitos e garantias fundamentais de modo a concretizar as pretensões e fundamentos do estado democrático, conferindo aos cidadãos uma gama de direitos e deveres individuais e coletivos, respaldando o indivíduo de abusos e autoritarismos e consagrando preceitos tais como a igualdade, liberdade e fraternidade e protegendo patrimônios jurídicos tais como a vida, a liberdade e a propriedade, não só do indivíduo subjetivamente, mas, da sociedade como um todo.

A derradeira e atual Constituição, portanto, assumiu o centro do sistema jurídico brasileiro e, acompanhando essa evolução, as normas jurídico-civilistas, também precisaram se adequar à nova ordem constitucional, para que coexista com ela e com os demais sistemas normativos infraconstitucionais, harmonicamente.

Mais exatamente quanto aos princípios que dispõem sobre a liberdade de contratar e obrigatoriedade contratual, houve grandes mudanças, sendo tais questões essencialmente privadas, relativizadas com

a inserção no ordenamento jurídico dos princípios contratuais da boa-fé e função social do contrato.

A dita constitucionalização do Direito Civil, segundo Schöning (2012), nada mais seria do que a adequação das normas civis infraconstitucionais aos princípios normatizados pela Constituição Federal, ou seja, uma reestruturação de todos os sistemas jurídicos nas bases normativas contidas na Constituição Federal[5]. O Código Civil que anteriormente dispunha de princípios e interesses quase que totalmente individuais com enfoque patrimonial, precisou se "constitucionalizar", adequando-se à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que introduziu uma nova forma de interpretação das disposições contratuais, que passaram a fundamentar toda a teoria geral agora com o indivíduo no centro de qualquer relação jurídica.

O Estado, portanto, passou a interferir nas relações privadas, com o objetivo de efetivar a isonomia social e fazer preponderar o bem da coletividade, sobretudo, acima das liberdades interindividuais, preceitos estritamente constitucionais-democáticos.

Ademais, segundo entendimento de Schöning (2012) com a democratização advinda da Constituição em tema, ocorre a concatenação de todas as áreas do Direito, não mais havendo uma distinção direta e isolada entre direito público e privado, uma vez que estão todas sob a égide do Estado Democrático, sendo, todos os temas, ligados aos direitos fundamentais, vez que o objetivo primordial é proteger os interesses dos cidadãos como entes estatais[6]. Nesse viés, Schöning cita Paulo Dourado de Gusmão que assevera o seguinte:

> A bipartição romana do direito em 'público' e 'privado' não corresponde mais à realidade jurídica e à complexidade da sociedade moderna. No mundo atual, entre esses dois grandes e tradicionais campos do direito se encontra o direito misto, seja por tutelar tanto o interesse público ou social como o interesse privado[7].

Ou seja, no Estado Democrático, sob a tutela de direitos humanos e garantias fundamentais delineadas por uma constituição central, todos os direitos estão interligados, inclusive o direito civil, pois todos devem concatenar com os ditames constitucionais.

Assim, a adequação do Direito Civil aos ditames constitucionais

5 Schöning, Raquel. A constitucionalização do direito civil, a normatividade dos princípios constitucionais e a nova principiologia dos contratos. Revista Jurídica, 2012.

6 Idem 5.

7 Idem 5.

trouxe um novo modelo de normas jurídico-civilistas, positivando os princípios garantidores dos direitos fundamentais e da pessoa humana em seu texto constitucional, com efeitos em toda seara jurídica, afetando, inclusive os direitos civis contratuais, trazendo à tona diversos princípios que estão além da liberdade de contratar e obrigatoriedade contratual.

A interpretação do Direito Civil juntamente com os ditames constitucionais, como forma primordial do Estado interferir positivamente nas relações jurídicas lineares, traduz uma nova expectativa jurídica, pautada nas relações públicas interligadas às privadas, sempre em consonância com a Constituição da República que, como norma central do ordenamento jurídico de um Estado Democrático, busca em primeiro lugar o bem estar social e o tratamento do cidadão como um sujeito de direitos fundamentais e garantias, que devem ser observadas não só nas relações entre Estado e individuo, mas também nas relações lineares.

O Título II da Constituição, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, traz o cerne do Estado Democrático, vez que traduz os principais Direitos e Garantias Fundamentais conferidos aos cidadãos em toda e qualquer tipo de relação.

Em apertada síntese, o Estado é aquele que possui como norma fundamental uma Constituição, ou seja, uma Lei Magna que além de limitar o poder do Estado, evitando abusos e autoritarismos, promove a organização política e funcionamento de todo o Estado, garantindo o cumprimento de normas, inclusive sobre direitos humanos e garantias fundamentais inerentes à todos os indivíduos.

A liberdade de propriedade, por exemplo, direito particular de cada indivíduo, é assegurada, desde que, resguardadas as necessidades de interesse social e ressalvada a sua função social conforme asseveram os dispositivos constitucionais e civis.

As relações lineares, particulares ou privadas, são relações entre os próprios indivíduos, em igualdade jurídica de posições, sem interferência direta do Estado ou até mesmo as relações privadas em que os entes estatais não agem como entes públicos e nem nesta função. Tratam as relações lineares, portanto, das relações negociais, contratuais, onde os indivíduos, fazendo uso da sua autonomia da vontade, deliberam entre si o que vão negociar e assim, formulam um negócio com ônus à ambas as partes, sempre atentos aos pressupostos de existência, eficácia e validade constantes do diploma civil.

Sob a ótica negocial moderna que este capítulo se propôs a

explanar, o Estado age indiretamente nas relações entre particulares, primeiro quando dita regras e condições para negociação, tais como os requisitos do negócio jurídico, disposto no Código Civil e na Constituição Federal, ou ainda, o Estado age diretamente quando o Poder Judiciário é acionado para dirimir questões advindas de fraudes, má-fé ou contratos não cumpridos ou prejuízos causados à sociedade ou até mesmo quando os interesses públicos e sociais devem prevalecer sobre os privados.

No Estado Liberal, a não intervenção estatal gerou um caráter muito individualista, ainda mais porque, naquela época, a Constituição ainda não tinha um caráter tão democrático em nosso ordenamento jurídico, havia somente o Código Civil que era a legislação que ocupava tal caráter e ditava as diretrizes negociais, prevalecendo sempre o caráter individualista pregado pelo Liberalismo. Nessa época, o Direito Contratual contava apenas com a autonomia da vontade, ou seja, os indivíduos tinham liberdade contratual plena e praticamente irrestrita. Nas palavras de GONÇALVES (2009):

> O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado.[8]

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a Constituição Federal tomou o lugar democraticamente central no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a ampla igualdade não somente nas relações sociais mas também nas relações lineares, nas quais o princípio da autonomia da vontade tem uma limitação e também deve atender aos pressupostos, direitos e garantias constitucionais e ainda, ressaltando o preceito fundamental que é fundamento do Estado Democrático de Direito: A dignidade da pessoa humana.

Com a Constituição cidadã, as relações negociais passaram a adotar orientações compatíveis com a democratização do direito contemporâneo e assim a adorar preitos que não são meramente civilistas referente a relações lineares contratuais, mas sim um caráter mais social, democrático, coletivo e não individualista.

O próprio liberalismo mostrou que a não intervenção total do Estado não é substancialmente benéfico para os indivíduos, *já que* as reações extremamente individualistas não prosperam positivamente e nesse viés, a intervenção do Estado, ainda que mínima, *é necessária para conferir um*

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais – 6. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009.

*caráter social e democrático nas relações individuais, visando o bem comum.*

Neste sentido, concretizou-se que a função social *é a máxima cláusula* implícita que de ser cumprida em qualquer relação ou negociação particular. Todas as rela*ções negociais, devem, portanto,* se ater às disposições constitucionais fundamentais e atender às necessidades sociais coletivas e não somente o bem particular.

Nestes termos, pertinentes e coerentes são os dizeres de Guimarães (2004), os quais seguem:

> A função social do contrato surge para proporcionar maior equilíbrio nas relações contratuais, tornando-as mais próximas do ideal de justiça, através da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Somente os contratos que cumprem a sua função social são dignos da tutela do Direito.[9]

Portanto, o contrato, por exemplo, e até mesmo as instituições particulares, associações, condomínios, sociedades passaram a ater-se aos princípios sociais constitucionais, sendo o Estado o interventor, fazendo observar tais preceitos e ainda garantindo aos cidadãos bem como à sociedade que os valores, fundamentos e objetivos democráticos sejam respeitados.

Como exemplo, pode-se citar os contratos em que, supostamente, ocorre onerosidade excessiva para uma das partes o qual se contrapõe ao princípio da obrigatoriedade dos contratos ou até mesmo as relações condominiais que devem observar o contraditório e ampla defesa e principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo fundamental do Estado de Direito.

Ao se contratar, supõe-se que as condições contratadas permaneçam durante todo o andamento da execução do contrato, sendo tais condições similares às iniciais, estipuladas no momento da contratação. Isso porque, não pode, com o decorrer do tempo, as condições estipuladas tornarem excessivamente onerosas para uma das partes, de modo a lhe prejudicar.

No Código Civil atual, dispõe uma parte específica em seu texto, tratando da revisão dos contratos por onerosidade excessiva. No artigo 478 tem-se a essência deste princípio, veja-se:

> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos

9 GUIMARÃES, Haina Eguia. A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: >http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814

> extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Ou seja, nos contratos de execução continuada ou diferida, evitando o prejuízo excessivo à parte contratante, pode haver a resolução do contrato por parte do devedor (tal onerosidade excessiva pode ser ameaça à dignidade da parte contratante como pessoa, por exemplo, se não possui dinheiro para pagar coisa que comprou e se obrigou a pagar, não poderá também deixar de prover suas mais básicas necessidades para cumprir o contrato.)

Não deixa de ser uma disposição democrática, que busca resguardar à parte. Obviamente são casos tidos como exceção do *pacta sunt servanda*, princípio que reflete a ideia de que os acordos legais e livremente formados são lei para aqueles que os fizeram, e só podem ser revogados de consentimento mútuo nos limites da lei[10], pois em regra, o contrato deve ser cumprido, contudo, em um Estado Democrático, os princípios e garantias fundamentais tendem a "pesar" mais, prevalecendo, em caso de necessidade sobre demais regras ou princípios, ainda mais nas relações lineares entre os indivíduos, pois, conforme já salientado, os cidadãos também devem ater-se à efetivação dos princípios e fundamentos da democracia, e não só o Estado deve tomar partido nesse sentido.

O Estado, claramente, resguarda e intervém quando os princípios e garantias constitucionais são violados, mantendo o equilíbrio e a harmonia entre as relações, inclusive privadas, tudo, visando o bem comum da sociedade.

## 4 Considerações finais

Conforme demonstrado no deslinde da presente abordagem, a observância dos preceitos fundamentais como forma de efetivação da democracia é direito e dever de todos, inclusive em relações privadas, ainda que a autonomia da vontade seja de suma importância nas relações lineares.

A democracia é construída e efetivada com a participação dos indivíduos, que como parte de um todo, contribuem em suas relações, com a realização e observação das pretensões democráticas, agindo de forma a cumprir a pretensão constitucional-social de garantir os direitos

10 Montcho, S. E. T. ., Moura, L. J. P. ., & Ferko, G. P. da S. . (2021). Os limites do princípio de pacta sunt servanda, na execução os contratos de prestação de serviços em tempo de covid-19.

fundamentais e coibir arbitrariedades, abusos, excessos e má-fé entre indivíduos.

Logo, nas celebrações privadas de diversos negócios jurídicos, devem-se sempre serem consideradas às disposições fundamentais constitucionais, além das disposições civis, pois a supremacia da ordem púbica prevalece sobre interesse particular e no Estado Social, o Estado intervém para equilibrar as relações interindividuais evitando que a prevalência dos interesses limitadamente particulares.

Os direitos inerentes à democracia, consolidados pela Constituição, devem prevalecer efetivamente nas relações particulares como concretização do preceito democrático, com o objetivo de harmonizar o interesse comum, ainda que os negócios privados versem sobre direitos inerentes somente aos particulares que o celebram, pois, a supremacia democrática abrange os direitos fundamentais individuais e coletivos e tal temática deve sempre acompanhar a dinamicidade do Direito que jamais permanece estático, assim como a sociedade, que se mantém sempre em constante evolução e aprimoramento.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil,** 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume III: contratos e atos unilaterais. 6. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Haina Eguia. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: >http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814>.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24ª *Edição: Saraiva, 20*20.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTCHO, S. E. T. ., Moura, L. J. P. ., & Ferko, G. P. da S. . (2021). **Os limites do princípio de pacta sunt servanda, na execução os**

**contratos de prestação de serviços em tempo de covid-19**. *Arigó - Revista Do Grupo PET E Acadêmicos De Geografia Da Ufac*, *3*(2).

SCHÖNING, Raquel. **A constitucionalização do direito civil, a normatividade dos princípios constitucionais e a nova principiologia dos contratos. Revista Jurídica** – CCJ ISSN 1982-4858 v. 16, nº. 31, jan./jul. 2012.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos**. Ed. Saraiva 16ª Edição. São Paulo, 2005.

Capítulo 7

# UMA BREVE HISTÓRIA DO AFEGANISTÃO: COMO A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS VEM ATUANDO EM PROL DOS REFUGIADOS DE GUERRA

*Igor Aparecido Rodrigues Silva*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.103-113

## 1 Introdução

A história do território Afegão sempre passou por percalços desde sua criação, sendo palco de conflitos externos e internos. Localizado em uma área geograficamente estratégica, situado ao sudeste da Ásia, fazendo fronteira com vários outros países, é atravessado pela cordilheira Hindu Kush, com o famoso Kyber Pass, que servia como caminho da Rota da Seda, entre o Oriente Médio e a China e por onde seguiram os guerreiros mongóis que vinham do leste.

Neste sentido, o Afeganistão vem sendo alvo de várias investidas, desde o império de Ciro em 530 a.C, até os dias atuais com a recente intervenção dos Estados Unidos da América no ano de 2001 após o atentado terrorista de 11 de setembro deste mesmo ano ao World Trade Center. Nota-se que o poderio bélico usado neste atentado foi proporcionado pelos próprios americanos e outros países membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) no período em que treinava os rebeldes afegãos para lutar e se libertarem do comando da União Soviética.

Ademais, todos estes conflitos deixaram o país assolado pela miséria, o que resultou numa enorme onda de refugiados que saíram em direção às outras nações em busca de melhores condições de vida. Diante disso, desde a Segunda Guerra Mundial países do mundo inteiro vem debatendo acerca do direito ao refúgio, onde aprovaram o Estatuto dos Refugiados e Apátridas que passou a vigorar a partir de 1954, integrando a Declaração

1 Discente na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, no Programa de Graduação em Direito. E-mail: igor-arm@hotmail.com.

Universal dos Direitos do Homem – 1948.

A partir disso, o presente texto discute a relação histórica deste país com e os conflitos enfrentados até os dias atuais, bem como tratará da questão dos refugiados e como a Organização das Nações Unidas (ONU) vem atuando para garantir o Direito Internacional Humanitário deles. Ressalta-se que se trata apenas de um breve estudo, de modo a não esgotar todas as discussões que giram em torno da história do país.

## 2 A história do Afeganistão

O território afegão está localizado em um ponto de extrema importância para a humanidade, unindo o extremo Oriente ao Ocidente pela Rota da Seda, representou um divisor de mares para a migração humana. Estima-se que sua civilização urbana tenha começado a se desenvolver entre 3000 e 2000 antes de Cristo, e desde então vem sendo palco de vários conflitos como por exemplo, "Alexandre, o Grande (356 a.C - 323 a.C); Chandragupta Máuria (340 a.C-298 a.C); Gengis Khan (1162-1227); Grã-Bretanha/Índia (1832-1842; 1878-1880; e 1919); União Soviética (1979-1989), e pelos Estados Unidos (2001-2021)" (DELLAGNEZZE, 2022, p. 14).

O Afeganistão é um país majoritariamente de religião muçulmana e possui uma taxa de alfabetização estimada em apenas 36% da população. É a 37º nação mais populosa do mundo, com uma população estimada em 38 milhões de pessoas, "composta principalmente de etnias pachtuns, tajiques, hazaras e ubeques" (DELLAGNEZZE, 2022, p. 16).

Sendo um dos países mais pobres do mundo, com aproximadamente dois terços de sua população vivendo com menos de dois dólares por dia, vem se recuperando após décadas de conflitos armados, alcançando o PIB de 20,12 bilhões de dólares no ano de 2020, conforme dados do Banco Mundial.

Outrossim, conforme Dellagnezze (2022), as atividades econômicas do país se baseiam em agricultura, principalmente da papoula, matéria prima do ópio, usado para criação da heroína, da pecuária, e da mineração. Ainda de acordo com o autor, dados da ONU indicam que existam cerca de 23 milhões de pessoas passando fome no país.

## *2.1 Conflitos recentes*

Dentre os vários conflitos que ocorreram durante a história do Afeganistão, o trabalho limitar-se-á ao estudo de apenas dois para compreensão da onda de refugiados que eles geraram nas últimas décadas. Evidencia-se que os dois conflitos estão intimamente ligados, sendo um decorrente do outro.

### 2.1.1 Soviéticos e fundamentalistas Islâmicos

m 27 de abril de 1978, o então presidente do Afeganistão, Mohammed Daoud Khan, sofreu um golpe de estado pelos comunistas, o que ficou conhecido como a Revolução de Saur, implantando no país um Regime Socialista. Com apoio aos comunistas, as tropas do exército da União Soviética invadiram o território afegão em 1979 e lá permaneceram até os anos de 1989.

Neste período histórico, a URSS e os Estados Unidos estavam travando a Guerra Fria, o que fez com que os americanos financiassem os rebeldes afegãos denominados *mujahidins* com armamento e treinamento junto à CIA (Central Inteligency Agency). Dito isso, o serviço de inteligência do Paquistão (ISI) e o serviço de inteligência norte americano operaram durante os dez anos do poder comunista armando milícias talibãs para combater o exército soviético. Este movimento foi denominado de Operação Ciclone, que tinha como objetivo derrubar o regime comunista do poder.

Após dez anos de conflito sem conseguir conter a resistência afegã, a União Soviética se viu obrigada a deixar o país com a baixa de milhares de seus soldados. Então, em 15 de 1989, as tropas soviéticas foram ordenadas a deixarem o território e a retornarem à URSS. Estatísticas mostram que durante os dez anos de ocupação soviética houve entre 850.000 a 1.500.000 mortes de afegão, 5 a 10 milhões de refugiados que foram para o Paquistão e Irã e cerca de 2 milhões de pessoas desalojadas no país. Do outro lado, as baixas da União Soviética foram de 14.453 combatentes, e gastaram cerca de 2,6 bilhões de dólares nos dez anos de conflito.

Com a derrota soviética, o movimento fundamentalista islâmico denominado Talibã passou a governar o Afeganistão durante os anos de 1996 a 2001, com reconhecimento diplomático de apenas três países: Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos e Paquistão. O movimento foi estabelecido por voluntários de países da Eurásia e do Sul e do Sudeste da

Ásia e membros da etnia pachtun. Contudo, para a União Europeia, Rússia e Estados Unidos, o Talibã é tratado como uma organização terrorista (DELLAGNEZZE, 2022).

### *2.1.2 Afeganistão x Estados Unidos*

Em 11 de setembro de 2011 um evento mudaria toda a ordem um mundial, desencadeando uma busca incessante pelo líder da Al Qaeda, Osama Bin Laden, grupo terrorista ligado ao Talibã.

Neste dia, terroristas sob o comando de Bin Laden sequestraram quatro aviões com o intuito de colidi-los em três edifícios. As duas primeiras aeronaves tinham como alvo as Torres Gêmeas, localizadas no complexo empresarial World Trade Center, situado em Nova Iorque; O terceiro avião no prédio do Pentágono, que é a sede do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, localizado no condado de Arlington, Estado da Virgínia; e a quarta aeronave tinha como possível alvo o Capitólio, sede do Congresso norte-americano. Vale destacar que os três primeiros aviões atingiram seus respectivos alvos, ou seja, as Torres Gêmeas e o Pentágono, resultando centenas de mortes e feridos, já o quarto avião não conseguiu atingir a o Congresso, vindo a cair após passageiros a bordo entrarem em luta corporal com os sequestradores na cabine de comando.

Com isso, em 07 de outubro de 2001 os Estado Unidos da América, com ajuda de países membros da Organização do Atlântico Norte (OTAN) iniciou uma guerra no Afeganistão contra o Regime do Talibã que dominava o território. O objetivo principal da invasão americana era capturar o líder da Al Qaeda e punir o Talibã, que estava fornecendo abrigo aos líderes da organização (DELLAGNEZZE, 2022).

Vale ressaltar que a Organização das Nações Unidas se manteve revel, não autorizando a invasão americana no país, todavia, isto não impediu que os EUA, membro do Conselho de Segurança, agisse em busca de seus interesses, não respeitando assim, a posição dos demais Estados membros da ONU. Diga-se de passagem, no mês de dezembro de 2001, o Conselho de Segurança criou a Força Internacional de Assistência à Segurança (ISAF), com o objeto de supervisionar as operações e fornecer treinamento à Força de Segurança Nacional Afegã. Noutro giro, a Organização do Tratado Atlântico Norte assumiu o comando da Força Internacional de Assistência à Segurança, com o intuito de garantir a segurança no território afegão.

Após uma década em buscas, o serviço de inteligência americana

– Central Intelligence Agency - conseguiu localizar Osama Bin Laden morando na região da Academia Militar do Paquistão, no dia 02 de maio de 2011. Neste dia, uma das forças especiais da marinha norte-americana invadiu o espaço aéreo do Paquistão, violando sua soberania, chegando até o local onde o fundador da Al Qaeda se encontrava e executando-o.

Contudo, a morte de Osama não foi suficiente para que as tropas americanas deixassem definitivamente o território afegão, o que veio a ocorrer apenas depois de duas décadas de ocupação. A operação foi retirada do país no dia 30 de agosto de 2021, porém, o grupo Talibã já havia assumido o controle de Cabul, capital do Afeganistão, antes mesmo das operações se retirarem.

Embora os americanos tenham deixado o país em 2021, o processo de retirada iniciou-se em 2020, e, como o governo afegão dependia de sua ajuda humanitária, econômica e militar, o exército do Afeganistão entrou em colapso, levando o governo à ruína. Isso foi crucial para que o grupo Talibã tomasse a capital, fazendo com o Presidente Ashraf Ghani, que estava no controle do governo desde 2014, deixasse o território afegão em 15 de agosto de 2021.

Nesses 20 anos de conflito, os custos chegaram na casa de 2,2 trilhões de dólares para os americanos, houve ainda a morte de 2461 militares americanos e mais de 20 mil feridos, além dos soldados mortos de outras nacionalidades. No lado do Afeganistão os números foram ainda mais exorbitantes, estima-se que houve mais de 47 mil civis mortos e aproximadamente 66 mil militares.

## 3 A relação do Afeganistão e a Comunidade Internacional após o controle do Talibã

Com a saída dos EUA, o principal porta-voz do Talibã, Zabihullah Mujahid, declarou que o Emirado Islâmico do Afeganistão quer manter uma relação diplomática com o restante do mundo, inclusive com os Estados Unidos. Afirmou ainda que não se renderão às pressões de país6 es que desejarem invadir o Afeganistão.

Neste sentido, Dellagnezze (2022) aduz que essa retórica moderada é no intuito de reconhecimento internacional do Governo Talibã, além de "ajudar a liberar linhas internacionais de crédito, e uma delas, do Fundo Monetário Internacional - FMI, que previa o envio de US$ 500 milhões, pouco antes de ser cortada, da chegada ao poder em 30/08/2021"

(DELLAGNEZZE, 2022, p. 64).

Dessa forma, António Guterres, Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, alerta que, sem linhas de financiamento, o Afeganistão corre o grave risco de uma catástrofe humanitária. Neste ínterim, "o Secretário-Geral da ONU defendeu ainda que "todas as partes" facilitem o acesso de ajuda humanitária, recordando que um em cada três afegãos "não sabe de onde virá sua próxima refeição" (DELLAGNEZZE, 2022, p. 65).

Ainda com uma relação internacional incerta, Dellagnezze (2022) afirma que a tábua de salvação do Afeganistão é a Turquia e o Catar, por manterem diálogo com o Governo do Talibã, podem agir como mediadores. O Catar foi crucial no processo de evacuação do Afeganistão. Já a Turquia, possui laços étnicos e históricos com o Afeganistão, sendo o único país membro da OTAN com maioria muçulmana. O autor ainda destaca que, como integrantes do Conselho de Segurança da ONU, a Rússia e a China podem ter um futuro acesso à Cabul.

De acordo com Lucena Vaz, outros países também já manifestaram apoio ao Afeganistão, como Estados Unidos com cerca de 500 milhões de dólares para atender refugiados, e a União Europeia, que preliminarmente, mobilizaria até 1,1 bilhão de euros para ajudar na crise humanitária que se instalou no país.

Por fim, o porta-voz do Governo Talibã se comprometeu em respeitar e proteger os direitos humanos, sobretudo os direitos das mulheres, permitindo que elas possam trabalhar e ir à escola. Com isso, Michelle Bachelet, antes do término de seu mandato como alta comissária de Direitos Humanos da ONU, afirmou em reunião no dia 24 de agosto de 2022, que o grupo deve transformar essas promessas em realidade, buscando garantir e respeitar os direitos humanos, inclusive fornecer serviços públicos essenciais para toda população, sem qualquer discriminação (ONU, 27)

## 4 Os refugiados de guerra

Após a Segunda Guerra Mundial, com o enorme crescimento do fluxo de migração provenientes de toda a Europa em direção às américas, os europeus resolveram criar leis com o objetivo de facilitar a migração dos seus cidadãos. Com isso, em 1951 foi criada a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados. Esta Convenção consolidou instrumentos legais internacionais e codificou os direitos dos refugiados

em nível internacional. Contudo, ela abrangia apenas eventos anteriores a 1 de janeiro de 1951, com isso, em 1961 entrou em vigor o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados. "Com a ratificação do Protocolo, os países foram levados a aplicar as provisões da Convenção de 1951 para todos os refugiados enquadrados na definição da carta, mas sem limite de datas e de espaço geográfico" (ACNUR).

Nos ensinamentos de Barros e Vinicius dos Santos, refugiado é:

> toda pessoa que tendo um temor bem fundado de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, que se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção deste país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha a sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele ( artº 1) (BARROS; DOS SANTOS, 2020, p. 96)

Com mais de quatro décadas de conflito, milhares de afegãos foram deslocados dentro do país, vindo a se espalharem pelos países vizinhos. De acordo com dados da ONU, o número de refugiados registrados soma cerca de 2,5 milhões, correspondendo aproximadamente a 6% da população afegã. Contudo, esse número pode ser ainda maior levando em consideração os refugiados não registrados, que podem chegar a 2 milhões vivendo no Irã com outros 780 mil refugiados registrados. Já no Paquistão, estima-se que exista cerca de 1,4 milhão de afegãos refugiados (Coelho, 2021).

A fim de se compreender o fenômeno do deslocamento forçado, primeiramente deve-se entender os ciclos de refúgios que ocorreram nesses mais de 40 anos. O primeiro ciclo causou aproximadamente 5 milhões de refugiados, no período compreendido entre 1979 a 1989, durante a invasão das tropas soviéticas. O segundo ciclo ocorreu entre 1992 a 1995, quando o país vivia em guerra civil em busca do controle do norte do país, e durou até o Talibã conseguir controlar grande parte do Estado. Já o terceiro ciclo inicia-se em 2001, com a invasão norte-americana. O gráfico abaixo mostra o número de refugiados durantes estes ciclos:




Fonte: https://csvm.ufg.br/n/146023-para-onde-vao-os-refugiados-afegaos

Vale mencionar que durante estes ciclos, houve um grande número de repatriações, como ensina Coelho:

> Paralelamente aos ciclos de refúgio que marcaram as décadas de conflito anteriores ao 11 dezembro, deve-se citar também as tentativas de repatriação que ocorreram. No primeiro ciclo, por exemplo, a partir da captura da capital pelos mujahidin em 1992, um fluxo de repatriação aconteceu. De caráter imediato e massivo, cerca de 900 mil refugiados retornaram para casa entre abril e dezembro daquele ano, com o processo de repatriação sendo minguado a partir da assistência inadequada e das lutas internas que aconteceram entre as facções de mujahidin. Também, na década que se seguiu após a invasão do país por forças ocidentais e da derrubada do Talibã em 2001, 4,6 milhões de refugiados retornaram ao país. Nesse período, iniciativas de sucesso de repatriação foram realizadas, tal como o provimento pelo ACNUR de material de construção para cerca de 220 mil famílias. Assim, mesmo que a deterioração das forças de segurança e a não materialização do milagre econômico no país tenham diminuído as taxas de regresso após 2010, o Afeganistão perdeu o título de maior população refugiada em janeiro de 2015, designação que acompanhou o país durante 30 anos (COELHO, 2021).

Com o ataque às Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001, houve uma enorme massa de refugiados em direção à Europa. Segundo a Organização Internacional para Migrações (OIM), das 1.046.599 pessoas que entraram na Europa no ano de 2015 pedindo refúgio, cerca de 20,2% eram do Afeganistão.

No ano de 2020, o Afeganistão se tornou o terceiro país com maior número de refugiados, ficando atrás apenas da Síria e Venezuela. Neste ano o número de refugiados chegou a 2,5 milhões, 240 mil pedidos de asilo e 2,8 milhões de deslocados dentro do país. Dados mostram que neste

ano o Paquistão continha cerca de 1,4 milhão de refugiados, o Irã possui 780 mil, Alemanha com 148 mil, Áustria com 40 mil e França com 31,5 mil. Outros países também se mobilizaram para receber os refugiados, sendo eles: Tajiquistão, 100 mil; Reino Unido, 20 mil; Canadá, 20 mil; e Austrália, 3 mil (LUCENA VAZ).

Em 2021, a ACNUR registrou 400 mil novos refugiados entre janeiro e julho, número este que poderá aumentar em decorrência da tomada do poder pelo grupo Talibã. Neste mesmo ano, líderes de alguns países disseram que irão receber refugiados de forma cautelosa. Emmanuel Macron, presidente da França, quer impedir fluxos migratórios ilegais e reprimir contrabandistas. Já os políticos alemães estão preocupados com um número massivo de refugiados, como ocorreu em 2015, onde mais de 1 milhão de sírios se refugiaram no país (COELHO, 2021).

Finalmente, em meio às incertezas e crises humanitárias, em 2022 o ACNUR já alcançou mais de 600 mil pessoas deslocadas pelo país. Estima-se que cerca de 2,5 milhões de pessoas foram beneficiadas com assistência à saúde, escolas e saneamento básico. Houve ainda 2,9 milhões de pessoas que receberam assistência emergencial, como financeira (439.600 pessoas), programas de assistência individual (243.700 pessoas) e intervenções com bases comunitárias (2,2 milhões) (ACNUR BRASIL).

## 5 Conclusão

O Afeganistão sempre foi marcado por conflitos, desde impérios da antiguidade até os dias atuais com intervenções de outros países. Desde então, o Afeganistão vem enfrentando uma série de problemas, como a falta de um governo efetivo, a violência generalizada e a pobreza extrema.

Durante a década de 1990, o Afeganistão enfrentou uma série de guerras civis, que culminaram com a invasão do país pelos talibãs em 1996. Os talibãs, um movimento xiita extremista, assumiram o controle do país e impuseram um regime extremamente duro e opressivo, especialmente para as mulheres. Em 2001, os Estados Unidos e seus aliados invadiram o Afeganistão para derrubar os talibãs, que estavam abrigando o líder da Al-Qaeda, Osama bin Laden. Desde então, o Afeganistão tem enfrentado uma insurreição talibã, que tem causado a morte de muitos civis.

Em meio a estas tensões, um grande número de pessoas buscou refúgio em outros países, em busca de uma melhor qualidade de vida. Com isso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)

vem exercendo um importantíssimo papel na promoção de direitos básicos aos refugiados de guerra, como saúde, alimentação, saneamento básico e outros. Para tanto, a Organização das Nações Unidas busca apoio internacional para conseguir manter suas operações no território afegão.

Com o retorno do Talibã ao poder guerra no Afeganistão ainda é uma incógnita quanto a seu prazo de duração. Embora este governo tenha firmado o compromisso de viabilizar os direitos humanos ao seu povo, muito ainda deverá ser discutido a respeito do assunto, levando em consideração os acontecimentos pretéritos.

## Referências

ACNUDH. **Alta Comissária faz forte apelo ao Talebã para adoção de normas de direitos humanos**. Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina Del Alto Comisionado – América del Sur, Oficina Regional, 24 de agosto de 2021. Disponível em: https://acnudh.org/pt-br/alta-comissaria-faz-forte-apelo-ao-taleba-para-adocao-de-normas-de-direitos-humanos/. Acesso em 02 nov. 2022.

ACNUR BRASIL. **Afeganistão**. UNHCR ACNUR, Agência da ONU para Refugiados. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/afeganistao/. Acesso em: 20 out. 2022.

ACNUR BRASIL. **Convenção de 1951**. UNHCR ACNUR, Agência da ONU para Refugiados. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas,ap%C3%B3s%20a%20Segunda%20Guerra%20Mundial. Acesso em: 30 out. 2021.

BANCO MUNDIAL. **PIB (US$ atual) – Afeganistão**. Banco Mundial, BIRF – AIF. Disponível em: https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=AF&name_desc=true. Acesso em: 25 out. 2022.

BARROS, F. J. da L.; DOS SANTOS, N. V. GUERRAS E REFUGIADOS: UMA RELAÇÃO GEOESTRATÉGICA**. Revista Faz Ciência**, [S. l.], v. 22, n. 36, p. 90, 2020. DOI: 10.48075/rfc.v22i36.26430. Disponível em: https://erevista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/view/26430. Acesso em: 8 nov. 2022.

BBC News Brasil. **Atentados de 11 de Setembro: a tragédia que mudou**

**os rumos do século 21**. 10 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55351015. Acesso em: 02 nov. 2022.

COELHO, Celso. **Conflito no Afeganistão: uma história marcada por ciclos de refúgio**. PET – Relações Internacionais Universidade de Brasília,15 de outubro de 2021. Disponível em: http://petrel.unb.br/destaques/149-conflito-no-afeganistao-uma-historia-marcada-por-ciclos-de-refugio. Acesso em: 01 nov. 2022.

DELLAGNEZZE, René. **O Emirado Islâmico do Afeganistão**. Livro eletrônico – São Paulo, SP: 1ª Ed. 2022. Disponível em: https://periodicorease.pro.br/rease/search/y=&dateToYear=&dateToMonth=&dateToDay=&authors=. Acesso em: 15 out. 2022.

OIM – Organização Internacional para as Migrações. **Mixed migration flows in the Mediterranean and Beyond. Compilation of available data and information 2015**. Disponível em: >https://www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/Mixed-Flows-Mediterranean-and-Beyond-Compilation-Overview-2015.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2022.

Oliveira, Catarina Reis, Peixoto, João e Góis, Pedro. A nova crise dos refugiados na Europa: o modelo de repulsão-atração revisitado e os desafios para as políticas migratórias. **Revista Brasileira de Estudos de População** [online]. 2017, v. 34, n. 01, pp. 73-98. Disponível em: >https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0016>. Acesso em 01 nov. 2022.

RATTNER, H. Guerra sem fim – o atoleiro no Afeganistão. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 8, n. 92, 30 abr. 2021. Disponível em: https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/58880. Acesso em: 20 out. 2022.

VAZ, Letícia de Lucena. **Para onde vão os refugiados afegãos?** UFG – Universidade Federal de Goiás. Disponível em: https://csvm.ufg.br/n/146023-para-onde-vao-os-refugiados-afegaos. Acesso em: 02 nov. 2022.

Capítulo 8

# O DIREITO SOCIAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE SUPLEMENTAR: DA CONSTITUIÇÃO À REGULAÇÃO E OS IMPACTOS NA JUDICIALIZAÇÃO

*Marlus Keller Riani*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.115-127

## 1 Introdução

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Fórum da Saúde[2], monitora as ações de assistência à saúde pública e privada[3]. De acordo com os dados estatísticos divulgados, no período de janeiro de 2020 a julho de 2022, foram propostas mais de 625 mil novas ações contra o Poder Público e mais de 371 mil em desfavor das operadoras de planos de saúde, estando pendente para julgamento aproximadamente 600 mil processos. No mesmo lapso temporal, os Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro, juntos, proferiram mais de 419 mil decisões. A litigiosidade é expressiva e deve ser objeto de constantes estudos, no intuito de mitigar seu crescimento e encontrar soluções sérias e viáveis que visem prestar o adequado tratamento para o consumidor e manter a perenidade do mercado de saúde.

A relação de consumo da saúde suplementar envolve múltiplos interesses, não somente do consumidor e da operadora, tem-se também vários outros atores que atuam neste mercado e buscam alavancar seus negócios, dentre eles, os hospitais, clínicas especializadas, laboratórios, que

1 Doutor em Direito Civil pela Universidade de Coimbra/PT e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Advogado. Professor da Escola Mineira de Direito. E-mail: marlusriani@gmail.com

2 "Objetivo: elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos na área da Saúde Pública e Suplementar". Resolução nº 107/2010 – CNJ.

3 https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=3207f950-c0a7-4950-8906-76c930c8a579&opt=ctxmenu,currsel. Acessado: 27 dez. 2022.

visam melhorar a remuneração dos serviços, bem como os fabricantes de próteses, órteses, materiais especiais e medicamentos, além dos sindicatos dos trabalhadores, perfazendo uma verdadeira cadeia produtiva para que o consumidor doente seja atendido.

O desafio central é compreender se há limite ao direito social de assistência à saúde e quais devem ser as balizas deste limite.

No que tange a assistência à saúde pública, cite-se como exemplo de delimitação pela Suprema Corte o Tema nº 6 de repercussão geral (RE nº 566471), sobre liberação de medicamento: "O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema." [4].

Com relação a assistência à saúde suplementar, no campo legislativo, as delimitações estão destacadas no artigo 10 da Lei nº 9.656/98, incisos I a VII e IX. Já o Poder Judiciário, através da Segunda Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[5], unificou, por maioria, entendimento no EREsp nº 1.886.929 e no EREsp nº 1.889.704, para delimitar a "taxatividade mitigada" do Rol da ANS, com a seguinte moldura:

> 1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;
>
> 2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar

4 Consulte, também em repercussão geral, o Tema 0500, paradigma o RE nº 657.718, que relativizou seu entendimento ao decidir sobre o fornecimento de medicamentos experimentais. No ano de 2021, também em repercussão geral, Tema 1161, paradigma RE nº 1.165.959, decidiu que: "Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.". Nesse sentido, a decisão do Presidente do STF Luiz Fux, processo nº 0057771-12.2021.1.00.0000.

5 Anteriormente, o STJ definiu no Tema 990: As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Veja, ainda, o REsp nº 2.019.618/SP, de 29/11/2022.

> com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;
>
> 3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;
>
> 4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

Após, ocorreu uma comoção nacional, com a participação de artistas e autoridades públicas, em desfavor da decisão do STJ, que culminou com a edição da Lei nº 14.454/2022 que alterou a Lei de Plano de Saúde para explicitar que o "Rol da ANS" é de referência básica, ou seja, contrário a regra geral da taxatividade e criou condicionantes para liberação de procedimentos e eventos em saúde não previstos nele: "I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais."[6].

Desse modo, a pretensão deste artigo é fomentar a discussão em torno de um tema sensível e impopular, porém, que causa impactos emocionais e econômicos para toda sociedade.

## 2 Direito social de assistencial à saúde

*Ab initio*, importante contextualizar, de forma breve, a interpretação do propagado "direito à saúde" esculpido na Constituição da República de 1988. É notório, seja no âmbito jurídico, na medicina e nos meios

6 §13º, artigo 10, da Lei nº 9.656/98.

de comunicação em geral, a divulgação ampliada da expressão "direito à saúde" nos casos envolvendo a não cobertura pelo Estado ou pela operadora de plano de saúde de procedimentos e eventos em saúde.

Entende-se como mais apropriado, para esses casos, utilizar a expressão "direito de assistência à saúde", isto porque, o "direito à saúde" deve ser entendido como um gênero englobando várias espécies.

Como justificativa, depara-se na leitura do texto constitucional sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais que determina para a redução dos riscos inerentes ao trabalho deve existir normas de saúde. A pretensão do constituinte foi estabelecer a criação de normas que mitiguem os danos a integridade física ou psíquica dos trabalhadores, sendo à assistência o desdobramento para cuidar do dano causado.

Nesse sentido, está o saneamento básico e o meio ambiente, ambos atrelados à saúde[7], eis que devidamente estruturados e protegidos evitam danos as pessoas que não precisarão de assistência.

O "direito à saúde" ganhou mais notoriedade a partir do artigo 196 da Carta Magna vigente que exprime: "A saúde é direito de todos e dever do Estado". Entretanto, o texto constitucional pronuncia ainda: "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."[8].

A interpretação, da segunda parte, impõe ao Estado[9], mediante

7 "falar de saúde implica levar em conta, por exemplo, a qualidade da água que se consome e do ar que se respira, as condições de fabricação e uso de equipamentos nucleares ou bélicos, o consumismo desenfreado e a miséria, a degradação social ou a desnutrição, estilos de vida pessoais e formas de inserção das diferentes parcelas da população no mundo do trabalho; envolve aspectos éticos relacionados ao direito à vida e à saúde, direitos e deveres, ações e omissões de indivíduos e grupos sociais, dos serviços privados e do poder público. A saúde é produto e parte do estilo de vida e das condições de existência, sendo a vivência do processo saúde/doença uma forma de representação da inserção humana no mundo.". Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf. Acesso em: 26 dez. 2022.

8 "em relação aos serviços e ações de atendimento à saúde, o texto prevê por um lado a edição de uma legislação que os regulamente, fiscalize e controle. Por outro lado, admite que as ações de saúde sejam prestadas por serviço instituído pelo Poder Público, diretamente ou por este indiretamente, por meio de pessoas ou instituições conveniadas ou contratadas – os terceiros mencionados [...] não compreenderá este texto quem não tiver presente o fato de que, na constituinte, uma corrente radical de esquerda pretendia a estatização integral da medicina. Em reação a isto é que se acabou por incluir o trecho final do texto". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

9 "até o período industrial a única preocupação era afastar o doente, tanto para impedir a possível visão desagradável como, mais tarde, para impedir o contágio. [...] A urbanização, consequência imediata da industrialização no século dezenove, foi, juntamente com o próprio desenvolvimento do processo industrial, causa de assunção pelo Estado da responsabilidade pela saúde do povo". DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário.

políticas públicas, os seguintes deveres: i) reduzir risco de doenças e de outros agravos; (ii) viabilizar o acesso universal e igualitário às ações e serviços.

A redução do risco de doenças e de agravos deve ser compreendida de forma sistêmica, como já dito, abarcando as obrigações com os trabalhadores, meio ambiente e saneamento básico, além do estímulo ao esporte, lazer, cultura, entre outros, abarcando todos os aspectos que contribuam para um ambiente individual e coletivo saudável[10].

A assistência à saúde diz respeito aos "serviços" prestados. Na nossa Carta Magna essa referência é encontrada nos artigos 34, 35, 166, 167 e, especialmente, nos artigos 197 e 198. Neste último estabeleceu que os "serviços" fazem parte de um "sistema único", popularmente conhecido como SUS. A sua regulamentação adveio com a vigência da Lei nº 8.080/90, na qual destaca-se:

> **Art. 3º** Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.
>
> **Parágrafo único**. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

A legislação infraconstitucional reafirma o contexto do gênero do "direito à saúde" ao expor suas várias condicionantes, além de destacar que o "direito de assistência à saúde" está relacionado às "ações" que visam prevenir, manter ou recuperar o estado físico ou mental do usuário.

Com efeito, entende-se de forma contrária[11] àqueles que sustentam que o Estado tem a obrigação constitucional de garantir o custeio de todo e qualquer serviço assistencial à saúde, mediante prescrição do profissional habilitado.

Por fim, o direito de assistência à saúde afeta a iniciativa privada, eis que lhe foi permitida atuar neste mercado, assumindo obrigações positivas

---

Revista Saúde Pública. vol. 22 (4). São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1988. p. 329.

10 Diz o artigo 3º da Lei nº 8.080/90: "Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.".

11 CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. SUS Sistema Único de Saúde: comentários a lei orgânica da saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90). Campinas: Ed. da Unicamp, 2006. p. 67.

de atendimento perante os consumidores contratantes, sendo necessário compreender sobre a cobertura assistencial legal e contratual.

## *2.1 Cobertura assistencial legal e contratual: breves esclarecimentos*

Todo cidadão pode contratar um serviço privado de assistência à saúde, seja diretamente com um médico, hospital, clínica de imagem ou por meio de uma operadora de plano de assistência à saúde que prestará o atendimento através dos serviços próprios ou contratualizados, os quais formam sua rede de prestadores. Registre-se, que ele não está excluído do atendimento do SUS, a opção de escolha[12] da prestação de serviço de assistência à saúde é de sua inteira exclusividade, salvo em algumas situações urgentes ou emergentes.

A intensa judicialização da assistência à saúde contra o Poder Público repercutiu diretamente nas relações de consumo, no primeiro momento, com o discurso que as operadoras prestam serviço de relevância pública, portanto, devem ser equiparadas ao Estado e serem obrigadas ao "atendimento integral". Após, acrescentou-se o argumento que o não atendimento ao doente fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

A entrada em vigor da Lei dos Planos de Saúde (LPS), em 1999, proporcionou melhor aclaramento desta atividade econômica[13], inclusive com mecanismos de regulação de sustentabilidade para o setor, lastreados por ativos garantidores, todavia, não evitou a crescente demanda judicial. Consolidou-se duas realidades contratuais: (i) planos antigos e (ii) planos novos.[14]

12 Havendo a escolha pelo SUS é possível o Poder Público cobrar o ressarcimento das despesas, conforme determina o artigo 32 da Lei nº 9.656/98 e os atos normativos da ANS. O Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral do Tema 1033, tendo como paradigma o RE nº 666.094, decidiu que: "O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde.".

13 "essa lei trouxe importantes modificações ao sistema legal normativo e fiscalizador, da assistência privada à saúde. Em primeiro lugar, deu-lhe organicidade, definindo a natureza dos operadores e as modalidades de sua atuação. Em segundo lugar, reconheceu a especificidade do setor.". PASQUALOTTO, Adalberto. "A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma Interpretação Construtiva. In MARQUES, Cláudia Lima et al. Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

14 Em 2020, o STF, em repercussão geral (Tema 0123), pronunciou da seguinte forma: "As disposições da Lei nº 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir da sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter

Os planos novos permitem o mínimo de poder de modulação dos contratos pela operadora, haja vista ser obrigada a seguir as imposições legais e os atos normativos expedidos pelo órgão regulador[15], aplicando-se o verdadeiro dirigismo contratual estatal. *Contrario sensu* ocorria com os planos antigos, pois pela falta de regulamentação e regulação desta atividade econômica, desde da década de 1960, as operadoras redigiam seus contratos de forma livre exercendo sua liberdade contratual. Em ambos, a autonomia da vontade existe no sentido da pessoa ter a escolha de querer ou não adquirir uma prestação de serviço privado de assistência à saúde, todavia, com pouca ou nenhuma condição de negociação, eis que somente adere as cláusulas contratuais gerais redigidas unilateralmente pelo fornecedor ou impostas pelo órgão público regulador.

Atualmente, existem quase 3 milhões de beneficiários na modalidade de plano antigo e 47 milhões em planos novos. Da análise de alguns planos antigos, deparou-se que era usual indicar a "Tabela de honorários médicos" editada pela Associação Médica Brasileira[16] como referência obrigatória para as coberturas assistenciais e da "cláusula de exclusão", que, diga-se, ao longo desses anos muitas delas foram consideradas abusivas pelo Poder Judiciário.

A cobertura assistencial legal, baseada na Lei nº 9.656/98, aplica-se diretamente aos planos novos, impondo, no seu artigo 10, que as operadoras[17] instituíssem o "plano-referência de assistência à saúde", que consiste na "cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde", bem como delimitou[18] algumas

os planos antigos inalterados.". No período de 20 anos, até essa decisão final, muitos processos foram indevidamente julgados, pois nos primeiros oito anos de vigência na LPS os planos antigos eram predominantes nas carteiras das operadoras, consequentemente, há vários precedentes que possuem fundamentações equivocadas.

15 Para maiores detalhes, consulte a Instrução Normativa nº 23/2009.

16 A Tabela de honorários médicos foi renomeada para Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM.

17 Exceção para as operadoras que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos, conforme artigo 10, §3º da Lei nº 9.656/98.

18 De forma peremptória, o artigo 10 da Lei nº 9.656/98 estabeleceu os procedimentos não cobertos: "I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

coberturas.

Além desse plano, a operadora pode ofertar no mercado de consumo uma variedade de outros planos, com a combinação ou isoladamente, das segmentações[19] existentes: ambulatorial, hospitalar com obstetrícia, hospitalar sem obstetrícia e odontológica. Pode-se afirmar que o "plano-referência" por se constituir com as combinações das segmentações ambulatorial e hospitalar com obstetrícia é a alicerce escolhido pelo legislador para determinar a cobertura assistencial obrigatória para os demais planos novos, baseado no "rol de procedimentos e eventos em saúde" editado pela ANS ou simplesmente "Rol da ANS"[20].

Não há dúvida que a edição da Lei nº 9.656/98, a criação da ANS (Lei nº 9.961/2000) e seus atos normativos ampliaram a cobertura assistencial para os consumidores em detrimento da anteriormente comercializada, permitindo um avanço significativo para melhor prestação de serviço de assistência à saúde, porém, não inibiu a judicialização.

## 3 Repercussões do "rol taxativo mitigado": decisões para segurança jurídica

Foi pautado para a Segunda Seção de Direito Privado definir se o "Rol da ANS" deve considerado como "taxativo" ou "exemplificativo". O Ministro Luis Felipe Salomão, relator do processo em discussão que compõe a Quarta Turma, proferiu seu voto para que o "Rol da ANS" seja considerado taxativo, mas inovou dizendo que em casos excepcionais, mediante estudos já consagrados na medicina baseada em evidências, pode ser concedida tutela judicial a favor do consumidor, sendo denominada essa posição de "rol taxativo mitigado". Em sentido totalmente oposto e abrindo a divergência, está o voto da Ministra Nancy Andrighi que compõe a Terceira Turma, a favor do rol exemplificativo. Após vista conjunta para os demais Ministros, por maioria, decidiram acompanhar o voto do relator.

Cumpre dizer que o Poder Judiciário, na sua grande maioria,

V - fornecimento de medicamento importado não nacionalizado; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII - revogado; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. § 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS".

19 Para mais detalhes, veja os artigos 12 e 19, §3º, ambos da Lei nº 9.656/98.

20 O atual "Rol da ANS" está contemplado na Resolução nº 465/2021.

sempre compreendeu que o "Rol da ANS" era uma referência básica, portanto, meramente exemplificativo, decidindo contrariamente ao posicionamento da ANS, com o discurso que o referido rol é defasado[21] e que a prescrição do médico assistente que acompanha o consumidor deve sempre prevalecer, estabelecendo um conflito de entendimento entre os órgãos estatais e proporcionando insegurança jurídica para o mercado de saúde suplementar, implicando na ampliação da cobertura assistencial sem a devida contrapartida.

Por meio de pesquisa empírica realizada no portal eletrônico do STJ, com a expressão "rol de procedimentos", surgiram 377 acórdãos e 10.295 decisões monocráticas. Aplicando-se filtro na pesquisa a partir data do julgamento da Segunda Seção, obteve-se como resultado 30 (trinta) acórdãos da Terceira Turma e 22 (vinte e dois) da Quarta Turma, todos como Agravo Interno ao Recurso Especial.

Da análise dos acórdãos das duas Turmas, foi possível constatar uma uniformidade de entendimentos, os quais passam a ser transcritos, de forma aglutinada, no intuito de evidenciar com mais clareza os pontos convergentes da Segunda Seção.

Em todos os processos que envolvem a doença câncer[22] consta que a natureza taxativa ou exemplificativa do rol da ANS não tem relevância à análise do dever de cobertura, abarcando tanto os medicamentos quanto os exames para diagnóstico.

Fato semelhante acontece para o tratamento de transtorno do espectro autista (TEA), esclarecendo que a Segunda Seção concluiu pela abusividade da limitação das sessões de terapia, inclusive com a utilização do método da Análise do Comportamento Aplicada – ABA. A operadora passou a acatar que as sessões são ilimitadas com fonoaudiólogos, psicólogos, terapeutas ocupacionais e fisioterapeutas, contudo, não admite a cobertura sessões de equoterapia ou hidroterapia, por crer que se enquadram em terapias experimentais. Da leitura dos acórdãos, os Ministros são enfáticos ao aplicarem o texto atual do Rol da ANS que contempla a obrigatoriedade

21 No ano de 2021, a Lei nº 9.656/98 foi alterada para incluir o artigo 10-D que instituiu a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, reformulada pela Lei nº 14.307/2022.

22 Entre os acórdãos analisados, cite-se como exemplos: (i) Terceira Turma - AgInt no AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 2030294 - MS (2021/0373400-7) Relatora: Ministra Nancy Andrighi – 24/11/2022 e AgInt no Recurso Especial nº 2008201 - SP (2022/0179492-5) Relator: Ministro Moura Ribeiro – 09/11/2022 e (ii) AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 2099101 - RJ (2022/0092258-2) Relator: Ministro Marco Buzzi – 01/09/2022 e AgInt no Recuso Especial nº 1995921 - DF (2022/0100192-0) Relator: Raul Araújo – 26/08/202.

de a operadora "oferecer atendimento por prestador apto a executar o método ou técnica indicados pelo médico assistente para tratar a doença ou agravo do paciente."[23].

No mesmo sentido, o assunto *home care.* Afirmam os Ministros que a taxatividade do rol não prejudica o entendimento já consolidado da Corte Especial pela abusividade da cláusula contratual que veda a internação domiciliar (*home care*) como alternativa à internação hospitalar, sob o fundamento "por não configurar procedimento, evento ou medicamento diverso daqueles já previstos pela agência". Portanto, para que a operadora não seja compelida ao pagamento das despesas pelo *home care* deve conseguir comprovar que se trata de assistência domiciliar e não internação domiciliar.

Chama-se à atenção para as decisões que determinam o retorno dos autos para a instância de origem quando o pedido é do consumidor para não aplicação do rol taxativo, com as seguintes justificativas:

> 1 - Como não houve instrução processual para dirimir questão técnica e a controvérsia foi dirimida como se fosse de natureza tão somente jurídica, a tornar temerária a imediata solução do litigio para julgamento de total improcedência, aplicando-se o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015 e Súmula 456/STF), é de rigor a anulação do acórdão recorrido e da sentença para que seja efetuado requerimento de nota técnica ao Nat-jus (Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de origem) para que se possa aferir os fatos constitutivos de direito da parte autora - à luz do rol da ANS, e dos preceitos de Saúde Baseada em Evidências -, elucidando-se a questão eminentemente técnica subjacente à jurídica, acerca de se saber se a cirurgia vindicada, nas circunstâncias clínicas da autora, consta no rol da ANS e se é efetivamente imprescindível. (AgInt nos EDcl no Recurso Especial nº 1.955.566 - SP (2021/0257650-9) Relator: Ministro Luis Felipe Salomão – 16/09/2022).
>
> 2 - Na presente hipótese, as instâncias ordinárias se limitaram a afirmar que o rol da ANS seria meramente exemplificativo, concluindo pela abusividade da recusa de cobertura, sem observar a efetiva necessidade do procedimento não previsto. Não houve debate acerca de elementos concretos que possam justificar a cobertura do procedimento não previsto no rol mínimo de cobertura, mostrando-se necessária a anulação do acórdão e da sentença, com o retorno do feito à primeira instância, para novo julgamento da controvérsia. (AgInt no Recurso Especial nº 1946118 - MT (2021/0198774-3) Relator: Ministro Marco Buzzi – 29/09/2022).
>
> 3 - Portanto, em conformidade com a recente jurisprudência desta Corte Superior quanto à possibilidade excepcional de se determinar

23 Nova redação do artigo 6º, §4º da RN nº 465/2021, dada pela RN nº 539/2022.

> a cobertura, pelo plano de saúde, de tratamento não previsto no rol da ANS, os autos devem retornar ao Tribunal de origem para que assim seja analisado. (AgInt no Recurso Especial nº 1932967 - RJ (2021/0111454-5) Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira – 02/12/2022).

Lado outro, quando o pedido é realizado pela operadora para aplicar a taxatividade do rol a Corte Superior não determina o retorno dos autos para instância *a quo*, justifica afirmando que "para se desconstituir as premissas firmadas no acórdão recorrido, seria necessário perquirir se haveria outro procedimento eficaz para o tratamento da patologia que acomete a recorrida, ponderação que demandaria, inevitavelmente, o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é obstado, em recurso especial, pelo enunciado da Súmula n.º 7 do STJ."[24].

Jamais querendo desmerecer a Corte Especial, as constatações expostas evidenciam que há distorções através de posicionamentos contraditórios envolvendo o tema, configurando um cenário de subjetividade.

Presume-se, que o julgador pretende encontrar soluções que visam preservar a integridade física ou psíquica da pessoa humana no momento de fragilidade sem considerar que os *consumidores passivos* arcarão ao longo da sua trajetória no plano os custos da ampliação da cobertura. Pode-se ir além nesse pensamento, ao presumir que o julgador já passou por experiências desagradáveis, pessoais, com familiares ou amigos, sobre determinada doença, tendo incutido preconceitos que aguçam a concessão da tutela jurisdicional.

## 4 Conclusões

A "hipercomplexa"[25] relação de consumo de saúde suplementar deve ser harmonizada como preceitua o artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, através de discussões propositivas, com os players despidos de posicionamentos radicais e armaduras, no intuito de aclarar e pacificar a delimitação positiva da prestação privada de assistência à saúde, evitando-se assim a judicialização, que impacta custos para todos.

Importante destacar que o mercado de saúde suplementar é

24 AgInt no Recurso Especial nº 2003561 - PR (2022/0146770-3) Relator: Ministro Moura Ribeiro – 21/09/2022.

25 MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde privada suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção à confiança. Revista de Direito do Consumidor. vol. 12. ano 27. p.77-101. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2018.

altamente regulado, há pouco espaço para "manobras espúrias" da operadora, os contratos de adesão obedecem ao dirigismo estatal.

Como o principal objeto do plano é o atendimento aos bens mais valiosos da pessoa humana, preservação da vida ou a recuperação e reabilitação da saúde, por si só trazem uma natural comoção. A sensibilidade desta prestação de serviço é indelével, mas não se pode coadunar com criações de posicionamentos jurídicos que visem tranquilizar a consciência do julgador, deve ater-se a segurança jurídica, firmando teses sólidas[26] que possam conscientizar o consumidor sobre o verdadeiro alcance dos seus direitos no contrato de plano ou seguro de assistência à saúde e não estimulando a judicialização.

O Poder Judiciário ao sedimentar entendimento que a natureza taxativa ou exemplificativa do rol não tem relevância para o dever de cobertura para todo e qualquer tratamento, medicamento ou diagnóstico da doença câncer é o mesmo que legislar, interferindo na esfera dos outros órgãos estatais, eis que acaba por ampliar a cobertura legal e contratual.

Com efeito, qualquer nova tecnologia em imagem, inovação de técnicas[27] e lançamento de novos medicamentos contra o câncer, bem como de novas terapias criadas para o autismo, *per si* receberão tutela jurisdicional. Essa situação abre precedentes inseguros, haja vista os interesses empresariais e econômicos dos fabricantes e prestadores de serviços.

Compreensível que se deva sempre perseguir atender a centralidade na pessoa humana, viabilizando que ela receba o mais adequado procedimento ou tratamento, com a devida expectativa da qualidade, todavia, não se pode exigir da operadora a integralidade da prestação de assistência à saúde. As delimitações negativas impostas pela LPS ou pelo órgão regulador devem ser respeitadas para garantir a sustentabilidade do sistema privado de saúde suplementar, pois quem paga a conta são todos os demais consumidores.

26 O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão entende pela necessidade de julgar com base em precedentes, como no sistema common law, adverte: "Aqui no Brasil, o que é que ocorre? É um cipoal de legislação federal interpretada por um sem número de juízes e tribunais. Se não houver precedente vinculante em vários temas, o resultado é caótico! Cada um interpreta de um jeito. Então, volto para a importância, no cenário de segurança jurídica, de se cumprirem precedentes.". SALOMÃO, Luis Felipe. Atuação judicial e a interpretação dos contratos. In: Judicialização da saúde / organizadores Marco Villas Boas, José Cechin. Palmas: Editora Esmat, 2020, p. 276.

27 Veja a reportagem "Justiça manda cobrir cirurgia de câncer via robótica" –https://www.migalhas.com.br/quentes/379328/justica-manda-plano-cobrir-cirurgia-de-cancer-via-robotica. Acessado em: 27 dez. 2022.

Inegável o avanço já provocado pela decisão da Segunda Seção, pois nos julgados analisados evidencia a tendência para que os processos nas instâncias originárias sejam melhores instruídos com provas técnicas, ao invés do acatamento do absolutismo do médico prescritor que acompanha o consumidor como era de praxe, proporcionando a busca da justiça contratual. Outro avanço significativo, diz respeito a nova sistemática de incorporação de novas tecnologias e inovação no "Rol da ANS", com prazos reduzidos e participação colegiada.

Entender a taxatividade do "Rol da ANS" como regra geral é medida que proporciona a devida transparência sobre as delimitações das coberturas assistenciais obrigatórias e garante a perenidade do sistema de saúde suplementar para todos os envolvidos. Ao criar interpretações com caráter de subjetividade para justificar às exceções, enfraquece a regra geral, tornando-a insegura juridicamente.

## Referências

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **SUS Sistema Único de Saúde:** comentários a lei orgânica da saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90). Campinas: Ed. da Unicamp, 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Uma nova disciplina:** o direito sanitário. Revista Saúde Pública. vol. 22 (4). São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde privada suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção à confiança. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 12. ano 27. p.77-101. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. "A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma Interpretação Construtiva. In MARQUES, Cláudia Lima et al. **Saúde e Responsabilidade:** seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SALOMÃO, Luis Felipe. Atuação judicial e a interpretação dos contratos. In: **Judicialização da saúde** / organizadores Marco Villas Boas, José Cechin. Palmas: Editora Esmat, 2020.

Capítulo 9

# A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

*Robéria Fernandes da Silva*[1]
*Lázaro Rizi Paizante*[2]
*Débora Moreira Maia Ricaldoni*[3]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.129-142

## 1 Introdução

As constantes transformações sociais e os avanços tecnológicos trouxeram consigo grandes desafios para a sociedade, sobretudo nas relações jurídicas e nas formas de transmissão de informação e de relacionamento entre as pessoas. Com o advento das redes sociais, as informações tornaram-se mais acessíveis e as notícias mundiais são disseminadas muito rapidamente, praticamente de forma instantânea.

As pessoas passaram cada vez mais a fornecer e armazenar dados relativos à sua privacidade e seu ID digital (identidade digital) em ambientes virtuais, tornando-se vulneráveis ao vazamento de dados e sendo alvos de interesses econômicos. A identidade digital, basicamente, vem a ser qualquer dado pessoal existente no mundo virtual, que pode

1 Graduada em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo pelo IES/Funcec (2006); Pós-Graduada em Gestão Estratégica da Comunicação Organizacional pela UNA-BH (2011); Graduanda em Direito pela Faculdade Promove de Belo Horizonte. E-mail: roberiafernandes@gmail.com

2 Graduando em Direito pela Faculdade Promove de Belo Horizonte (2022), Graduado em Eletrotécnica Industrial pela Faculdade Pitágoras (2012) Especialista em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (Crisp) pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2015), Especialista em Ciências Forenses - Pericia Cível e Criminal pela Faculdade Batista de Minas Gerais - FBMG (2013). E-mail: lazarorizi@gmail.com

3 Técnica em Administração pelo Sebrae (2003), Graduada em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2009), Especialista em Direito Processual Civil, pela Uninter (2010) e Mestre em Administração pela FEAD-BH (2013), linha de pesquisa: Gestão. Organização e Mudança. Professora de Direito Civil da Nova Faculdade desde 2014 das matérias: Teoria Geral do Direito Privado, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões e Coordenadora do Curso de Direito desde agosto de 2022. E-mail: debymaia@gmail.com

ser ligado a uma pessoa real. Dados como o Cadastro de Pessoa Física (CPF) costumam ser disponibilizados de forma consentida pelo usuário em alguma relação jurídica de consumo. Apesar do consentimento, deve estar claro para o consumidor onde seus dados serão usados e com quem serão compartilhados, o que nem sempre ocorre.

Nesse cenário de transformações, avanços tecnológicos e velocidade da informação, surge a Lei nº 13.709, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), de 14 de agosto de 2018, com vigência a partir de agosto de 2020, com a tarefa de positivar a disciplina jurídica no que tange ao tratamento de dados pessoais no ordenamento brasileiro. A LGPD brasileira sofreu influência do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD ou GDPR, em inglês), da União Europeia, em vigor desde maio de 2018, e que serve como base para o mundo todo. O marco civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, também influenciou e estimulou a edição da LGPD no Brasil.

A LGPD nasce para proteger direitos fundamentais, como o da liberdade e o da privacidade, proporcionar aos cidadãos garantias de segurança e conceder punição, nas esferas cível e penal, a todos aqueles que, sem autorização prévia, divulgarem indevidamente dados pessoais. Ela regulamenta a forma como os dados pessoais e aqueles considerados sensíveis serão armazenados e protegidos, estabelecendo limites aos abusos relacionados à sua manipulação, com enfoque direcionado à imputação da obrigação de reparar o dano causado.

Diante destes fatos, sobressai a questão: Como mensurar o uso dos dados pessoais pelos provedores de internet ou provedores de comunicação? Como balizar o tipo de responsabilidade pela exposição indevida de ID digital dos usuários da rede mundial de computadores? O que está resguardado pela lei, e o que é de responsabilidade do próprio usuário?

Essas e outras perguntas buscarão ser respondidas ao longo do desenvolvimento do presente artigo acerca da responsabilidade civil na LGPD.

## 2 Conjunturas anteriores à LGPD em tratamento de dados pessoais e a responsabilidade civil

Nos próximos parágrafos será feito um apanhado de fatos anteriores à edição da LGPD que estão relacionados ao problema objeto de estudo e são considerados relevantes para a compreensão do fundamento da

responsabilidade civil previsto na lei, se será a culpa ou o risco.

No primeiro momento há exposta uma análise histórica de como se deu a criação da LGPD, a partir da necessidade jurídica de uma regulamentação para o tratamento e armazenamento de dados pessoais que protegesse os direitos da personalidade, bem como os direitos da intimidade, honra e privacidade.

### *2.1 Análise Histórica de Como Se Deu a Criação da LGPD*

A LGPD surgiu através de uma demanda natural da sociedade e instituições de justiça, a necessidade inicial de empresas e usuários da internet para questões da cyber segurança, ganharam notoriedade em razão da escalada dos Cyber crimes. Em 2018, segundo um estudo da McAfee publicado na revista Veja , o Brasil registrou perdas progressivas com crimes virtuais, chegando a R$ 10 bilhões por ano.

O Brasil é um dos atores mundiais nesse quesito, juntamente a outros países como, Rússia, Índia, Coreia do Norte e Vietnã. Assim sendo, a LGPD surge em um contexto e esforços contíguo de diversas instâncias no sentido de combater os crimes perpetrados na rede mundial de computadores, bem como fraudes diversas que, com o tempo, crescem assustadoramente no Brasil. Mediante desafios diversos, constatou-se que a ausência de uma autoridade Nacional de Proteção de Dados, dificultava a responsabilização por vazamento de dados, assim como permitia um ambiente propício para crimes e fraudes digitais, uma vez o cidadão encontra-se com seus dados expostos na rede constantemente, através da massificação de coleta de dados, como nos aponta Ana Frazão:

> Apesar de o tratamento de dados pessoais em si já ser há muito realizado, os fatores que explicam sua inédita expansão nos tempos hodiernos estão atrelados às novas tecnologias disponíveis aos agentes de tratamento, sobretudo o Big Data e o Big Analytics, as quais permitem a consecução dos fins almejados de maneira mais eficaz, veloz, massiva e diversificada. (FRAZÃO, 2019, p. 24).

Assim, diante da "na ausência de regulação adequada", os procedimentos envolvendo o tratamento de dados "passaram a ser realizados sem maiores cuidados, podendo levar a sociedade a exposições com reflexos futuros indesejados.

Desta forma, a LGPD, Lei nº 13.709/2018, vem a ser um dispositivo legal que busca fornecer às pessoas naturais, um efetivo controle de dados pessoais dos cidadãos, criando instrumentos protetivos ao seu

uso, seja utilizado por uma empresa privada, como uma clínica médica, por exemplo, ou por um órgão público, como uma prefeitura.

## 3 A responsabilidade civil as diferentes formas de se vislumbrá-la na LGPD

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2008. p. 240), "a responsabilidade civil é toda ação ou omissão que gera violação de uma norma jurídica legal ou contratual. Assim, nasce uma obrigação de reparar o ato danoso". Para o autor, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surgiu da violação de um dever jurídico originário.

Para o doutrinador Sílvio Venosa, a responsabilidade civil é:

> Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (…) O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. (VENOSA, 2020, p. 347).

Compreende-se que, em ambas as definições, a responsabilidade civil está relacionada à ideia de organização da sociedade no qual um indivíduo não deve prejudicar o outro. E, caso ocorra algum tipo de prejuízo ou alguém se sinta prejudicado, a responsabilidade civil será utilizada para forçar alguém a reparar os danos causados a terceiros por sua ação ou omissão.

De acordo com o professor Carlos Roberto Gonçalves (2017), são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

A maior controvérsia e divergência doutrinária de todo este trabalho é compreender se a responsabilidade civil na LGPD será objetiva ou subjetiva. O ponto de divergência encontra-se na culpa. Os autores Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes publicaram artigo científico no final do 2018 com o entendimento de que se aplicaria a responsabilidade civil objetiva à LGPD. Dentre seus argumentos está a afirmação de que "o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares".

Para respaldar a sua tese, os autores consideram dispositivos da LGPD que não estão situados especificamente na seção sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento, na qual existe uma construção normativa que busca restringir ao máximo os casos em que o tratamento de dados é

juridicamente permitido, limitando-os às situações nas quais as operações com informações ligadas aos particulares sejam "úteis e necessárias".

Dessa forma, conclui-se que o argumento dos autores baseia-se no fato de que a própria LGPD visa delimitar expressamente as situações permitidas de tratamento, para evitar a banalização. Por meio da criação de inúmeras restrições, constata-se que a atividade é caracterizada como de risco, a ponto de atrair a responsabilização dos agentes de tratamento, independentemente de culpa. Nesse mesmo entendimento, reconhece que a atividade de tratamento de dados "impõe riscos aos direitos".

### 4.2.1 A Ocorrência do Dano Moral In re ipsa

O dano é um requisito essencial para a existência da responsabilidade civil, conforme Gagliano, Pablo Stolze (2017), todo dano deve ser reparado, seja ele moral (extrapatrimonial) ou material (patrimonial).

Como o objeto do artigo é a Responsabilidade Civil na LGPD, que não envolve questões patrimoniais, o tipo de dano a ser explorado é o dano moral, que vem a ser, conforme entendimento de Maria Helena Diniz: "a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo". (DINIZ, 2003, p. 84).

Já o professor Carlos Roberto Gonçalves, traz um conceito mais completo e afirma que o "dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação" (GONÇALVES, 2009, p.359).

O entendimento em relação ao conceito de dano moral é pacífico entre os doutrinadores. O dano moral é aquele que afeta a personalidade e, de alguma forma, ofende a moral e a dignidade da pessoa humana.

No caso de inserções indevidas de nomes de pessoas em cadastro de inadimplentes, ou no vazamento de dados pessoais, a responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação, considerando que o bem jurídico tutelado pela Lei Geral de Proteção de Dados são os direitos da personalidade, sobretudo a privacidade e intimidade do sujeito de direito.

Verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral presumido, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. Tem-se, neste caso, a ocorrência

do dano in re ipsa, segundo o qual qualquer dano a direitos fundamentais ou da personalidade será presumido pelos próprios fatos.

> Dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 118).

O dano moral parte da violação aos direitos da personalidade, que eventualmente, poderá ou não ter como efeitos danos aos sentimentos. O bem jurídico a ser reparado são os direitos da personalidade, que são indisponíveis, e não o que a pessoa sentiu. Ocorre que o dano moral nada tem a ver com a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares:

> O pesar e consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis, pois cada ser humano recebe os golpes da vida de forma única, conforme o seu temperamento e condicionamentos. Afinal, "cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é". (ROSENVALD; FARIAS; 2017, p. 297).

Conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a violação ao tratamento de dados ofenderá o direito à privacidade de outrem, nascendo, o dano moral in re ipsa,

> CONFIGURA DANO MORAL IN RE IPSA a ausência de comunicação acerca da disponibilização/comercialização de informações pessoais em bancos de dados do consumidor."
>
> (REsp 1.758.799-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019)

Portanto, conforme Gagliano, Pablo Stolze (2017), doutrinadores têm defendido que o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado in re ipsa, ou seja, pela força dos próprios fatos.

## 5 Análise da lei geral de proteção de dados (LGPD) à luz da responsabilidade civil

Ao se iniciar o estudo da LGPD especificamente, faz-se necessário verificar quem são os atores que a lei trouxe: os controladores, operadores e encarregados. A própria lei, em seu artigo 5º além de trazer importantes conceitos necessários à melhor compreensão do dispositivo legal, explica quem são esses atores:

> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

> a. - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
>
> b. - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;
>
> c. - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);
>
> d. - agentes de tratamento: o controlador e o operador (BRASIL, 2018).

Compreendidos quem são os atores trazidos pela lei, passa-se à análise dos artigos 42 a 45, que estão relacionados à responsabilidade civil e interessam a este estudo:

> Artigo 42: "O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo". (BRASIL, 2018)

Ao examinar o referido dispositivo, percebe-se que são necessários alguns requisitos para estabelecer a responsabilidade civil do agente de tratamento de dados, seja ele controlador ou operador, que são eles: a existência de um exercício efetivo de atividade de tratamento de dados, a comprovação da existência de um dano e a violação da lei.

O artigo 42 fala de uma relação de causalidade, no qual a reparação precisa ocorrer em virtude da atividade de tratamento de dados. Sobre o dano moral, como a violação fere direitos da personalidade, e pela interpretação do art. 5º, inciso X da Constituição Federal, comprova-se a ocorrência do dano in re ipsa. O dispositivo não faz menção à culpa e nem ao risco, não qualifica a conduta do agente, o que torna possível a conclusão de se trata de responsabilidade objetiva.

Um ponto discutível desse artigo é que o controlador possui a mesma responsabilidade do operador na questão da segurança dos dados, o que é questionável ao implicar a um funcionário, com posição hierarquicamente inferior, o dever de indenizar, uma vez que a sua responsabilidade, enquanto empregado da empresa deveria ser subjetiva, ainda que coubesse ação de regresso ao proprietário.

O artigo 43 traz hipóteses excludentes de Responsabilidade Civil, podendo ser comparado ao artigo 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90. Como dito anteriormente, em muitos momentos a LGPD dialogará com o CDC, que tem como regra a

responsabilidade civil objetiva, reafirmada nesse dispositivo, no qual apenas as excludentes retiram do agente de tratamento de dados a responsabilidade pelo dano causado.

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; (BRASIL, 1990).

O artigo 44 define o conceito de "tratamento irregular", ao prever que assim o será sempre que "deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar", bem como define em seus incisos I, II e III as circunstâncias para auxiliar nessa avaliação. Ainda sobre o artigo 44, constata-se que ele apresenta divergência acerca do tipo de responsabilidade civil a qual se submetem os agentes de tratamento de dados, se comparado às afirmações do art. 42. O dispositivo fala de um tratamento irregular de dados como gerador da responsabilidade civil, enquanto o art. 42 impõe a responsabilidade ao dano causado. Veja:

Para concluir a análise dos dispositivos da LGPD relacionados à responsabilidade civil, tem-se o artigo 45: "As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente". O artigo remete novamente ao Código de Defesa do Consumidor, que tem como regra a responsabilidade civil objetiva, no qual os fornecedores respondem, independentemente de culpa, por danos causados ao consumidor em caso de vício ou defeito.

As sanções administrativas aplicáveis aos casos de violação de dados pessoais estão previstas nos artigos 52 a 54 da LGPD, e vão desde as penalidades de advertência e multa simples, até a aplicação de multa diária no valor máximo de R$ 50 milhões e a proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. Conforme verificado:

> Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (Vigência)
>
> I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
>
> II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da

> pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
>
> III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;
>
> IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
>
> V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;
>
> VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;
>
> VII - (VETADO);
>
> VIII - (VETADO);
>
> IX - (VETADO).
>
> X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)
>
> XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)
>
> XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) (BRASIL, 2018).

Para aplicação das sanções descritas acima, primeiramente haverá a instauração de um procedimento administrativo, no qual será assegurado o direito à ampla defesa e também verificadas as peculiaridades do caso concreto, conforme disposto no §1º do artigo 52 que traz parâmetros e critérios, tais como: gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados, a boa-fé do infrator, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a condição econômica do infrator, a reincidência, o grau do dano, a cooperação do infrator, a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, a adoção de política de boas práticas e governança, a pronta adoção de medidas corretivas e a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

Compreende-se que particulares como a boa-fé do infrator, a sua cooperação e condição econômica, bem como a reincidência e o grau do dano serão algumas das consideradas no momento de aplicação das

sanções administrativas para o caso de violação de dados pessoais previstos na LGPD.

## 6 Considerações finais

Por todo o exposto, pôde-se compreender que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representa um marco para o Brasil no que diz respeito à proteção aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, intimidade, honra e imagem, em se tratando de dados pessoais.

A LGPD surge no Brasil praticamente como uma resposta aos movimentos já experimentados nos ordenamentos jurídicos de outros países, voltados para o reconhecimento da necessidade de se editar leis específicas para que regulamentem a proteção de dados pessoais, a exemplo da União Européia, com a edição do RGPD que trouxe influências diretas para a LGPD, tanto na promulgação, quanto na própria redação final.

A violação da privacidade do cidadão ou de qualquer outro direito fundamental por meio do vazamento de dados pessoais constitui ofensa ou lesão aos direitos da personalidade, e gera, portanto, o direito à indenização por danos morais. No descumprimento de uma obrigação, no caso o sigilo e a proteção de dados pessoais de usuários, seja por inadimplemento contratual ou por descumprimento de dever legal, também ocorre o dever de indenizar o ofendido.

O dano sofrido pelo usuário com a violação ou o vazamento de seus dados pessoais é considerado dano moral in re ipsa ou presumido, no qual a pessoa ofendida não precisa provar a existência da lesão ao seu direito de personalidade, mas tão somente comprovar a existência do fato que o dano estará configurado.

Percebe-se, nessa referida análise sobre o dano in re ipsa uma tendência bastante favorável à aplicação da responsabilidade objetiva em detrimento da subjetiva, pautada exclusivamente pelo risco e não pela culpa, nas situações de dano previstas na LGPD. Configurado o dano moral in re ipsa, pode-se compreender que os agentes controladores de dados respondem objetivamente pelos danos causados ao usuário ou proprietário dos dados pessoais, ou seja, respondem independentemente de culpa.

No entanto, a divergência em torno dessa questão não se soluciona tão facilmente. O importante é que o presente artigo não pretendeu fornecer uma resposta definitiva para o problema central que o justificou, mas sim apresentar primeiramente um panorama sobre os diferentes pontos de vista

e correntes doutrinárias, para, em seguida, analisar mais detalhadamente as diferentes nunances que o permeiam e os artigos dispostos sobre o tema.

Após análise dos posicionamentos e dos artigos da LGPD que se referem à responsabilidade civil, apesar de uma tendência clara à objetividade da responsabilização civil, não há como conceder um veredito final para a questão, considerando que existem perspectivas sustentadas por alegações juridicamente válidas, pautadas por entendimentos de doutrinadores respeitados nacionalmente, que também devem ser observadas.

Fato é que não houve clareza do legislador e um posicionamento explícito no momento de elaboração e na própria redação da LGPD que cerceasse qualquer controvérsia de posicionamento sobre a questão do tipo de responsabilidade civil a ser aplicada, apesar da ciência da importância do debate entre a escolha da responsabilidade objetiva ou da subjetiva para solução dos mais diversos litígios.

A ausência desse posicionamento explícito do legislador no tocante à elaboração da lei que enseja as divergências doutrinárias, pode acarretar, até mesmo, em certa insegurança jurídica aos julgadores na resolução de litígios concretos que envolvam a responsabilização pelo tratamento ou vazamento de dados pessoais. A questão é ainda incipiente para se esperar que os tribunais possuam uma posição homogênea, principalmente no que tange à omissão legislativa.

Portanto, conclui-se que existe o desafio de se construir uma base harmônica de precedentes jurídicos que auxiliem nos julgamentos de questões envolvendo problemas de responsabilidade civil sujeitos ao regramento da LGPD. Para isso, faz-se necessário o aprofundamento em estudos sobre a temática com o objetivo de resolver problemas que poderiam ser facilmente solucionados caso a legislação fosse clara acerca do tipo de responsabilidade civil aplicada à LGPD.

As responsabilizações advindas da LGPD passaram a ser aplicadas em agosto de 2021. Entre as sanções previstas pela lei com o descumprimento das normas, estão advertência, multa simples e multa diária, além de eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração. A multa pode ser de até 2% do faturamento da pessoa jurídica, podendo chegar ao limite de 50 milhões de reais por infração.

## Referências

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 8. ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto Presidencial nº 2.181**, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997. Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD**). Lei 13.709/18.

BRASIL. **Marco Civil da Internet.** Lei 12.964/14.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. Coimbra: Edição Almedina, 2003, p. 416.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Responsabilidade Civil. V.7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. "Da responsabilidade civil no novo Código", in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2003, p. 160.

FARIAS, Cristiano & ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** 15ª ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-52. ISBN 978-85-5321-663-5. p. 24.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 2016 p. 307.

GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** V. IV. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do Tratamento de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 219-241. ISBN 978-85-5321- 663-5.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 120. ano 27. p. 469-483. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2018.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil:** parte geral e LINDB. 15. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 268.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil.** 4. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2017c, p. 297.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 10. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 2167.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil:** volume único / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VENOSA, Sílvio. **Direito Civil** - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2 / Silvio Venosa - 20ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2020, p. 347.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** obrigações e responsabilidade civil. 17. ed.. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A Constituição de 1988 e o Direito Civil**. In: MORAES, Guilherme Peña de;(Org.). 30 anos da Constituição

Federal e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 477.

ZIKMUND, W. G. **Business research methods.** 5.ed. Fort Worth, TX: Dryden, 2000.

Capítulo 10

# A INCLUSÃO DA DIVERSIDADE SEXUAL E O ENFRENTAMENTO DA HOMOFOBIA: UM DIÁLOGO PARA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO DO HOMOAFETIVO NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

*Moisés Martins de Assis*[1]
*Ariete Pontes de Oliveira*[2]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.143-156

## 1 Introdução

Ao falar sobre o meio ambiente de trabalho é possível entender que, apesar de ser local de intensa interação social, algumas problemáticas podem ser levantadas analisando-se as diversidades ali existentes. O assumir-se homoafetivo nestes ambientes traz, em muitos casos, o preconceito e a discriminação.

O homoafetivo em diversos ambientes de trabalho tem sido hostilizado, estigmatizado, marginalizado, agredido e principalmente excluído, justamente por assumirem a sua orientação sexual. Por esta razão, inúmeros homoafetivos preferem manter sua sexualidade resguardada, pelo menos no local de trabalho, temendo pelas represálias e piadas discriminatórias.

A temática deste artigo deu-se considerando a necessidade de se abordar a importância de reconhecer a diversidade sexual, em específico, do homoafetivo, nos ambientes juslaboral, justamente por ser local em que há reunião de diversas pessoas, enfim, no meio ambiente juslaboral as diferenças se encontram. Em contraponto, é sabido que a maioria

1 Advogado, Especialista em Direito Processual Civil. Membro da Comissão de Ética e Disciplina da 75ª Subseção da OAB.

2 Doutora em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. *Postgrado en Derecho "EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO" Universidad de Castilla – La Mancha.* Professora efetiva da UEMG/Diamantina, curso de Direito, ofertado fora de sede ofertado no Município de Guanhães/MG. Advogada trabalhista.

dos ambientes juslaborais possuem, ainda, padrões de comportamentos heterossexuais, patriarcais, de natureza binarista, dotados de pré-conceitos herdados. Apesar de toda evolução social e o atual contexto fático ser plural e diverso, há que se registrar, como será demonstrado nessa pesquisa, que a discriminação em desfavor da pessoa homoafetiva se faz presente. Neste sentido, buscar-se-á analisar como a norma jurídica tem combatido a homofobia nos ambientes juslaborais, considerando que a inserção formal do princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade vedam condutas de natureza discriminatórias. A presente pesquisa foi realizada por meio da revisão bibliográfica abordando as temáticas da sexualidade, do gênero, do patriarcado, da discriminação e da homofobia. Ao final da presente pesquisa, defende-se o Direito do Trabalho como instrumento de combate à discriminação e a homofobia no meio ambiente juslaboral a fim de atender a finalidade do Estado Democrático de Direito que é a promoção da pessoa humana.

## 2 A sexualidade binarista firmada pelo patriarcalismo e a historicidade em torno da homoafetividade

Abordar a temática de gênero e sexualidade requer processo de desconstrução, na maioria das vezes, de conceitos firmados por perspectivas histórias, religiosas e culturais firmados ao longo da modernidade[3], compreendida entre o final do século XV até o século XVIII, que sistematizou o construído social do binarismo na concepção da heteronormatividade.

Inicialmente, quanto ao conceito de gênero, Anjos (2000, p. 275) aponta que, seu conceito foi entendido "como relações estabelecidas a partir da percepção social das diferenças biológicas entre sexos". Consequentemente hierarquizadas pelo sexo biológico, sendo ao homem superior em detrimento da mulher.

A modernidade é consagrada pela predominância da ciência e da razão, como única forma de alcançar a verdade absoluta à sociedade. Veja-se:

> [a] Modernidade, como novo "paradigma" de vida cotidiana, de compreensão da história, da ciência, da religião, surge ao final do século XV e com a conquista do Atlântico. O século XVII já é fruto do século

3 Em notas resumidas, pode-se afirmar que a modernidade tratou-se de projeto societal marcado pela razão e pela normatização universal e abstrata, tendo como marco valorativo, a heteronormatividade, o valor do homem branco-proprietário e o individualismo. (OLIVEIRA, 2017)

> XVI; Holanda, França e Inglaterra representam o desenvolvimento posterior no horizonte aberto por Portugal e Espanha. A América Latina entra na Modernidade (muito antes que a América do Norte) como a "outra face", dominada, explorada, encoberta. (DUSSEL, 2005, p. 30). [grifos do autor]

Neste mesmo sentido, Oliveira (2017, p. 76) aponta algumas características marcantes da Modernidade:

> [o] projeto da modernidade, constituído entre os séculos XVI e fins do século XVIII, edificou-se, sob a racionalidade e a cientificidade, em transição, a ordem social fundada na valoração transcendental. Erigiu-se sob os pilares da regulação, com os princípios do Estado, Comunidade e Mercado e da emancipação, com os princípios da racionalidade, afeta a arte e a literatura, moral-prática e da ciência e da técnica.

Segundo padrões societais da modernidade, cada sujeito tinha o seu lugar na sociedade, nesse sentido aponta Melo (2016, p. 15), quanto a posição das relações homoafetivas:

> Naquela sociedade, cada indivíduo possuía um lugar determinado e não era aceitável tentar questionar ou mesmo remodelar tal hierarquia. Mas, isso não impediu que os grupos marginalizados tentassem mudar tal configuração social e os homoafetivos faziam parte desta parcela dos excluídos. (MELO 2016, p. 15).

Destaca-se, também, que é nesta época que a imagem da mulher é totalmente vinculada ao lar, ao cuidado dos filhos, ao discurso social ligado à natureza feminina.

Acerca do binarismo, Swain (2001) enfatiza-o como norteador do comportamento social, já que o interpreta não apenas em relação aos sexos masculino e feminino, mas também em comparação com determinadas questões dualistas que compõe as concepções binárias humanas, tais como o bem e o mal, puro e impuro, verdadeiro e falso, belo e feio.

Quanto ao patriarcado, Narvaz e Koller (2006), apontam que o patriarcado não firma apenas o poder do pai, mas empodera os homens, ou seja, o ser masculino, sobrepõe-se como categoria social em relação às mulheres, que passam a ser subjugadas em todas as suas relações sociais.

Ao analisar a predominância do comportamento binarista, bem como a consequente luta contemporânea para desconstruir tal preceito, dando visibilidade à diversidade, Sousa (2018, p. 05), destaca que:

> Atualmente somos capazes de desconstruirmos grandes falácias que nos impregnaram durante séculos e séculos. Das molduras binárias do cissexismo que sacrificam milhares de vidas e reduzem a pluralidade e a diversidade sociocultural que o ser humano é capaz de produzir,

> sendo ele o único ser da face da Terra capaz de tal feitio. Um discurso envolto de "desenvolvimento humano", que por séculos e séculos excluiu, oprimiu, subordinou, inferiorizou, discriminou e matou – e ainda os fazem – pessoas que não se reduziram a uma dita verdade única e concreta. (Grifo do autor)

Neste sentido, falar sobre não-binarismo, adentra em campo complexo, que atravessa o conceito heteronormativo, binarista e patriarcal. Assim, diante de diversas identidades de gênero, bem como os novos olhares sobre a sexualidade, tem-se a necessidade de construção de diálogos que sejam capazes de desconstruir o binarismo e, nesse caso, é o que propõe a presente pesquisa.

### *2.1 O contraponto entre a concepção binarista patriarcal e o necessário reconhecimento da diversidade e da tutela a pessoa homoafetiva*

Em nosso sistema social, a identidade heterossexual está naturalizada, tida como pressuposto[4], conforme Silva (2018), bem como é devidamente imposta como sendo padrão a ser seguido. Deste modo é possível compreender os preceitos da heteronormatividade, posto em superioridade, numa concepção proposital, o que acabou por gerar exclusão de pessoas não heterossexuais.

A heteronormatividade ainda tenta estigmatizar manifestações culturais e de afeto que não sejam heterossexuais, principalmente no que diz respeito às questões religiosas, matrimoniais e de comportamento, porém, na concepção do Estado Democrático de Direito, a elevação da dignidade da pessoa humana impulsiona reconhecimento às pessoas sem adjetivações. Registre-se que a pessoa humana e sua tutela à dignidade é base do Estado Democrático de Direito nos termos do art.3º, III da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, todas as formas de discriminações que tem por base a orientação sexual do outro ferem o princípio da dignidade da pessoa humana. "Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais e acaba por causar sentimento de rejeição e sofrimentos." (DIAS, 2010, p. 04).

Na concepção da diversidade e de reconhecimento, a homoafetividade deve ser compreendida como expressão de afeto dotada de legitimidade, havendo que se reconhecer que a sexualidade humana

4 No sentido de ter sido imposto pela concepção binarista.

pode se manifestar de formas diferentes, que deve, segundo Maranhão (2011), ser vista como fator natural e inerente ao ser humano.

A pós-modernidade, nascida em meados do século XX, é marcada pela globalização e domínio do sistema capitalista, já que, na Modernidade, houve uma expansão da evolução da indústria e da tecnologia. Portanto, nessa nova era tem-se uma geração questionadora das aporias modernas e individualista, o que é entendida como ruptura dos ideais individuais heteronormativas. No tempo da pós-modernidade defende-se a liberdade das diversidades.

Assim, nas palavras de Amaral (2015) as lutas e os movimentos liderados por mulheres e homoafetivos têm extrema relevância ante o seu necessário reconhecimento, já que, a era pós-moderna, pensante, plural e subjetiva, não coaduna com a exclusão ou repressão do tempo da modernidade. Essa desconstrução histórica é bem abordada por Pombo (2017), ao dizer que as conquistas nas últimas décadas, fruto da luta contra o patriarcado e a dominação, representam mudança de comportamento da sociedade pós-moderna.

Reforçando a importância dos movimentos liderados por homoafetivos, que ganharam ainda mais força no último século, Menezes (2004, p. 44), diz que:

> O movimento dos homoafetivos por direitos sociais vai se estender pelas décadas seguintes e é atual: esses movimentos reivindicam, antes de mais nada, o respeito social como homens e mulheres cuja orientação sexual os vinha transformando em párias aos olhos dos demais. Como tal, poderiam e podem ser objeto de zombaria, pois, ao se sentirem humilhados, devem saber que essa humilhação é natural de sua condição. Durante muito tempo foram mesmo criminalizados, e, em estados teocráticos, comunistas ou nazistas, presos e assassinados. Vagas de assassinatos de homoafetivos ocorreram também entre nós, com sua orientação sexual os destituindo, aqui e ali, da condição de seres humanos aos olhos dos outros.

Oliveira (2017, p. 80), acerca destes movimentos sociais pós-modernos destaca que:

> A comunidade, em tempos de pós-modernidade, é marcada pela emergência de novas lutas em que, novos movimentos sociais reivindicam o reconhecimento de direitos e a sua identidade, numa clara oposição à subjetividade individual-abstrata da modernidade. A modernidade tratou de descontextualizar as identidades e as práticas sociais em nome de uma racionalidade homogênea.

Com efeito, as conquistas das últimas décadas tornam visíveis as

lutas constantes contra o patriarcado e, consequentemente a dominação masculina. Nesse sentido, cabe afirmar que deve a sociedade pautar seu comportamento no respeito e no acolhimento das diferenças, em quaisquer ambientes, no caso do presente artigo, no ambiente juslaboral, local que, diariamente, homoafetivos são estigmatizados e enfrentam barreiras discriminatórias.

## 3 O Direito do Trabalho como instrumento de combate à discriminação e a homofobia no ambiente juslaboral

O Direito do Trabalho é uma construção histórica e social de conquistas revolucionárias de promoção da pessoa humana no meio ambiente juslaboral. O Direito do Trabalho tem natureza antropológica, tendo a pessoa humana do trabalhador como centro de sua tutela. Nesse sentido, "[n]o plano juslaboral o reconhecimento da pessoa representa o desenvolvimento da subjetividade, da igualdade, o respeito e o pertencimento à coletividade, dimensões essenciais à dignidade humana do trabalhador." (OLIVEIRA, 2017, p. 247).

Nesse ínterim, destaca-se como norma tuitiva o princípio da proteção, tendo como objetivo proteger o trabalhador, considerando a sua vulnerabilidade e limitações para lidar com os desafios enfrentados nos ambientes juslaborais, visando, assim, a assegurar o exercício de sua liberdade com dignidade.

Maior e Severo (2017, p. 33) ao pontuarem a proteção do trabalhador destacam que "no princípio está a proteção e se a afastarmos, nós desconfiguraremos esse Direito, não porque retiramos sua essência, mas porque retiramos a razão pela qual ele foi criado e existe até hoje, sua função."

O Estado precisa ser efetivo nas ações que visam a proteção do trabalhador, sendo inadmissível qualquer atitude que afasta ou retire seus direitos, já que este é o instrumento mais efetivo para estabelecer todos os princípios na norma trabalhista.

Portanto, cabe registrar que o Direito Juslaboral tem por fim efetivar a tutela à pessoa humana do trabalhador, objeto de sua proteção.

### *3.1 Das manifestações discriminatórias no ambiente juslaboral*

Os atos discriminatórios em desfavor do trabalhador homoafetivo

no meio ambiente de trabalho ocorrem de diversos modos. Caracterizam-se por serem violentos com disfarce de comicidade, é o que aponta Amaral (2017). Ressalta ainda, que tais atos são instrumentalizados através de piadas, de assédio moral, de dispensas discriminatórias, de exclusão e, em alguns casos por meio das agressões físicas.

Nesse sentido, Irigaray; Saraiva; Carrieri (2010, p. 893/894) apontam:

> No Brasil, os comentários bem humorados e as piadas se baseiam em traço psicológico (avareza, honestidade); estético (gordos, loiras); gênero (mulher); nacionalidade (portugueses, argentinos); naturalidade (nordestinos, gaúchos); raças e etnias (judeus, negros); bem como orientação sexual, especialmente os homoafetivos masculinos e femininos [...].

Há fatores que são determinantes para os homoafetivos, a forma de ser, de falar, de se portar, os trejeitos, a maneira como se vestem, tudo isto e muito mais, influenciam no momento em que a aceitação é analisada no mercado de trabalho.

Ao tratar sobre a relação empregatícia e a discriminação, assevera Batalha (2010, p. 87) que:

> A relação empregatícia é um campo fértil para a propagação de práticas discriminatórias do ponto de vista geral. A discriminação da homoafetividade é tão presente no mercado de trabalho, que pode vir a restringir a área de atuação profissional do homoafetivo que expõe e/ou declara sua orientação sexual.

Há diversas expressões de discriminações vivenciadas pelas pessoas homoafetivas em seu meio ambiente juslaboral.

Um caso envolvendo a homofobia no ambiente de trabalho é o do jogador Richarlyson, que ouviu do Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho, da 9ª Vara Criminal de São Paulo, que futebol não é coisa para gay. (PINHEIRO, CONJUR, 2007).

Uma pesquisa realizada pela Comissão da Secretaria da Justiça de São Paulo realizada em 2019 revelou que foram registrados 404 processos administrativos por discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero nos últimos 17 anos. Desses, 136 resultaram em condenação. Esta mesma reportagem, conta o caso de Paulo Henrique de 28 anos, que se casou em dezembro de 2018, e, após sua cerimônia, passou a receber comentários homofóbicos no ambiente de trabalho (ACAYABA; PAIVA, 2019).

No julgado abaixo, proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho

da 3ª Região (TRT 3), em Recurso Ordinário, o trabalhador buscou em Juízo a equiparação salarial e a indenização por danos morais. Conforme consta no inteiro teor do acórdão, inúmeros constrangimentos foram sofridos pelo trabalhador em seu meio ambiente de trabalho. O pedido de dano moral versou sobre humilhações e discriminação sofridas por conta da sua orientação sexual. A reparação foi fixada em R$ 3.000,00 pelo Juiz de 1º grau e confirmada pelo Tribunal:

> INTEIRO TEOR: POR DANOS MORAIS. VALOR FIXADO Reitera o obreiro a discriminação e humilhações sofridas, por sua opção sexual, tendo sido alvo de insinuação de desejo ... da Silva Vieira afirmou que "corriam boatos na loja sobre a opção sexual do autor, tais como falas de "gay", "viadinho", sendo que tais falas eram ditas ... na loja sobre a opção sexual do autor; que ninguém sabia que ele era homossexual; nunca presenciou piadinha ou brincadeira sobre isso; havia outros funcionários que eram homoafetivos, sendo que até mesmo o sr. Eduardo, gerente, era homossexual; [...] todos sabiam da opção sexual dos empregados acima ... Danielle, uma vez que inicialmente ela afirma que "ninguém sabia da opção sexual do autor", sendo que posteriormente asseverou que " todos sabiam. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010318-83.2017.5.03.0019 (RO); Disponibilização: 12/09/2019; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar). (BRASIL, TRT3, 2019).

Assim, conforme os apontamentos, as pessoas homoafetivas são, por diversas formas violentadas no meio ambiente de trabalho, o que afeta diretamente o seu direito à dignidade humana, à autodeterminação à sua sexualidade, à sua liberdade e por consequência, afeta o Estado Democrático de Direito. Quanto a tutela à dignidade humana pondera Schiavi (2009, p. 6):

> A proteção da dignidade da pessoa humana envolve todos os aspectos da pessoa, seja no seu aspecto exterior – papéis que representa na sociedade, como função profissional, imagem, etc., como na sua individualidade – privacidade, intimidade (art. 5º. V e X, da CF), assim como ao fato de pertencer ao gênero humano, seu aspecto físico, sua etnia, bem como a proteção ao meio ambiente.

Contudo, quanto a temática, ora denunciada, a violência às pessoas homoafetivas em seu meio ambiente do trabalho, não há no ordenamento jurídico brasileiro normas específicas que garantam proteção ao trabalhador homoafetivo, a fim de assegurar-lhe estabilidade no emprego e a devida proteção contra qualquer atitude arbitrária por parte dos colegas de trabalho, bem como do empregador. Nesse sentido,

> a ausência de efetiva reação estatal às injustas agressões praticadas contra grupos sociais vulneráveis e a recusa do Poder Público a enfrentar e

> superar as barreiras que inviabilizam a busca da felicidade por parte de homoafetivos e transgêneros vítimas de inaceitável tratamento discriminatório, traduzem omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da igualdade. (RIBEIRO E REIS, 2019, p. 13).

O homoafetivo merece tutela jurídica especial, a fim de que todo tratamento negativo diferenciado seja combatido, considerando as inúmeras formas de violências sofridas diariamente.

> O Estado de proteção e tutela em face da necessidade de preservação da integridade de direitos e de liberdades fundamentais, notadamente de grupos vulneráveis, sob pena de a inércia do Poder Público transgredir o princípio que veda a proteção deficiente. (RIBEIRO E REIS, 2019, p. 4).

Nesse mesmo sentido, contribui Dias (2010, p. 4):

> [a] orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de -qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação de discriminação à homossexualidade.

Ribeiro e Reis (2019) são enfáticos ao apontarem que a criação de políticas públicas por parte do Estado é propulsor das ações sociais e são de extrema relevância para que comportamentos discriminatórios sejam inibidos nos ambientes juslaborais.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, no dia 13 de junho de 2019, reconheceu que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passa a ser considerada crime, punida pela Lei de Racismo - Lei 7.716/89. (PORTAL STF, 2019).

Apesar de não haver um direcionamento específico do STF em relação ao Direito do Trabalho, o reconhecimento por este deve existir, haja vista o seu fundamento na proteção das relações sociais, bem como pela vida do trabalhador. Nesse sentido, deve a esfera da Justiça do Trabalho encaminhar o processo à competência criminal para apuração do suposto crime no meio ambiente do trabalho.

## 4 Considerações finais

No decorrer do artigo, abordou-se a importância do ambiente de trabalho como local de interação social, haja vista que, nele vivencia-se grande parte do tempo, convivendo com pessoas diferentes, consequentemente, é possível identificar as diversidades ali existes.

Como proposta temática, fora analisado como o meio ambiente juslaboral tem lidado com a questão da diversidade sexual, mais especificadamente, do homoafetivo e seu papel no local de trabalho e, infelizmente grande parte daqueles que se apresentam como homoafetivos em seus trabalhos, acabam sofrendo com atitudes homofóbicas e discriminatórias.

Como forma de abordagem, analisou-se o processo de formação social, conceituação de gênero, de sexualidade e de binarismo dentro de uma sociedade patriarcal. Deste modo, percebe-se que esta sociedade, ao longo das épocas, foi sistematizada por uma sexualidade padronizada como a união entre o homem e a mulher, conceito predominante na heteronormatividade, devidamente chancelada pela religião.

Para tanto, é notório que a era Moderna ou da Modernidade teve grande peso para firmar, histórico e culturalmente, a concepção da elevação do homem como ser superior à mulher, bem como hostilizou e recriminou qualquer manifestação de sexualidade fora do contexto de relacionamento heterossexual e binarista.

Marginalizar a homoafetividade é negar sua existência. É negar a vida e a pessoa humana em seu ser. Somente na Pós-Modernidade, tempo societal presente, foram possíveis as discussões e a abertura de espaço para compreensão acerca da diversidade sexual, no presente estudo, defende-se a homoafetividade como expressão sexual dotada de afeto e de legitimidade, a ser amparada pelos princípios da liberdade de expressão, da igualdade, e da dignidade da pessoa humana, em conformidade com a normativa constitucional.

Adentrando à questão da proteção pela ótica do Direito do Trabalho, nota-se que, ainda, o Estado como ente responsável, é tímido na proteção do homoafetivo no que diz respeito a sua existência no ambiente juslaboral. Não há registros de legislação específica contra homofobia no meio ambiente juslaboral. Nos casos concretos analisados, principalmente os julgados pelos Tribunais brasileiros as sanções para homofobia passaram por anos restringidas apenas ao campo do dano moral, com pequenas

condenações.

Por uma questão de Justiça e equidade, haja vista a ausência de norma específica que tutele o trabalhador homoafetivo de situações envolvendo preconceito e discriminação no ambiente juslaboral, o reconhecimento do STF de que a homofobia é crime de racismo deve ter sua aplicação efetivada no âmbito do Direito do Trabalho, via encaminhamento do processo à esfera de competência criminal.

## Referências

ACAYABA, Cíntia e PAIVA, Deslange. Um em cada três processos administrativos por discriminação contra LGBTs termina em condenação em SP. **G1,** São Paulo, 21 jun. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/25/um-em-cada-tres-processos-administrativos-por-discriminacao-contra-lgbts-termina-em-condenacao-em-sp.ghtml>. Acesso em: 02 out. 2019.

AMARAL, Renato Rossato. **Discriminação por orientação afetivo-sexual no ambiente de trabalho:** um estudo da jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. 129 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo: 2017. Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico. Disponível em: http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3131. Acesso em: 09 ago. 2019

ANJOS, Gabriele dos. **Identidade sexual e identidade de gênero:** subversões e permanências. Sociologias [online]. 2000, n.4, pp.274-305. ISSN 1517-4522. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222000000200011. Acesso em 16 set. 2019.

BATALHA, Glaucia Fernanda Oliveira Martins. **Homoafetividade e discriminação no mercado de trabalho.** 2010. 222p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém: 2010. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7325. Acesso em: 09 set. 2019

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília**, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3).** Recurso Ordinário. PJe: 0010318-83.2017.5.03.0019. Órgão

Julgador: Quinta Turma; Relator: Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar). Belo Horizonte, MG, 12 de set. de 2019. Lex: Jurisprudência do TRT 3. Disponível em: https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1089. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3).** Recurso Ordinário. PJe: 0010117-77.2015.5.03.0014. Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Milton V.Thibau de Almeida). Belo Horizonte, MG, 23 maio 2017. Lex: Jurisprudência do TRT 3. Disponível em: Acórdão disponível em: https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1209. Acesso em: 15 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetivo:** o preconceito e a justiça. 2.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos.** Porto Alegre, 2010. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf. Acesso em 13 out. 2019.

DUSSEL, Enrique. **Europa, modernismo e eurocentrismo.** CLACSO - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais. Buenos Aires, 2005. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdl/collect/clacso/index/assoc/D1200.dir/5_Dussel.pdf. Acesso em 13 out. 2019.

IRIGARAY, Hélio Arthur Reis; SARAIVA, L. A. S.; CARRIERI, A. D. P. Humor e discriminação por orientação sexual no ambiente organizacional. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 14, n. 5, p. 890–906, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência:** aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

MARANHÃO, Gabriela. **Relações Homoafetivas:** uniões de afeto. IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Relações%20homoafetivas:uniões%20de%20afeto.pdf. Acesso em 13 set. 2019.

MENEZES, Luís Carlos. **Sexualidade e pós-modernidade.** Ide (São Paulo), São Paulo, v. 31, n. 47, p. 44-47, abr. 2004. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010131062008000200007&lng=pt&nrm=iso. acessos em 10 out. 2019.

MELO, Leandro Augusto Oliveira. **Sexualidade e Gênero no pensamento Iluminista.** UFS - Universidade Federal de Sergipe, 2016. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/7334/2/Leandro_Augusto_Oliveira_Melo.pdf. Acesso em: 12 out. 2019.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e patriarcado: Da prescrição normativa à Subversão criativa. **Psicologia & Sociedade**. Vol. 18, nº 1, p. 49-55, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/psoc/v18n1/a07v18n1.pdf. Acesso em: 12 set. 2019.

OLIVEIRA, Ariete Pontes de. Responsabilidade objetiva do empregador por acidente do trabalho. 2017. 318p. **Tese de Doutorado.** Direito Privado: Direito do Trabalho, modernidade e democracia. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraAPo_1.pdf. Acesso em 05 out. 2019.

PINHEIRO, Aline. CONJUR. Justiça precisa funcionar sem advogados, diz chefe do Judiciário da Inglaterra. Caso Richarlyson. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-ago-03/juiz_nega_acao_jogador_futebol_macho. Acesso em:02 out. 2019.

POMBO, Mariana Ferreira. Desconstruindo e subvertendo o binarismo sexual: apostas feministas e queer. **Revista de Estudos Interdisciplinares em Gêneros e Sexualidades.** Rev. Peri. Salvador, BA, Brasil, 2017. e-ISSN: 2358-0844. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/21786. Acesso em: 12 set. 2019.

RIBEIRO, Breno Lucas Carvalho.; REIS, Italo Moreira. Trabalhadores homoafetivos, sustentabilidade e democracia: diálogos para a efetivação de políticas públicas no combate à discriminação nos ambientes laborais. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi,** v. 6, n. 01, p. e250, 15 jul. 2019. Disponível em:http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/250/141. Acesso em 03 out. 2019.

SCHIAVI, Mauro. **Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador.** 2016. Disponível em http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/protecao_juridica.pdf. Acesso em 02 out. 2019.

SILVA, Valdeci Gonçalves da. **Preconceito sexual (homofobia) no Brasil e em Portugal:** uma visão transcultural de alunos de Psicologia. Curitiba: Appris, 2018.

SOUSA, Victor Pereira de. Desconstruindo a cis-heterossexualidade: uma

perspectiva decolonial. **Artefactum - Revista de Estudos em Linguagem e Tecnologia**. Ano-X, v.16nº 01/2018. Disponível em: http://artefactum.rafrom.com.br/index.php/artefactum/article/view/1605/778. Acesso em 12 set. 2019.

SWAIN, Tania. Para além do binário: os queers e o heterogênero. **Revista Gênero.** Niterói, v. 2, n.1, p. 87-98, 2. sem. 2001. Disponível em: http://periodicos.uff.br/revistagenero/issue/view/1663. Acesso em 12 set. 2019.

Capítulo 11

# A TELEMEDICINA, INSTRUMENTO SOCIAL DE ACESSO À SAÚDE

*Fábio Guimarães Timponi*[1]
*Patricia Quinane Coelho Timponi*[2]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.157-175

## 1 Introdução

O objetivo principal deste capítulo é traçar um salutar debate acerca deste instrumento médico, que, especialmente durante a pandemia, demonstrou sua grande capacidade de levar assistência às cidades do interior e beneficiar também os grandes centros ou locais com escassez de determinadas especialidades médicas, reduzindo o estrangulamento causado pela demanda e pela migração de pacientes em busca de tratamento.

Traçaremos uma evolução da origem às normas atuais que asseguram ao médico devidamente inscrito nos Conselhos Regionais de Medicina a decisão da autonomia em utilizar ou recusar a telemedicina, indicando o atendimento presencial sempre que entender necessário, quando amparado nos princípios da beneficência e não maleficência do paciente e em consonância com os preceitos éticos e legais. Seguiremos traçando um aspecto panorâmico acerca do emprego da telemedicina no Sistema Único de Saúde e faremos uma breve análise sobre o tema quando utilizado na perspectiva da Saúde Suplementar. Avaliaremos ainda o sigilo

1 Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Vianna Júnior (2007); MBA e Pós Graduação em Direito do Trabalho voltado ao magistério pela fundação A carvalho; Especialista em Direito Médico pelo Instituto Paulista de Direito Médico e da Saúde, Especialista em Ações Avançadas contra Planos de Saúde pelo instituto EJM; Pós graduando em Responsabilidade Civil e Penal no Direito Médico e Palestrante.

2 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Vianna Júnior (2006); MBA e Pós Graduação em Direito do Trabalho voltado ao magistério pela fundação A carvalho; Especialista em Direito Médico pelo Instituto Paulista de Direito Médico e da Saúde, Especialista em Ações Avançadas contra Planos de Saúde pelo instituto EJM; Pós graduanda em Responsabilidade Civil e Penal no Direito Médico e Palestrante.

da consulta sobre o aspecto da LGPD e o acervo legal circundante bem como a ciência e aceite do paciente sobre este tipo de consulta discutindo as exigências normativas sobre a estruturação deste tipo de consulta.

Serão apresentadas ainda as diversas vertentes tecnológicas que permeiam o tema, quais sejam, teleconsulta, teleinterconsulta, telediagnóstico, telecirurgia, telemonitoramento ou televigilância, teletriagem e teleconsultoria e por fim os telecuidados paliativos.

## 2 Origem

A origem da telemedicina se entrelaça com o próprio avanço da tecnologia e da comunicação. O primeiro relato da utilização da telemedicina se deu em 1906, na Holanda, quando Williem Eitnthoven estendeu um quilômetro e meio de fios telefônicos para interligar um equipamento de eletrocardiografia desenvolvido em seu laboratório ao hospital local onde realizava exames de telecardiogramas[3].

Em 1910, novamente há relatos do uso da telemedicina, quando da invenção do estetoscópio eletrônico em Londres por S.G.Brown. Na época, foram desenvolvidos amplificadores, receptores e repetidores que permitiam a transmissão de sinais por até 50 milhas. O estudo fora publicado em uma revista médica e recebeu o título de "A Telephone Relay".

Figura 1 - Willen Einthoven e o primeiro eletrocardiógrafo construído.



Fonte: https://blog.cbc.org.br/uma-breve-historia-do-eletrocardiograma/

3 BARBOSA, P, R, B, Informática médica e telemedicina. Anais da Academia Nacional de Medicina, São Paulo, v 160, n 2 , p. 121 -123, jul/dez 2000.

Já na I Guerra Mundial o rádio passou a ser utilizado para conectar os médicos das frentes de batalhas a hospitais através de código Morse e depois por meio de voz.

Na década de 1940, na cidade de West Chester, na Pensilvânia foram transmitidas as primeiras imagens radiográficas até a cidade de Philadelphia. Uma década depois, no Canadá, foi criada a teleradiologia por radiologistas do Hospital Jean-Talon, de Montreal. Em 1955 o Instituto Psiquiátrico do Nebraska foi uma das primeiras instalações dos Estados Unidos a ter um circuito interno de televisão.

Em 1964, um investimento do Instituto Nacional para Saúde Mental permitiu estabelecer uma ligação bidireccional entre o instituto Psiquiátrico e o Hospital Estatal de Norfolk, a 180 km de distância. Os profissionais utilizavam a rede para consultas entre especialistas e médicos de clínica geral.

Em 1962, no Hospital Geral de Massachusetts/Centro médico do Aeroporto Internacional Logan (Boston) foi criado um centro para proporcionar cuidados médicos para os trabalhadores do aeroporto e para os viajantes. Os Médicos do Hospital prestavam cuidados médicos aos pacientes no centro médico utilizando uma ligação audiovisual bidireccional. O centro tinha enfermeiros 24 horas por dia que selecionavam os doentes que necessitavam de tratamento.

Em 1971 foram escolhidos 26 locais no Alasca pela Biblioteca Nacional do Centro de Medicina para Comunicação Biomédica, com o objetivo de se verificar quanto o uso do satélite ATS-1 melhoraria a qualidade de cuidado médico prestado.

Figura 2 - Visão exterior da unidade móvel na reserva de papago




Fonte: https://www.ihs.gov/telehealth/telehealthprograms/

Em 1972 a 1975 fora lançado pela NASA em parceria com a Lockheed, e implementado e avaliado pelas pessoas de Papago e pelo Serviço de Saúde Índio e Departamento de Saúde, Educação e Bem-estar, o projeto-STARPAHC (Space Technology Applied to Rural Papago Advanced Health Care) que tinha por objetivo proporcionar cuidados médicos à reserva indígena de Papago no Arizona.. Esta última possível através de uma carrinha com dois paramédicos índios e equipada com uma variedade de instrumentos médicos, a carrinha estava ligada aos especialistas do hospital através de uma ligação de micro-ondas bidireccional e transmissão de áudio.

Em 1980, foi criado o programa da Comissão Europeia para Aplicações Telemáticas.

Em 1989 a NASA conduziu o primeiro programa internacional de telemedicina, ponte espacial para Armenia/Ufa. Em dezembro de 1988 um grande terremoto havia atingido a República Soviética da Arménia. Os Estados Unidos então ofereceram ajuda à União Soviética com consultas médicas no local do desastre, realizaram-se consultas de telemedicina utilizando vídeo, voz e fac-simile entre o centro médico em Yerevan, Arménia e quatro centros médicos nos EUA. O programa foi estendido a Moscovo e Ufa, Rússia para ajudar as vítimas de um acidente ferroviário terrível. [4]

No Brasil apenas na década de 1980 começaram ser desenvolvidos projetos na área de informática na saúde. Em 1994 foi criada a empresa Telecardio que era especializada em eletrocardiogramas à distância e em 1995 o InCor lançou o ECG-Faz que analisava eletrocardiogramas via fax. Em 1997 a Unicamp criou o Hospital Virtual Brasileiro. Em 1998, o Hospital Fleury passou liberar resultados de exames pelo meio virtual e a Faculdade USP criou a disciplina específica de Telemedicina.

Já em 1998, foi criada a RNIS que passou a fornecer informações em Saúde. Em 1999 o Hospital Sírio-Libanês inaugura a sala de teleconferências e a Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) inaugura o próprio laboratório de Telemedicina, dentro do Centro de Informática em Saúde. [5]

Em 2000 o Hospital Materno Infantil de Recife estabeleceu parceria com o *Saint Jude Children Hospital em Menphis* para telepatologia. Também nesta década foi realizada a primeira telecirurgia no Hospital

4 História da Telemedicina (it.pt) http://www.img.lx.it.pt/~mpq/st04/ano2002_03/trabalhos_pesquisa/T_22/hist.htm

5 revista_doc_70_2020_Edit_V01_pdf.pdf (chaowen.med.br)

Sírio Libanês acompanhada por médicos de *John Hopkins Hospital*

Mais uma vez podemos notar a escassez de recursos no Brasil. Em 2005, O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) insere a Telemedicina como parte do edital do programa Institutos do Milênio, criado para estimular a formação de redes de pesquisa entre laboratórios de todo o país. Como resultado, surge o projeto Estação Digital Médica, que une nove instituições com a finalidade de consolidar e ampliar a Telessaúde no Brasil. Somente em 2006 ocorreu investimentos do Ministério da Saúde para desenvolvimento de ações e serviços junto ao SUS.

E em 2007 surge o Projeto de Telemática e Telemedicina, fomentado pelo Ministério da Saúde, cujo foco é a atenção primária no país. Além disso, o ministério também implementa a Comissão Permanente de Telessaúde e o Comitê Executivo de Telessaúde. Outro marco deste ano é o projeto da Rede Universitária de Telemedicina (Rute), da Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), que cria infraestrutura de videoconferências em hospitais universitários.

Em 2020 a 2021, a necessidade de isolamento social aliada com a demanda por atendimentos médicos mostrou que a telemedicina se tornou uma alternativa segura e eficaz. Entre 2020 e 2021, mais de 75 mil casos tiveram suporte por meio da prática no Brasil. [6]

De acordo com a Associação Brasileira de Telemedicina e Saúde Digital (SDB), mais de 52,2 mil médicos, prestaram esse tipo de auxílio no período. A maior parte (87%) dos casos foram de primeiras consultas. O órgão destacou que a atividade "evitou idas desnecessárias a hospitais" e garantiu segurança sanitária "para desafogar filas nos postos de saúde e pronto-atendimentos, evitando dificuldades ainda maiores para os pacientes".

Podemos notar, portanto, que a Telemedicina nos envolve a cada dia, sendo um instrumento essencial para acesso à saúde e sem dúvida um instrumento transformador social.

## 3 Evolução normativo-legal no país

A telemedicina nacional foi regulamentada em 2002 pela primeira vez no Brasil, apenas do ponto de vista ético, por meio da Resolução nº

6 Telemedicina realiza mais de 75 mil atendimentos entre 2020 e 2021 no Brasil (uniasselvi.com.br)

1.643/2002 do Conselho Federal de Medicina (CFM). O CFM, conceituava resumidamente a Telemedicina como o exercício da Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde e em poucos artigos, sete no total, definia a utilização de tão importante instrumento. Autorizava por sua vez, o suporte diagnóstico e terapêutico por médicos que emitem laudos à distância apenas em caso de emergência ou quando solicitado pelo médico responsável pelo paciente.

Naquela época sequer se imaginavam as tecnologias obtidas até então e ainda vigorava o Código de Ética Médica promulgado em 1988 (Resolução nº 1.246/1988), que vedava a prescrição de tratamentos e outros procedimentos sem o exame direto do paciente, salvo em casos de urgência e impossibilidade comprovada de realizá-lo.

Por incrível que pareça, este cenário vigorou até o ano de 2020.

No período que se desenrolou até a atualização do Código de Ética Médica em 2018, o CFM se manifestou a respeito da telemedicina em algumas oportunidades. Criou o manual de publicidade médica [7], por meio do qual o CFM indica através de um questionário a conduta que o médico deveria tomar:

> Trabalho em uma região que dispõe de poucos médicos. Eu poderia oferecer serviços a distância, prestando auxílio, por telefone, a pacientes que residem em municípios vizinhos?
>
> Não. A resolução proíbe ao médico oferecer consultoria a pacientes e familiares em substituição à consulta médica presencial. O médico pode, porém, orientar por telefone pacientes que já conheça, aos quais já prestou atendimento presencial, para esclarecer dúvidas em relação a um medicamento prescrito, por exemplo.

Ou seja, entendia que os médicos não estariam impedidos de orientar por telefone pacientes que já conhecessem e que já atenderam presencialmente, para esclarecer dúvidas sobre um medicamento prescrito.

Emitiu também parecer em 2017, que definiu a utilização de Whatsapp e plataformas similares para comunicação entre médicos e paciente e entre os próprios médicos, para o envio de dados e esclarecimento de dúvidas.

No ano de 2018 o CFM emitiu nova resolução de número 2.227/2018, que buscava regulamentar o uso dos novos serviços de telemedicina. Definia a telemedicina como o exercício da medicina

7 https://portal.cfm.org.br/publicidademedica/arquivos/cfm1974_11.pdf

mediado por tecnologias para fins de assistência, educação, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde. Foi revogada antes mesmo de ser colocada em vigor. Nesta resolução estavam contidas as formas de teleconsulta, teleinterconsulta, telediagnóstico, telecirurgia, teleconferência, teletriagem médica, telemonitoramento, teleorientação e teleconsultoria.

Com sua revogação em 2019 pela Resolução 2228/2019 ocorreu a repristinação de forma expressa, visto que a Resolução nº 1.643/2002 foi restabelecida.

Vislumbrando então o combate e o enfrentamento da Covid -19 o Ministério da Saúde reconheceu a necessidade da Telemedicina, publicando a portaria 467 de 20 de março de 2020, que se refere a Telemedicina de forma excepcional e temporária enquanto ocorrer a Pandemia.

Assim também o fez o CFM a partir da edição do ofício CFM 1756/2020 de 19 de março de 2020. Nesta época ocorreu inclusive a televisita que trazia conforto e informação à familiares e pacientes, que não podiam ter contato físico, evitando a disseminação do vírus.

Posterior a esta, foi publicada a Lei 13989 de 15 de abril de 2020, que autoriza o uso da Telemedicina, enquanto durasse a crise ocasionada pelo Coronavirus (SARS-CoV-2).

Em 2022 o CRM publicou a Resolução 2314 que define e regulamenta a telemedicina como forma de serviços médicos, mediados por tecnologias de comunicação.

E em 27 de dezembro foi publicada a Lei 14.510 que altera a lei 8080 de 19 de setembro de 1990, para autorizar e disciplinar a prática da Telessaúde em todo o território nacional e a Lei 13146 de 06 de julho de 2015 e revoga a Lei 13.989, de 15 de abril de 2020.

Em suma esta é a evolução normativo-legal da Telemedicina em nosso país.

## 4 A Telemedicina no SUS

Quanto à evolução da Telemedicina no Sistema Único de Saúde, esta se iniciou no ano de 2005, com a apresentação do projeto de telemática e telemedicina em apoio à atenção primária à saúde no Brasil [8]. Buscava-

8 (PDF) Apresentação do projeto de telemática e telemedicina em apoio à atenção primária á saúde no Brasil: núcleo Rio Grande do Sul (telessaúde) _RS | Erno Harzheim, Eno de Castro, and Diogo Scalco - Academia.edu

se a formação de núcleos para aperfeiçoar a qualidade e quantidade de atendimento da atenção básica do SUS capacitando equipes de Saúde da Família.

Já no ano de 2007, promulgou-se a portaria 35 de 04 de janeiro de 2007, revogada pela PRT GM/MS 402 de 24 de março de 2010. Esta Portaria objetivava a integração entre as diversas instituições por intermédio de recurso de Telemedicina e Telessaúde, capazes de desenvolver ações de saúde e aperfeiçoar a qualidade de atendimento da atenção básica do SUS por meio da ampliação da capacitação das equipes de Saúde de Família. Ao fim a portaria PRT GM/MS 402 de 24 de março de 2010.fora revogada pela portaria 2546 de 27 de outubro de 2011 que redefiniu e ampliou o Programa Telessaúde Brasil, que passou a ser denominado Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes (Telessaúde Brasil Redes).

Neste momento foram definidas nove instituições universitárias com experiência em Telemedicina e Telessaúde que ficaram responsáveis pela coordenação dos núcleos de Telessaúde nos estados de AM. CE, GO, MG, PE, RJ, RS, SC e SP. Foram definidos ainda 900 pontos remotos de acesso para equipes de Saúde da Família. O financiamento incluía o abastecimento dos pontos remotos com equipamentos para uso da Telessaúde, sendo necessário apenas o financiamento do sistema de informática, a própria rede.

Assim cada núcleo passou a se especializar em uma matéria própria. Minas Gerais por exemplo especificou-se no telediagnóstico de cardiologia.

Em 2013, por exemplo, no PROVAB, Programa de Valoração de Atenção Básica, o Telessaúde do Rio do Grande do Sul, via UFRGS, passou a ofertar o serviço de Telessaúde para outros estados, oferecendo aos médicos participantes consultorias síncronas, por meio do telefone gratuito 0800 644 6543 iniciando também neste Estado os projetos Regula SUS e Respira NET.

Até outubro de 2021, a consultoria telefônica síncrona por 0800 acumula aproximadamente 280 mil consultorias correspondidas para profissionais das 27 unidades federativas do Brasil atendendo médicos, enfermeiros e dentistas da APS filtrando, portanto, o encaminhamento dos pacientes para a atenção especializada e promovendo mais resultado e eficácia das equipes de atenção primária.

Já na Pandemia o Ministério da Saúde instituiu novos serviços de Telemedicina como o Telesus que atendia 24 horas por dia pessoas suspeitas de COVID-19 por meio de chatboots e atendimento telefônico por meio

do número 136. [9]

Podemos citar também o TelePsi em parceria com o Hospital das Clínicas de Porto Alegre que forneceu atendimento remoto em saúde mental para apoiar os profissionais nas linhas de frente no combate a pandemia. Nesta mesma linha, desenvolveu-se o consultório de saúde da família atendendo através de uma plataforma os profissionais das equipes desta especialidade de todo o Brasil para que continuassem assistindo a sua população de referência acometida de doenças crônicas. Estas foram encerradas em 2020.

Considerando esse conceito, a Telessaúde é um campo bastante abrangente e estruturado. Ela é formada por subáreas, como tele-educação sanitária ou em saúde, redes de investigação e tele-epidemiologia, redes de administração e gestão em saúde. A telessaúde portanto em âmbito nacional tem ajudado a democratizar cada vez mais o acesso à saúde no país, levando-a até mesmo aos lugares mais remotos.[10]

Quem mora locais mais remotos têm dificuldade de receber atendimento especializado, precisando se deslocar para os grandes centros, onde ficam os melhores hospitais. A Telessaúde cria então uma ponte revolucionária possibilitando um atendimento com um especialista oportunizando assim um melhor e mais efetivo tratamento. Sem dúvida um instrumento social de acesso à saúde.

## 5 A Telemedicina na saúde suplementar

A Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde) aponta que suas operadoras associadas realizaram 2,6 milhões de teleconsultas entre fevereiro de 2020 e janeiro de 2021. Mais de 80% dos atendimentos puderam ser resolvidos remotamente.

A Associação Paulista de Medicina (APM) e a Associação Médica Brasileira (AMB) realizaram um levantamento com 3.517 profissionais de medicina no Brasil, entre os dias 21 e 31 de janeiro de 2022. Os dados foram computados na pesquisa "Percepção dos médicos sobre o atual momento da pandemia de Covid-19 – segmento Telemedicina".

9 Cartaz_TELE_SUS_46x64cm_08maio_V3 (www.gov.br) TeleSUS: serviço de teleatendimento para o Coronavírus (sosvida.com.br)

10 Telessaúde Brasil: o que é, como funciona, legislação e benefícios (telemedicinamorsch.com.br)

Os médicos apontaram que 64,3% gostam da modalidade e apenas 1,3% têm uma certa resistência. Outros dados mostram que 67,8% dos médicos atendem via Telemedicina apenas clientes particulares; 18,9% consultam como referenciados de planos de saúde; 17,8% como funcionários de instituições de assistência médico-hospitalar; e 13,5% como cooperados Unimed. [11]

O Ministério da Saúde através da portaria 467/2020 a ANS recomendou às operadoras sempre que possível adotar tecnologias que permitam o atendimento à distância e fixou o entendimento de que os atendimentos por meio de telemedicina são de cobertura obrigatória, ou seja, estão previstos no rol da ANS.

Embora a Telemedicina seja um tema com poucos julgados no Brasil, a jurisprudência vem tomando entendimento semelhante, como por exemplo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER — PLANO DE SAÚDE –TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA PARA COMPELIR O PLANO DE SAÚDE A CUSTEAR CONSULTA TELEPRESENCIAL – INEXISTÊNCIA DE HOMEOPATAS CREDENCIADOS QUE REALIZAM ATENDIMENTO "ON LINE" NO ESTADO DE MATO GROSSO – OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DE CONSULTAS POR TELEMEDICINA – MÉDICA DE OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO – PROFISSIONAL INDICADA NO SITE DA UNIMED – PLANO DE ABRANGÊNCIA NACIONAL – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. A Agência Nacional de Saúde Suplementar emitiu nota técnica tornando obrigatória a cobertura de consultas por telemedicina em razão da pandemia da COVID-19, de modo que deve ser concedida a tutela de urgência para compelir a Unimed a custear a consulta da autora com a profissional indicada no site da própria Cooperativa, ainda que atuante em outro Estado da federação, já que o plano da autora é de abrangência nacional.
>
> (TJ-MT 10077831420218110000 MT, Relator: JOAO FERREIRA FILHO, Data de Julgamento: 13/07/2021, Primeira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/07/2021).

Em relação à saúde suplementar observamos que a legislação exige a forma escrita e estabelece vários temas obrigatórios, porém, na urgência da pandemia, ocorreu certa flexibilização que hoje abrem lacunas à organização e transparência de regras para que beneficiários, prestadores e

11 Telemedicina: o futuro da saúde está em suas mãos e vai reduzir custos assistenciais - Previva: www.previva.com.br

operadoras, compreendam seus direitos e deveres.

A proteção de dados e a segurança da informação precisam ser estabelecidos de forma robusta pois a fragilidade legislativa ocasiona risco jurídico às operadoras em relação à responsabilidade solidária das mesmas em caso de reparação por danos causados por prestadores credenciados.

## 6 A Telemedicina e a proteção de dados

O artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, assegura como direito fundamental o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Exercida de maneira ética e legal, e respeitando-se a liberdade e privacidade do paciente, a telemedicina, ainda que praticada sem nenhuma interação pessoal, não viola a relação médico-paciente, além de oferecer benefícios sociais.

A Resolução CFM 2314/2022, define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação definindo requisitos mínimos de segurança para a prática de Telemedicina. Assim prevê:

> Art. 3: Nos serviços prestados por telemedicina os dados e imagens dos pacientes, constantes no registro do prontuário devem ser preservados, obedecendo as normas legais e do CFM pertinentes à guarda, ao manuseio, à integridade, à veracidade, à confidencialidade, à privacidade, à irrefutabilidade e à garantia do sigilo profissional das informações.

A Resolução nos traz ainda a informação de que os dados pessoais e clínicos do teleatendimento médico devem seguir as definições da LGPD e outros dispositivos legais, quanto às finalidades primárias dos dados.

Assim podemos dizer que adequada redação do instrumento de demonstração da manifestação de vontade, o consentimento, "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada" (art. 5º, XII, da LGPD), base legal primordial para tratamento de dados pessoais sensíveis de saúde, dá-se pela aceitação do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) pelo paciente titular de dados.

A LGPD por sua vez não exige que o instrumento seja por escrito, mas prevê que cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com a LGPD, devendo referir-se a finalidades determinadas, e não genéricas, o que pode resultar

em vício de consentimento e, consequentemente, nulidade do ato. A regra é que, o controlador faça a coleta de TCLE (Termos de Consentimento Livre e Esclarecidos) individuais para cada ato.

Fernando Dallari, nos diz que "No ambiente totalmente virtual, como é o da telemedicina, a coleta do consentimento eletrônico, livre de vícios, merece muita atenção por parte dos estabelecimentos de saúde prestadores desse serviço. Soma-se a isso a necessidade de investir em atualização constante de ferramentas de segurança da informação e em boas práticas de governança de dados apropriada, por parte desses estabelecimentos de saúde de telemedicina, bem como constantes treinamentos para mitigar a ocorrência de incidentes de segurança e tratamento irregular de dados pessoais sensíveis. São temáticas que devem orientar a atividade para garantir a conformidade legal e ética da empresa, de modo a evitar as graves sanções previstas pelos artigos 52, 53 e 54 da LGPD " [12]

A LGPD define que os dados referentes à saúde ou à vida sexual são dados pessoais sensíveis considerando ser os mais importantes do ser humano que só podem ser divulgados ou compartilhados com a permissão do titular que tem o direito a intimidade e a privacidade assegurados. A lei prevê ainda a possibilidade de reparação de dano patrimonial, moral, individual ou coletivo sempre que estes decorram de violação de proteção de dados pessoais e estabelece a responsabilidade solidária ao operador, quando há descumprimento da lei ou quando estes agem em desacordo com as ordens do controlador. Portanto. Resta evidente na lei a responsabilidade solidária.

Cabe aos órgãos de classe bem como os órgãos fiscalizatórios e a ANPD fiscalizar o nível de proteção de dados oferecido por um estabelecimento de saúde que também presta serviços de telemedicina, como organismos de defesa do consumidor, já que responde de forma objetiva por quaisquer danos causados aos pacientes, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor. Sofre, igualmente, o escrutínio fiscalizatório pela violação do sigilo preconizada pelo Código de Ética Médica (Lei n. 13.709/2018; Resolução CFM nº 2.217/2018).

A Telemedicina gera inúmeros dados pessoais que devem ser

12 AITH, Fernando; DALLARI, Analluza. 9. Aplicação e Conformidade dos Dados Sensíveis na Saúde Digital e os Preceitos da Lgpd In: AITH, Fernando; DALLARI, Analluza. Lgpd na Saúde Digital. São Paulo (SP):Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1620615596/lgpd-na-saude-digital. Acesso em: 17 de Janeiro de 2023.

categoricamente protegidos através de investimento em medidas de segurança da informação. Um exemplo de ruptura desta rede de proteções pode ser a do Hospital Santa Helena[13], do Distrito Federal, de acordo com matéria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. A instituição terá de indenizar uma paciente e um dos seus familiares, pois foram vítimas de um golpe durante o período de internação.

A paciente, mãe da vítima do golpe, esteve internada no hospital em janeiro do ano passado. Foi nesse período que uma pessoa, se dizendo funcionária do Hospital Santa Helena, entrou em contato com o filho da paciente. O golpista com acesso aos dados médicos falou sobre a necessidade da realização de um exame extra e pediu a transferência do valor correspondente ao procedimento. Somente depois, a família se deu conta de que se tratava de um golpe.

O hospital pagou uma indenização por danos morais e materiais às vítimas. A instituição foi condenada a pagar a cada um dos autores do processo a quantia de R$ 2 mil, a título de danos morais. Terá também que pagar ao filho da paciente o valor de R$ 3 mil referente à reparação do prejuízo material.

De pouco adianta investir em ferramentas técnicas de segurança da informação se não há a adequada conscientização do material humano acerca dos riscos, no tratamento de dados pessoais, inclusive de saúde. É preciso então que o tema proteção de dados venha sendo exercitado pelo compliance hospitalar.

Em resumo, na Telemedicina, os autores envolvidos no tratamento de dados pessoais sensíveis são, o titular ou seja, o paciente que tem os dados protegidos, o controlador que é quem recepciona os dados protegidos e decide a forma de proteção; o operador que é quem realiza o tratamento de dados (pessoa física ou jurídica),; o encarregado que é quem comunica entre o controlador e o titular e a autoridade nacional (indicado pelo controlador e operador) e por fim a autoridade nacional de proteção de dados responsável pela implementação da LGPD e fiscalização da mesma.

Quanto à redação do TCLE este deve salvaguardar os direitos previstos no artigo 18 da LGPD , esclarecendo em que circunstâncias os dados poderão ser compartilhados com outros controladores e quando deverão permanecer armazenados pelo controlador, de forma segura, à luz do artigo 16, inciso I, da LGPD . O instrumento de consentimento

13 https://www.privacytech.com.br/vazamentos/hospital-no-df-e-condenado-por-nao-proteger-dados-de-pacientes,393656.jhtml

deve prever quando dados pessoais e sensíveis são compartilhados com controladores que não prestam necessariamente serviço de saúde.

No caso de um serviço prestado totalmente on-line, o TCLE é consentido de forma virtual pelo que é preciso uma segura estrutura para demonstrar a manifestação inequívoca de vontade do paciente, afastando vícios e, consequentemente, a nulidade. Não pode ser uma manifestação de vontade genérica e sem restrições de qualquer natureza. Isto gera o dever de indenizar com base em falha no dever informacional (recomendação 01/2016 CFM) além de ser expressamente vedada por lei.

O parágrafo 4º do artigo 11 da LGPD veda a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis de saúde com o objetivo de obter vantagem econômica. Contudo, abre exceções. Isso está permitido nas hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, desde que em benefício dos interesses dos titulares de dados, proibida a prática de seleção de riscos, e para permitir as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação desses serviços (artigo 11, § 4º, II, da LGPD).

Ainda assim, quando estritamente necessário, a comunicação e o compartilhamento devem ser realizados respeitando-se os princípios de finalidade, necessidade, transparência, proporcionalidade, segurança e não discriminação.

Os dados permeiam os mais diversos serviços e sem dúvida são a moeda do novo milênio sendo extremamente valiosos para quem os detêm. Independentemente do objetivo para isso, é necessário estar ciente que existe todo um arcabouço legal que os protege e que devem ser aplicados perfeitamente na realidade da Telemedicina gerando o dever indenizatório caso eles sejam usados de maneira equivocada.

Quando diz respeito a profissionais de saúde, o número de dados colhidos diariamente, tanto em clínicas privadas e/ou hospitais, são enormes. Ao fazer uma consulta, desde a anamnese até a entrega da receita, muitos dados são disponibilizados. É preciso entender que todos estes dados são propriedade do paciente e que somente com autorização dele ou do responsável legal é possível divulgá-los.

## 7 Pequeno apanhado sobre a terminologia utilizada em telemedicina

Conceituar as modalidades de Telemedicina é algo extremamente importante, passemos então a discorrer sobre o que se trata cada um dos termos utilizados atualmente, sendo eles a teleconsulta, a teleinterconsulta, o telediagnóstico, a telecirurgia, o telemonitoramento ou televigilância, a teletriagem e teleconsultoria e por fim os telecuidados paliativos.

Com fulcro na resolução 2314/2022 do CFM temos:

- A teleconsulta é a possibilidade de realizar uma consulta médica não presencial, de forma remota, por meio de tecnologias seguras de comunicação. Pode ser feita da seguinte forma:
- Entre médicos, quando se denomina, teleinterconsulta, quando um clínico geral busca assistência de um especialista, como uma segunda opinião no diagnóstico, um medicamento mais indicado, ou até mesmo orientações sobre a realização de um procedimento. O paciente pode ou não estar presente.
- Entre médico e paciente – de forma direta, sem a mediação de outro médico ou profissional da saúde;
- Síncrona – a interação é imediata ou a resposta é fornecida num curto período. Um exemplo é a consulta em vídeo entre médico e paciente;
- Assíncrona – acontece em horários diferentes e não exige interação direta entre o paciente e o médico.

O telediagnóstico é o ato médico a distância, geográfica e/ou temporal, com a transmissão de gráficos, imagens e dados para emissão de laudo ou parecer por médico com registro de qualificação de especialista (RQE) na área relacionada ao procedimento, em atenção à solicitação do médico assistente

A telecirurgia, que é a realização de procedimento cirúrgico a distância, em espaço físicos distintos, com utilização de equipamento robótico e mediada por tecnologias interativas seguras. Em março de 2022, o CFM regulamentou os procedimentos médicos no Brasil relacionados à telecirurgia através da Resolução 2311/2022.

Para a realização da prática, as instituições médicas devem seguir algumas orientações. Tal qual a adequação da infraestrutura do local que deve garantir o funcionamento dos equipamentos, largura de banda eficiente e redundante, estabilidade do fornecimento de energia elétrica e segurança eficiente contra vírus ou invasão de hackers.

Além disso, a equipe médica principal deve ser composta, no

mínimo, por médico operador do equipamento robótico (cirurgião remoto) e médico responsável pela manipulação instrumental (cirurgião local).

O médico operador do equipamento robótico (cirurgião remoto) deve ser portador de RQE na área correspondente ao ato cirúrgico principal, com registro no CRM de sua jurisdição.

O médico executor da manipulação instrumental (cirurgião local) deve ser portador de RQE na área correspondente ao ato cirúrgico principal, com registro no CRM de sua jurisdição, e capacitado a assumir o ato operatório de modo presencial.

O médico local deverá se responsabilizar pela intervenção cirúrgica em emergência ou em ocorrências não previstas, tais como falha no equipamento robótico, falta de energia elétrica, flutuação ou interrupção de comunicação.

O telemonitoramento ou televigilância, é o ato realizado sob coordenação, indicação, orientação e supervisão por médico para monitoramento ou vigilância a distância de parâmetros de saúde e/ou doença, por meio de avaliação clínica e/ou aquisição direta de imagens, sinais e dados de equipamentos e/ou dispositivos agregados ou implantáveis nos pacientes em domicílio, em clínica médica especializada em dependência química, em instituição de longa permanência de idosos, em regime de internação clínica ou domiciliar ou no translado de paciente até sua chegada ao estabelecimento de saúde.

A teletriagem, que é o ato realizado por um médico, com avaliação dos sintomas do paciente à distância, para regulação ambulatorial ou hospitalar, com definição e direcionamento do paciente ao tipo adequado de assistência que necessita.

A teleconsultoria que é o ato de consultoria registrada e realizada entre trabalhadores, profissionais e gestores da área da saúde, com o intermédio de instrumentos de telecomunicação bidirecional com a finalidade de prestar esclarecimentos sobre os procedimentos administrativos de saúde.

E por fim, os telecuidados paliativos, uma ferramenta capaz de efetivar o direito à autodeterminação e a morte digna, sendo uma mescla de atendimentos interdisciplinares para integralizar os cuidados paliativos precoces em um ambiente de instituições de longa permanência realizando chamadas aos familiares para que se planeje o tratamento antecipado de cuidados com os residentes e seus familiares.

## 8 Considerações finais

É quase unânime o entendimento de que o uso da telemedicina é um caminho sem volta. São inúmeros os benefícios desta prática e seu futuro é cada vez mais promissor para os sistemas de saúde e sua sustentabilidade.

Seu exercício trará maior equidade no acesso aos serviços de saúde, permitindo um trabalho colaborativo entre diversas equipes de profissionais clínicos e favorecendo a continuidade assistencial.

Sem dúvida tanto o setor privado como o público, terão uma melhora na eficiência dos serviços de saúde, cabendo aos seus respectivos gestores a estruturação desta nova realidade.

A Telemedicina surgiu nos últimos anos como uma clara aposta para resolver os desafios socioeconômicos. Seu papel otimiza os recursos e melhora a gestão da demanda médica permitindo até mesmo a redução da estadia hospitalar e diminuindo o número de deslocamentos e infecções.

Inúmeros questionamentos surgirão com o passar dos anos permitindo um atendimento cada vez mais globalizado da prática médica.

Plataformas digitais já estão surgindo para auxiliar os profissionais médicos na utilização desse recurso tecnológico.

Independente dos questionamentos que a circundam a telemedicina demonstrou ser capaz de prestar assistência à saúde, quebrando barreiras geográficas e expandindo o alcance desses profissionais à população.

Em suma a telemedicina é um avanço que não deve retroagir. Não veio para substituir a consulta presencial, mas para acrescentar uma modalidade para aqueles que não podem ou naquele momento não querem ir até o consultório médico.

É considerada a constante inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias digitais de informação e comunicação que facilitam o intercâmbio de informação entre médicos e entre médicos e pacientes. Busca fortalecer a relação médico paciente e levar especialistas ao acesso de todos. Podemos falar que é baseada na ética e princípios legais, insta mencionar que o paciente deve estar ciente e optar por este tipo de consulta e o seu aceite deve ser registrado.

É preciso controle e proteção aos pacientes e principalmente ao universo de dados que serão gerados nestes atendimentos.

Sem dúvida as plataformas de telemedicina serão um gigantesco banco de dados relevantes e sensíveis que permitirão uma melhor

dosimetria até mesmo das políticas públicas de saúde, como por exemplo a quantidade de doentes em determinada área geográfica ou qual a melhor forma de tratamento para uma massa populacional.

Assim como tudo que envolve tecnologia, o seu desenvolvimento é bastante dinâmico e a legislação precisa acompanhar essas mudanças, identificando dificuldades, eventuais falhas, possíveis riscos e aprimoramentos.

O futuro bate na porta.

## Referências

AITH, Fernando; DALLARI, Analluza. 9. **Aplicação e Conformidade dos Dados Sensíveis na Saúde Digital e os Preceitos da LGPD.** In: AITH, Fernando; DALLARI, Analluza. Lgpd na Saúde Digital. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1620615596/lgpd-na-saude-digital. Acesso em: 17 jan. 2023.

BARBOSA, P, R, B, Informática médica e telemedicina. **Anais da Academia Nacional de Medicina**, São Paulo, v 160, n 2 , p. 121 -123, jul/dez 2000.

CARTAZ_TELE_SUS_46x64cm_08maio_V3. Disponível em: >www.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2023.

DOC. **Qualidade de vida: Saúde mental em perigo constante.** Disponível em: >revista_doc_70_2020_Edit_V01_pdf.pdf (chaowen.med.br)>. Acesso em: 17 jan. 2023.

HARZHEIM, Erno; CASTRO, Eno de Castro; SCALCO; Diogo. **Apresentação do projeto de telemática e telemedicina em apoio à atenção primária à saúde no Brasil:** núcleo Rio Grande do Sul (telessaúde) _RS | - Academia.edu. 2023.

HISTÓRIA DA TELEMEDICINA (it.pt). Disponível em: >http://www.img.lx.it.pt/~mpq/st04/ano2002_03/trabalhos_pesquisa/T_22/hist.htm>. Acesso em: 17 jan. 2023.

HISTÓRIA DA TELEMEDICINA (it.pt). Disponível em: >https://portal.cfm.org.br/publicidademedica/arquivos/cfm1974_11.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2023.

STAHLER, Gabriela. **Hospital no DF é condenado por não proteger**

**dados de pacientes.** Disponível em: >https://www.privacytech.com.br/vazamentos/hospital-no-df-e-condenado-por-nao-proteger-dados-de-pacientes,393656.jhtml>. Acesso em: 17 jan. 2023.

SCHAEFER, Fernanda; GLITZ Frederico. **Telemedicina, Desafios Éticos e Regulatórios.** Editora Foco: **São Paulo,** 2022.

TELEMEDICINA. **Telemedicina realiza mais de 75 mil atendimentos entre 2020 e 2021 no Brasil.** Disponível em: >uniasselvi.com.br>. Acesso em: 17 jan. 2023.

TELEMEDICINA. **Telemedicina:** o futuro da saúde está em suas mãos e vai reduzir custos assistenciais. Disponível em: >www.previva.com.br>. Acesso em: 17 jan. 2023.

TELESSAÚDE. **Telessaúde Brasil:** o que é, como funciona, legislação e benefícios. Disponível em: >telemedicinamorsch.com.br. Acesso em: 17 jan. 2023.

TELESUS. **Serviço de teleatendimento para o Coronavírus.** Disponível em: >sosvida.com.br>. Acesso em: 17 jan. 2023.

Capítulo 12

# NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

*Deilton Brasil*[1]
*Xenofontes Piló*[2]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.177-187

## 1 Introdução

O Brasil, ao dissenso do que se apregoa, ainda possui um sistema que pende muito mais para a punição severa e implacável de quem é engolido pelas teias da justiça do que um sistema preocupado com a salvaguarda dos direitos do cidadão, seja ele culpado, seja inocente. A qualidade dos julgamentos penais no país, infelizmente, ainda é muito precária.

Como bem advoga Morais (2019, p. 106), o pensamento epicurista, apoiado no princípio utilitarista, sustenta que as penas devem ser utilizadas pelo Estado apenas quando forem realmente necessárias. Do contrário, devem ser dispensadas. Acontece que essa não foi a sistemática vista ao longo da história. As penas, ao longo da maior parte da história humana, foram utilizadas para intimidação, castigo e crueldade, em aspectos desproporcionais, ofendendo, sem limites, a integridade física dos acusados.

No Brasil, atualmente o número de presos ultrapassa a cifra de 600 mil pessoas, com um número de vagas nos estabelecimentos prisionais muito inferior ao de pessoas detidas. Além da superlotação, por consequência, são recorrentes as denúncias de más condições de alojamento, o que tem

1 Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA). Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7268-8009. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1342540205762285. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

2 Doutorando em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: "Proteção dos Direitos Fundamentais". Mestre em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: "Proteção dos Direitos Fundamentais". Bacharel em Direito pela Faculdade Promove.E-mail xenopilo@yahoo.com.br

provocado problemas de saúde, rebeliões, violência interna. Essa situação prisional caracteriza um estado de coisas inconstitucional, haja vista o generalizado quadro de violação de direitos fundamentais causado pela inércia e pela incapacidade reiterada e persistente do poder público em modificar essa conjuntura (MORAIS, 2019, p.114).

Ainda de acordo com o autor, ao não observar direitos básicos que contemplam todas as pessoas, inclusive a massa carcerária, como saúde, dignidade e integridade física e moral, o Estado não está somente infringindo a Carta Magna, mas também diversos outros documentos de âmbito internacional, que pregam a justiça social, fundada no respeito aos direitos essenciais dos homens – como a Convenção Internacional de Direitos Humanos, por exemplo –, aos quais o Brasil jurou fidelidade (MORAIS, 2018, p. 12).

Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. O princípio da presunção de inocência tem como função precípua a proteção do imputado com toda a amplitude exigida pela Constituição. Em razão disso, a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão acusador, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.

## 2 Dignidade da pessoa humana

A dignidade é um atributo inerente da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, não admitindo substituição proporcional. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, trata-se de um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica,

quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito.

Apesar de sua relativa proeminência na história das ideias, Barroso leciona que, somente apenas no final da segunda década do século XX, a dignidade humana começou a aparecer nos documentos jurídicos, começando com a Constituição do México (1917) e com a Constituição alemã da República Weimar (1919). Antes de alcançar seu apogeu como símbolo humanista, a dignidade esteve presente em escritos de natureza menos democrática, tais como o esboço de constituição do Marechal Petain (1940), na França, elaborado durante o período de colaboração com os nazistas, e a Lei constitucional decretada por Francisco Franco (1945), durante a longa ditatura espanhola. Depois da Segunda Guerra Mundial, a dignidade foi incorporada a importantes documentos internacionais, como a Carta de Nações Unidas (1945) a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e outros numerosos tratados e pactos que exercem um papel central nos debates atuais sobre direitos humanos. Mais recentemente a dignidade recebeu atenção especial na Carta Europeia de Direitos Fundamentais (2000) e no esboço da Constituição Europeia (2004) (BARROSO, 2016, p. 19-20).

Em sentido semelhante, Sarmento (2020, p. 78) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é um importante fundamento da ordem jurídica e da comunidade política. Essa ideia foi explicitamente consagrada pela Constituição Brasileira em seu art. 1º, inciso III, no qual a dignidade da pessoa humana é tida como um dos fundamentos, o mais importante da República. Segundo o autor, no direito internacional, tem-se igualmente reconhecido que a dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos.

Sarlet (2007, p. 363), por sua vez, preleciona que não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência – notadamente no que diz respeito à construção de uma noção jurídica de dignidade – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita. Isso sem falar no já referido ceticismo por parte de alguns acerca da possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade.

O autor defende ainda que, por essa razão, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), já que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo. Nesses termos, as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, guardando, além disso, relação direta com o que se poderá designar de dimensão prestacional (ou positiva) da dignidade (SARLET, 2007, p. 363).

Isso implica, portanto, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e lhe garantam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

## 3 Presunção de inocência

A compreensão da Constituição para os fins propostos por seu próprio texto vem desafiar a releitura de qualquer Constituição democrática, assim como a releitura da Constituição brasileira. As constituições, atualmente, são documentos normativos do Estado e da sociedade e representam um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, vindo a operar a força normativa, vinculando, positiva e negativamente, os poderes políticos.

A presunção de inocência, como direito fundamental de qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou de persecução criminal, independentemente da natureza do delito a ela atribuído, confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, e encontrando limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

### *3.1 Aspectos históricos*

A etimologia da palavra "presunção", originada da palavra presumir, é do latim *praesumere*, que significa "julgar por antecipação". Uma preposição costuma tomar como verdade uma suposição, algo que

ainda não foi confirmado ou comprovado, mas que é alvo de especulação. (DICIONÁRIO Etimológico: Etimologia e origem das palavras).

Já a palavra "inocência" tem origem no latim *innocens*, inofensivo, formada do prefixo *in*, que designa negação e *nocens*, mau, criminoso. É, portanto, aquele que é bom, não ofende, não tem culpa no cartório. Numa acepção mais sutil, é a criatura que simplesmente desconhece o mal, o estado da criança de menos de 7 anos, a idade da razão, segundo a doutrina católica. Inocente é o indivíduo ingênuo, às vezes, até pobre de espírito, de notória indigência intelectual. (DICIONÁRIO Etimológico: Etimologia e origem das palavras).

Consultando os escritos de Trajano, temos a seguinte passagem "*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis*, *quam innocentem damnare"* (melhor ser considerado ruim, do que condenar um inocente*)*. Também a máxima de Paulo advoga que "*ei incubit probatio qui dicit non qui negat*" (a prova cabe, incumbe, a quem afirma, não a quem nega). Já os brocardos medievais afirmam que "*affirmanti non neganti incucumbit probatio"* (ao que afirma, não ao que nega, cabe – incumbe –, a prova) e *"actore non probante reus absolvitur"* (se o autor não prova, o réu é absolvido). Completam esses axiomas o princípio da presunção de inocência, que teve sua origem no direito romano, e impõe a regra do *in dubio pro reo*.

A origem do estado de inocência é advinda do próprio princípio do direito natural, fundamentado nas bases de uma sociedade livre, democrática, que respeita os valores éticos, morais, mas principalmente os valores pessoais, aqueles que têm por essência a proteção da pessoa humana.

O princípio da presunção de inocência, de acordo com visão diversa do assunto, como advoga Brasil (2016, p. 379), está contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e refere-se, principalmente, ao tratamento do acusado no curso do processo, presumindo sua inocência até a declaração de sentença judicial, com uma decisão de condenação ou absolvição. Disso decorrem limitações às restrições dos direitos individuais, em especial às medidas cautelares durante a fase instrutória, tais como a prisão preventiva sem prazo certo e a aplicação de formas de antecipação de pena, como suplícios. O processo inquisitório dá lugar ao processo penal acusatório, com uma fase preliminar escrita, secreta e sem contraditório e uma fase instrutória, com a oralidade, a publicidade e o contraditório.

O autor expõe ainda que a natureza jurídica da presunção de inocência é bastante controvertida, gerando dois posicionamentos doutrinários. De acordo com o primeiro entendimento, o princípio

se

> [...] trata de uma *praesumptiones iuris tantum*, isto é, do ponto de vista normativo a presunção deve ser entendida como norma jurídica que pode ser afastada por "prova contrária efetiva". A presunção de inocência se desconecta da verdade e se encaminha à proteção de outros valores. Não parece que haja regra de experiência que leve o legislador a pensar que, em geral, os acusados são inocentes. A presunção de inocência não está fundada sobre uma probabilidade empírica de condenação, mas constitui regra de dever ser, que conduz o legislador a estabelecer uma garantia processual dirigida a proteger valores ideológicos ou políticos e técnicos: o valor ideológico é a garantia da posição de liberdade do acusado em face do interesse coletivo à repressão penal, enquanto o valor técnico ou instrumental se plasma na segurança jurídica ao indicar ao juiz a regra de julgamento. (BRASIL, 2016, p. 382).

Já um segundo setor,

> considera que não se trata de uma autêntica presunção em sentido técnico-processual, pois lhe faltam praticamente todos os elementos, nem de uma regra de ônus da prova, mas sim um direito fundamental que serve como verdadeiro princípio informador irrenunciável de todas as fases do processo penal em matéria de valoração da prova e de adoção de medidas cautelares restritivas de direitos constitucionais, incluído entre as chamadas verdades interinas ou provisórias (de caráter probatório), destinada a proteger o acusado e afastar o juiz (bem como os poderes públicos e hoje os meios de comunicação) de um prejulgamento social de culpabilidade baseado na mera suspeita. Desta maneira, a presunção de inocência opera em todos os casos em que a culpabilidade do acusado permanece na incerteza, substituindo esta pela certeza da inocência do acusado. Portanto, a presunção de inocência funciona no processo penal como se fosse uma presunção *iuris tantum*. (BRASIL, 2016, p. 382).

Brasil (2016, p. 392) conclui que o princípio de não culpabilidade é também um princípio que acompanha o imputado ao longo do processo penal, situando-se entre os direitos fundamentais, e que se assume como um direito subjetivo público, pertencente aos direitos das liberdades e garantias; como uma garantia subjetiva do imputado que se traduz no fato de ser reconhecido inocente enquanto a sua culpabilidade não seja provada.

O princípio constitucional do estado de inocência, conhecido por muitos por presunção de inocência, é princípio relativamente novo. Relatos dão conta que se seus defensores mais perseverantes apareceram durante o século XVII, com Voltaire, e no século XVIII, com Beccaria.

Apesar de fortes críticas de pensadores influentes como Beccaria e

Voltaire, tal cenário somente começou a sofrer modificações em 1789 na Declaração dos Direitos do Homem. No entanto, foi novamente atacado nos regimes totalitários, como o nazismo e o fascismo (BECCARIA, 2012).

Atualmente a presunção de inocência alcançou em nosso país *status* de princípio constitucional, que permeia todo e qualquer procedimento criminal, no sentido de impor, dentre outras questões, limites à restrição da liberdade do imputado se inexistente sentença penal condenatória definitiva, visando a tutela do direito de ir e vir, que somente poderá ver-se restringido cautelarmente, quando a prisão provisória apresentar função instrumental qualificada.

### *3.2 Direitos do homem: parcela dos direitos fundamentais*

A relação interna entre direitos do homem como direitos morais e o direito positivo desempenha um papel decisivo. Os objetos dos direitos do homem devem tratar de interesses e carências para os quais valem coisas distintas. Revela-se, em primeiro lugar, os interesses e carências que, normalmente, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito. Assim, muitos homens têm uma carência fundamental de amor. Não deve haver poucos aos quais é mais importante ser amado do que participar em demonstrações políticas. Porém, não existe um direito do homem ao amor, porque amor não se deixa forçar pelo direito. A segunda condição é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que exista a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentabilidade alicerça, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Em sua genealogia, a história dos direitos fundamentais é a história dos direitos subjetivos dos cidadãos perante o poder do governante e do Estado, assim como a proteção desses direitos contra a própria vontade geral do povo representada pelo poder legislativo (CALGARO; CICHELERO; SANDI, 2019, p. 120).

Os direitos fundamentais não possuem exatamente uma origem determinada. Diferentes correntes jusfilosóficas deram sua contribuição na tentativa de se apontar o momento em que tais direitos teriam surgido. Não se pode negar que as famílias, clãs, tribos, castas, tabas e todas as formas originais de associação humana se deram em razão de laços de "consanguinidade" (reais, místicos ou míticos). Vale lembrar também que, na Atenas de Clístenes e Péricles, só era considerado cidadão ateniense, apto a participar com vez e voz nas deliberações da *demokratia*, o homem cujo

pai fosse ateniense e cuja mãe fosse filha de pai ateniense. Um *ius sanguinis* que adviria da literal fraternidade (isogonia) entre os helenos (filhos de Helen) e que determinava, por isso, a aquisição de direitos e a igualdade legal (isonomia) entre os cidadãos. Em passagem do Menêxeno, Sócrates contrapõe a Constituição ateniense às que, pressupondo a desigualdade entre os homens, tornando uns servos e outros senhores, originaram tiranias e oligarquias.

Vários autores consideram que os termos direitos humanos e direitos fundamentais são sinônimos. Entretanto, é necessário destacar as diferenças existentes entre eles. Como o termo "direitos humanos" é muito amplo, podem ser encontradas diversas versões sobre seus conceitos, o que prejudicaria a compreensão de seu real significado, dificultando, dessa forma, o seu reconhecimento, bem como a própria proteção de tais direitos.

Os jusnaturalistas defendem que os direitos humanos são aqueles que surgem da própria qualidade de pessoa humana pelo fato de ela pertencer a essa espécie. Entretanto, a concepção pode restringir o seu significado. Ainda que se entenda como verdadeira esta afirmação, ela vem excluir aqueles direitos decorrentes da evolução histórica, social, política e econômica.

Para o jusnaturalismo, os direitos fundamentais são direitos prepositivos, ou seja, são direitos anteriores à Constituição; direitos que sobrevêm da própria natureza humana, independente do seu reconhecimento pelo Estado.

Já os juspositivistas consideram que esses direitos resultam da legislação. Dessa maneira, a existência dos direitos é consequência da positivação das normas, sendo as leis produto da ação humana e os direitos fundamentais frutos dessas leis.

*Pari passu*, os realistas jurídicos entendem que os direitos fundamentais provêm das conquistas sociais alcançadas pelos indivíduos ao longo da história. Sucedeu um processo histórico que fez nascerem direitos fundamentais, assim, tal evolução possibilitou não apenas o surgimento dos direitos, bem como sua consolidação ao longo dos tempos.

A evolução histórica dos direitos fundamentais não ocorreu de maneira rápida, pelo contrário, aconteceu gradualmente, como consequência de diversas transformações ocorridas no decorrer da história. Além disso, os direitos fundamentais não foram reconhecidos todos de uma única vez. O reconhecimento foi progressivo, conforme a própria

experiência da vida humana em sociedade.

A dignidade da pessoa humana sendo elevada expressamente, no título dos princípios fundamentais do nosso Estado democrático de Direito, pelo constituinte de 1988, nos moldes como ocorreu em outros países, como a Alemanha, além de ter tomado uma proporção fundamental a respeito do sentido da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu definitivamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade fundamental, e não o meio da atividade estatal. Nesses termos, pode-se concluir que é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas seja individualmente ou coletivamente.

Esse panorama é o que predomina atualmente, não possuindo, os direitos fundamentais uma origem estática ou concreta, na medida em que resultam de um longo e constante processo histórico e, por isso, estão sempre em evolução, ou seja, pelo simples fato de termos uma dignidade, somos titulares de direitos humanos e também de direitos fundamentais.

## 4 Considerações finais

A abordagem jurídica da presunção de inocência possui como função principal a proteção do acusado em toda sua extensão, conforme assegurado pela Constituição brasileira. A presunção de inocência trata-se de um princípio constitucional e sua aplicação atual não comporta mais uma extensão absoluta, devido à necessidade de sua harmonização com outros princípios constitucionais. A dignidade da pessoa humana foi consagrada pela Constituição de 1988 em seu art. 1º, inciso III, onde se encontra registrado que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República. No Direito Internacional, tem-se igualmente reconhecido que a dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos, buscando converter o interesse da comunidade internacional e a necessidade de redefinição do que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados, num sistema normativo de proteção de direitos humanos. Adota-se, portanto, o valor da primazia da pessoa humana, com a finalidade de proporcionar maior efetividade possível à tutela e promoção dos direitos fundamentais.

No mesmo diapasão, a presunção de inocência vem insculpida na Constituição brasileira, no art. 5º, inciso LVII, onde se lê: "ninguém

será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Vários doutrinadores a denominam de maneiras diferentes, tais como: princípio de não culpabilidade, de estado de inocência, de presunção de inocência. Mas todos são unanimes em afirmar que se trata de direito fundamental de qualquer indivíduo que está sujeito a uma persecução criminal, independente do delito a ele atribuído.

No escopo dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 constitui um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto**. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Salvador: Fórum, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIJUR, 2012.

CALGARO, Cleide; CICHELERO, César Augusto; SANDI, Ramon da Silva. Direitos fundamentais e o consumo: a busca de proteção social e ambiental. P. 119-136, jan./jun. 2019.

CONSTITUTE. **Comparative Constitutions Project**. London: Oxford University Press, 2005. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitutions. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade):** um diálogo com os direitos e garantias fundamentais, **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 376-398, set./dez 2016.

INOCÊNCIA. *In*: **DICIONÁRIO Etimológico**: Etimologia e origem das palavras. Disponível em: https://www.dicionarioetimologico.com.br/. Acesso em: 19 set. 2020.

MORAIS, Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. As audiências de custódia e a efetividade da justiça na realidade penal brasileira. In: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; BRAGA, Sérgio Pereira (Orgs.). **Globalização, Desenvolvimento Sustentável e Efetividade da Justiça.** Belo Horizonte: Arraes, 2019. p. 89-102.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC,** n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

Capítulo 13

# O DANO TEMPORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SUA REPARABILIDADE

*Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento*[1]
*Bruno Brandão Santiago Nascimento*[2]
*Carlos Augusto Tolomelli Malaquias*[3]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.189-199

## 1 Introdução

Na contemporaneidade, o tempo é nosso bem jurídico mais precioso, depois da vida. Muito se fala na necessidade de otimização deste bem jurídico. Todos muito atarefados, com horários pré-determinados, tarefas diárias como trabalho, estudo, afazeres domésticos, enfim, vivemos numa verdadeira corrida contra o tempo.

Portanto, é inadmissível que nos tomem esse tempo que, na maioria das vezes, não está ocioso, pois até o tempo "ocioso" é precioso, como num momento de descanso, por exemplo, para que resolvamos problemas que não são de nossa responsabilidade.

O tempo como bem jurídico primordial, se desperdiçado, gera o dano temporal indenizável, pois este tempo perdido torna-se irrecuperável.

Há de se considerar que, uma vez que o consumidor se veja na necessidade de sanar determinada pendência criada pela ineficiência

1 Advogada; Professora Universitária; Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil; Pós-Graduada em Relação Jurídica de Consumo; Pós-Graduada em Mediação e Conciliação de Conflitos; Conselheira Seccional da OAB/MG; Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB; Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG Subseção Juiz de Fora 2013/2018; Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. E-mail: anacristinabrandaoadv@hotmail.com

2 Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior; Estagiário na Delegacia Especializada de Atendimento às Mulheres – DEAM – Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. E-mail: brunobrandao0306@gmail.com

3 Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Legale; Graduado em Direito na Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação – ESAMC Santos; Assessor Jurídico de Unidade Militar do Exército Brasileiro.

do fornecedor, por ocasião da prestação do serviço ou por um produto viciado/defeituoso, dedicando para tal, parcela de seu tempo, este deve ser indenizado pelo gerador do transtorno. Ocorre que no caso em tela, o consumidor estará utilizando um tempo que, fatalmente, lhe acarretará algum prejuízo, tendo em vista que durante aquele período ele estaria fazendo coisas que atendessem sua própria subsistência.

Vale ressaltar que uma vez perdido o tempo não mais retornará e que, por óbvio, será desencadeada uma série de percalços na vida do consumidor, que para solucionar um problema que o fornecedor causador deveria ter resolvido, o consumidor deixou algum afazer naquele momento para outra oportunidade e quando vier a realizar esta atividade, o fará no momento que estaria praticando outra atividade, e por aí vai, gerando um desencadeamento escalonado de atividades atropeladas deixadas de fazer num tempo que não volta mais.

É exatamente desse tempo perdido que trata o Dano Temporal.

Destarte isto, será abordada esta temática, trazendo à baila a conceituação de dano temporal, com o fito de melhor exemplificar o desvio produtivo bem como a vulnerabilidade a que está exposto o consumidor brasileiro, trazendo o posicionamento jurisprudencial pátrio bem como a responsabilidade de indenizar por parte do fornecedor.

## 2 O dano temporal

O Dano Temporal é causado sempre que o consumidor perde seu tempo tentando resolver determinado problema que o fornecedor de serviço ou produto lhe causou e transferiu a ele o ônus da solução, aproveitando-se da condição de vulnerabilidade do consumidor para lhe fazer tal imposição, violando seus direitos legítimos.

Esse tempo desperdiçado de modo impositivo e inesperado faz com que o consumidor se abdique de afazeres previamente agendados, e por vezes, perca momentos que seriam vitais para seu desenvolvimento pessoal.

O tempo é um bem passível de tutela jurídica, portanto, uma vez subtraído de forma abusiva e inesperada do consumidor, deverá haver a respectiva reparação do dano, sendo que a indenização será devida em situações que extrapolem o tempo considerado "normal" na rotina do consumidor.

Esse tempo "normal" poderá ser baseado, por exemplo, no tempo de espera em uma fila, no tempo de espera em atendimento do SAC

(Serviço de Atendimento ao Consumidor) em uma loja, no tempo que despende no trânsito, ou seja, situações rotineiras que devem ser toleradas.

Já as situações intoleráveis, podemos exemplificar como o caso dos atendimentos de forma remota, em que atendentes transferem o consumidor para dois ou três funcionários da empresa, sem contudo, solucionar o problema de forma eficaz, trazendo-lhe desconforto, irritação, frustração com o mal atendimento do fornecedor, além da perda de tempo tentando solucionar um problema que lhe foi gerado e que deveria ser prontamente solucionado pelo fornecedor.

Justamente o tempo considerável que o consumidor despende sem prever, tumultuando seu dia a dia, que antes era tido como mero aborrecimento ou pequeno dissabor, na atualidade, em diversos tribunais do país, já vemos decisões favoráveis à indenização pela perda do tempo ou dano temporal.

## 3 O desvio produtivo

A partir do momento que o consumidor lesado gasta seu tempo, o qual deveria estar praticando alguma atividade existencial, quais sejam: trabalhar, estudar, se divertir, descansar, cuidar de si, atividades que por si desenvolvem a personalidade e a dignidade da pessoa humana, para resolver um problema causado por um fornecedor que abusivamente lhe transfere o ônus que é seu, está caracterizado o Desvio Produtivo Involuntário, fato gerador do Dano Temporal, tendo, portanto, o fornecedor o dever de indenizar.

É o que preconiza o Professor Marcos Dessaune, autor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, na obra Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado e da Vida Alterada, 2017, p. 274, como sendo o "fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia de suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais.", o que gera dever de indenizar.

O Desvio Produtivo é um fenômeno socioeconômico que não pode ser entendido como simples dissabor, mero aborrecimento, contratempo normal e cotidiano na vida das pessoas; ele é um evento danoso, que traz transtorno e causa prejuízo aos consumidores.

## 4 A vulnerabilidade do consumidor

O consumidor enquanto sujeito mais fraco na relação de consumo é vulnerável, conforme preceitua o artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, Lei que tutela seus direitos, garantindo-lhe igualdade de contratação no mercado de consumo e liberdade de escolha, devendo o fornecedor oferecer um serviço/produto de forma segura, prestando as informações necessárias e se responsabilizando por eventuais danos causados aos consumidores na prestação do serviço e na utilização dos produtos.

Deparamos com a condição de submissão, própria pela vulnerabilidade, do consumidor quando este, sem opção, chama para si a obrigação do fornecedor de reparar um dano por ele causado, operando o *modus solvendi* (cumprir com a obrigação, solver) que o fornecedor de forma arbitrária e abusiva lhe impõe evidenciando, inclusive, uma prática abusiva vedada pelo artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Vendo-se sem oportunidade de escolha, sem opção por tamanha imposição, o consumidor assume um problema que lhe é imposto pelo fornecedor de forma arbitrária, lesando o Código de Defesa do Consumidor e ferindo direito constitucionalmente protegido, no ímpeto de tentar solucionar o problema, muitas vezes, a fim de não lhe ocasionar maiores danos, inclusive materiais.

O consumidor vulnerável, parte mais fraca da relação, se vê quase que na obrigação de solucionar o problema causado pelo mau fornecedor, para não incorrer em prejuízos que, fatalmente, o prejudicariam, porém, usando de um tempo que não dispunha e que deveria estar fazendo algo a seu bel prazer, seja trabalho, estudo, lazer, cuidando de afazeres que ele próprio se beneficiaria, num tempo que não poderá mais recuperar!

## 5 O tempo como bem jurídico

O tempo, do ponto de vista jurídico, até pouco tempo atrás, era visto apenas como um fato jurídico, em que acontecimentos produzem efeitos jurídicos - o nascimento, a maioridade, a morte. Hoje, parte da nova doutrina e da jurisprudência já considera o tempo como um bem jurídico tutelado constitucionalmente.

Dessaune explica em seu livro Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado e da

Vida Alterada, 2017, p. 247, que:

> O tempo vital, existencial ou produtivo da pessoa consumidora, enquanto suporte implícito da existência humana, isto é, da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e enquanto bem finito individual e capital pessoal que, por meio de escolhas livres e voluntárias, pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, é tanto um dos objetos do direito fundamental à vida – ou seja, um bem jurídico constitucional – quanto um atributo da personalidade tutelado no rol aberto dos direitos da personalidade. Ademais, o tempo vital ou existencial é um recurso produtivo limitado – necessário para o desempenho de qualquer atividade – que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas.

O direto à vida é o principal direito garantido pela Constituição Federal, no artigo 5º, *caput*, que preceitua:

> 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 de direito à vida. [...]

Todo ser humano tem o direito de viver dignamente, conforme prevê o artigo 1º, III, da Lei Maior:

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

Sendo a vida um direito fundamental, indispensável à pessoa humana, e o tempo vital, existencial ou produtivo, essencial ao desenvolvimento da pessoa, o tempo é tido como um bem jurídico que integra os direitos da personalidade, portanto, tutelado pela norma contida no artigo 1º, III, combinado com o artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O bem jurídico pode ser material ou imaterial e é objeto de um direito. Assim, concluímos que o tempo é um bem jurídico que está diretamente ligado ao direito à vida, pois para que a pessoa viva de forma digna e satisfatória utiliza desse tempo para realizar atividades que considera essenciais à sua vida. Tempo este que é irrecuperável e inacumulável.

Como bem jurídico tutelado, a perda de tempo considerável, de modo desarrazoado e injustificado, leva ao dever de indenizar do fornecedor.

### *5.1 O tempo produtivo desperdiçado involuntariamente*

Todo tempo que o consumidor perde desarrazoadamente, de forma imprevista, deixando de realizar atividades previamente planejadas, sucumbindo o *modus solvendi* do problema que o fornecedor gerou e deveria resolver, independente da solução, está ele despendendo de um tempo que não irá recuperar, perdendo definitivamente uma parcela do seu tempo vital, configurando lesão e gerando um Dano Temporal.

Quando desperdiçamos nosso precioso tempo seja em filas de bancos, em esperas de atendimentos telefônicos – *call center*, esperas em aeroportos, e até mesmo aguardando a regularização de um serviço público essencial como fornecimento de água e luz, sendo este tempo perdido um "tempo" considerável, que tenha causado transtornos na vida do consumidor, aí está presente o fato gerador do desvio produtivo involuntário do consumidor.

O tempo perdido para solucionar um problema causado pelo fornecedor que se exime de resolver em tempo hábil e ainda transfere o ônus ao consumidor vulnerável e carente de solução – prática absolutamente abusiva, vedada pelos artigos 39,V e 51, I e IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor, que involuntariamente tenta suprir o problema com o intuito de sanar o prejuízo causado, é um tempo improdutivo para o consumidor no que diz respeito à utilização do mesmo para dispor a seu bel prazer, em que pese, deveria estar utilizando deste tempo fazendo coisas que atendessem sua própria subsistência.

Rezam os artigos 39, V e 51, I e IV, do Código de Defesa do Consumidor, sobre as práticas abusivas e as cláusulas abusivas, respectivamente, vejamos:

> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
>
> V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. [...]
>
> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
>
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam

> incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. [...]

Portanto, o fornecedor ao transferir de forma impositiva ao consumidor o ônus de resolver o problema que tem por obrigação solucionar, está agindo abusivamente, devendo ser penalizado a indenizar o consumidor pelo Dano Temporal.

O tempo de cada um é um bem finito e individual, que se utiliza conforme melhor lhe convém e necessita, é o tempo que dura a vida de cada ser humano e durante esse período, por deliberalidade de cada indivíduo, utiliza-se da forma que cada um entende necessário para seu próprio desenvolvimento, sendo que o tempo é primordial para se desempenhar todas as atividades, ele é inacumulável e irrecuperável.

## 6 À luz da jurisprudência brasileira

De uma forma crescente, os Tribunais de todo o país vêm enfatizando que o desvio produtivo do consumidor gerado com a perda do tempo que ele utilizaria em seu favor, de modo a lhe acrescer como pessoa humana, sendo-lhe tolhida essa oportunidade por um ato antijurídico do fornecedor em forçar que o consumidor assuma a responsabilidade que é dele, não é mero aborrecimento ou pequeno dissabor, pois não é fato corriqueiro na vida do consumidor, mas sim, um ato isolado, um tempo consideravelmente perdido, insubstituível, que gera o dever de indenizar do fornecedor.

O Superior Tribunal de Justiça vem confirmando o entendimento dos tribunais brasileiros, condenando fornecedores a indenizar consumidores pelo desvio produtivo.

A primeira Ministra a se pronunciar a favor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor foi a Ministra Nancy Andrighi, em 12/09/2017, no julgamento colegiado do REsp 1.634.851/RJ interposto pela Via Varejo - 3ª Turma do STJ, no qual a Ministra foi relatora e mencionou o Desvio Produtivo do Consumidor para negar provimento ao recurso especial daquele fornecedor:

> À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo.

Desde então, o STJ tem se pronunciado a favor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, condenando o fornecedor à indenização pelo Dano Temporal do consumidor.

Portanto, desde o ano de 2017, os Egrégios Tribunais do país, assim como o Superior Tribunal de Justiça, vêm entendendo que o Dano Temporal, quando se perde um tempo, que é um bem jurídico tutelado pela Constituição Federal, sendo que o tempo dá suporte à vida, tempo este que é irrecuperável e inacumulável, causando prejuízos ao consumidor que tem seu direito violado pelo fornecedor, gera indenização como meio de amenizar o dano suportado pelo consumidor.

## 7 O dever de indenizar

Os renomados autores Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem explanam em sua obra O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis, 2012, p. 204-205:

> O nosso tempo é finito, e economicamente, o tempo do *homo oeconomicus et culturalis* do século XXI é o tempo do lazer, da família e do prazer, um tempo de realização e acesso às benesses da sociedade de consumo, mas cada vez mais é um tempo de conflito com os fornecedores.
>
> A valorização do tempo, e consequentemente, seu menosprezo, passam a ser identificados como fatores relevantes pelo direito. Nem a perda do tempo mediante estratégias organizadas do fornecedor pode mais ser qualificada como 'mero aborrecimento normal' nem o tempo que alguém se dispõe a investir nas relações de afeto.
>
> Agora o tempo é valor que compõe o dano ressarcível. Muitas das condenações em danos morais levam em consideração o tempo, como qualidade e como segurança do fornecimento do produto e do serviço.

Marcos Dessaune, em Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado e da Vida Alterada, 2017, p. 264-265, elucida:

> [...] grandes fornecedores, ao se aproveitar de sua superioridade no mercado para transferir para o consumidor o custo temporal, operacional e material de sanar o vício do seu produto ou serviço, o dano decorrente de um defeito nele ou a consequência danosa de uma prática abusiva, em princípio auferem um lucro extra e injustificado à causa do consumidor, que sofre um prejuízo de natureza existencial com efeitos individuais e potencial repercussão coletiva.
>
> [...]

> [...] ao arbitrar a indenização do dano extrapatrimonial de natureza existencial decorrente do desvio produtivo do consumidor, o juiz, verificando que o caso envolve um grande fornecedor que notoriamente lesa consumidores de modo intencional e reiterado, deve considerar o grau de culpa e a condição econômica desse agente ofensor, elevando o valor da indenização causuisticamente para que sejam alcançados não só os efeitos satisfatório e punitivo da condenação, como, também, o seu efeito preventivo."

O fornecedor tem o dever de solucionar todo e qualquer problema por ele causado ao consumidor, seja por vício do serviço, seja por vício do produto. Tais vícios devem ser sanados de forma rápida e eficiente, a fim de se evitar prejuízo maior ao consumidor.

A partir do momento que o fornecedor impõe ao consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, o ônus de solucionar o vício de um serviço ou de um produto a que deu causa, incorre esse fornecedor no dever de indenizar o consumidor pelo tempo perdido com um problema que não é seu dever resolver, desviando-o de seus afazeres e fazendo-o despender de um tempo irrecuperável em sua vida.

O consumidor que desperdiça seu tempo vital por imposição do fornecedor sofre uma lesão antijurídica, um prejuízo efetivo em sua vida, um dano extrapatrimonial de natureza existencial, devendo ser indenizado.

## 8 Considerações finais

O tempo é um bem jurídico irrecuperável, inacumulável e irrenunciável, tutelado pela Constituição Federal, uma vez que essencial à vida do cidadão consumidor, torna-se perfeitamente tutelável pelo artigo 1º, III cumulado com o artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, que nos garante o direito à vida, como bem essencial à dignidade da pessoa humana.

Esse tempo é um bem primordial na vida de cada pessoa, é o momento em que cada um realiza suas atividades existenciais na busca de qualidade de vida, de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar.

Na medida em que o consumidor vulnerável desperdiça seu precioso tempo sendo forçado a exercer atividade que não lhe compete para solucionar um problema causado pelo fornecedor que, de forma arbitrária, negligente e abusiva, lhe impõe tal situação, estará ele despendendo de seu tempo vital e irrecuperável e, consequentemente, o fornecedor estará se beneficiando de tal situação, o que não pode, nem deve, ser considerado um ínfimo dissabor ou mero aborrecimento.

Felizmente, os Tribunais de todo o país e o Superior Tribunal de Justiça já estão entendendo pela condenação dos fornecedores por este ato antijurídico que leva ao Dano Temporal, que deve ser penalizado de forma a punir o fornecedor e a prevenir contra futuras reincidências por parte deste e a compensar o consumidor lesado que sofreu com o ato danoso.

## Referências

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do Consumidor.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.523 de 31 de julho de 2008.** Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 01 jan. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor.** 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

CUNHA, Giovana Raulino. **Lei Geral De Proteção De Dados e a responsabilidade civil dos agentes de proteção de dados.** 2021. Disponível em: > https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/19427> Acesso: 24 setembro 2022.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor**: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado e da Vida Alterada. São Paulo: RT, 2017.

Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado e da Vida Alterada, 2017.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, MACHADO, Costa. **Constituição Federal Interpretada.** 11. ed. Barueri: Manole, 2020.

GARCIA, Leonardo; GUGLINSKI, Vitor. **Código de Defesa do Consumidor: doutrina e jurisprudência para utilização profissional.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **Curso de Direito do Consumidor Completo.** 6. ed. Belo Horizonte: D. Placido, 2020. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção**. Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual.** 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial Sistematizado:** doutrina, jurisprudência e prática. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Capítulo 14

# O DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET: SUA ATUAÇÃO NAS MÍDIAS E REDES SOCIAIS E SEU CONFRONTO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*Herbert Machado*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.201-214

## 1 Introdução

O discurso de ódio nunca pode ser visto como uma mera opinião e nem como liberdade de expressão. O pilar a ser observado aqui é a dignidade da pessoa humana.

O discurso de ódio tem como pressuposto básico o de instigar a violência em todas a suas nuances.

Tal modalidade de discurso tem como finalidade a distorção da realidade visando afetar um indivíduo ou grupos de indivíduos de forma negativa gerando assim uma ameaça à ordem pública.

Winfried Brugger o define como: "O conjunto de palavras que traz o potencial de insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião; ou que tem a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação"[2]

Com o advento da internet, das mídias sociais e redes sociais[3] é

1 Advogado, professor, especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio, em História Econômica pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); graduado em Direito pela Faculdade Metodista Granbery, e em História pelos CES/JF, Secretário geral da da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG.Email: hamachado77@gmail.com

2 BRUGGER, W. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Revista de Direito Público* n.º 15, Jan-Fev-Mar/2007. P. 118.

3 Se faz importante aqui diferenciarmos mídias sociais de redes sociais, As mídias sociais correspondem ao universo de tudo aquilo que é publicado na internet enquanto convívio social, sejam notícias , vídeos, fotos, músicas , mensagens dentre outros, as redes sociais se caracterizam por serem plataformas , ou seja um local ou locais onde existe a interação entre pessoas que possuem algum tipo de intenção única que é o compartilhamento de postagens , sejam elas fotos, vídeos ou mensagens e textos ou informações à pessoas afins.

obvio que os discursos de ódio encontraram ali um campo fértil para sua externalidade.

> Todas as pessoas do mundo passam então a estar a distância da tela dos smartphones ou a um click do mouse. E nesta velocidade que não respeita barreiras físicas não há mais controle do que vem até nós como informação, já que todos passamos ao status de autores em questão de segundos. E tal produção pode ser tanto negativa quanto positiva, cabendo a cada indivíduo na melhor atribuição de seu bom senso utilizar tal ferramenta que é fonte inesgotável de conhecimento para o bem comum.[4]

Muitos usuários da internet e de suas redes sociais acabam não tendo o acima mencionado bom senso, e por fim, alguns usuários acabam não tendo o conhecimento da proporção que suas opiniões podem tomar e que tais opiniões podem propagar discursos de ódio.

O grande perigo da propagação ilimitada de qualquer forma de ideia ou opinião na internet é o limite que separa o que é liberdade de expressão do discurso de ódio, o que separa a legalidade da ilegalidade.

Não há em hipótese alguma de se ter censura nos meios cibernéticos mas há, de se ter o cumprimento das leis e a culpabilidade daqueles que a descumprem.

Com o advento da epidemia do COVID-19[5] em março de 2020 e a necessidade ou obrigatoriedade do confinamento, fizeram com que a utilização da internet fosse massificada de uma maneira sem precedentes e com isso logicamente a figura do discurso de ódio nunca esteve tão presente em nossa sociedade.

A lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989[6] decreta que serão punidos "os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".

Há muitos tipos de Crime de Ódio que não são englobados pela Lei nº 7.716/89, porém todo e qualquer tipo de delito de intolerância vai contra as leis e encontrará amparo na Constituição.

Desse modo, o Projeto de Lei Nº 7582/2014[7] que está em tramitação

4 MACHADO, Herbert. O Direito e a Sociedade 5.0. Belo Horizonte. Casa do Direito, 2022. p. 94-94.

5 A Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou como pandemia em 11 de março de 2020, mantendo este status até janeiro de 2023. WIKIPÉDIA.Rede Social. Acesso em: 18/01/2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pandemia_de_COVID-19

6 Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. (1989). Acesso em 6 jan.2022. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm

7 Lei Nº 7582/2014.Acesso em:06 jan.2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/

no Congresso Nacional, tem como objetivo definir o que são os "crimes de ódio", e ainda incluir grupos não inseridos na Lei 7116/89[8].A legislação brasileira, no que tange a definição dos chamados crimes de discursos de ódio se encontra defasada quando comparada à comunidade internacional, que já possui elaborada definições e medidas para o combate de tais crimes.

Este trabalho tem por objetivo analisar de forma breve o chamado discurso de ódio dentro da internet, mídias e redes sociais no Brasil, e sua errada equiparação com a liberdade de expressão, bem como analisar brevemente a evolução legal pátria dentro deste contexto, sem logicamente esgotar assunto tão amplo e ainda em mutação.

Para tal, nos utilizamos de uma pesquisa qualitativa dentro da ainda restrita literatura sobre o tema utilizando artigos acadêmicos, publicações em revistas jurídicas físicas e *on-line* e literatura de doutrinadores jurídicos que tratam do assunto proposto.

## 2 O discurso de ódio-breve conceituação e sua prática na sociedade

Inicialmente, tentaremos definir o que é discurso. O discurso nada mais é que uma mensagem com o intuito de se dirigir a um determinado público, visando comunicar ou expor algum fato, mas também com a ideia de persuadir este público positivamente ou negativamente.

Foucault "afirma que o discurso é uma representação culturalmente construída pela realidade, não uma cópia exata."[9]

Podemos então definir o discurso de ódio como uma tentativa de estereotipar ou estigmatizar um indivíduo ou determinados grupos sociais, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido), possuindo sempre externalidade e utilizando termos e expressões dotadas de ódio, gerando ameaças a um indivíduo ou indivíduos.

> Isso significa que discursos de ódio podem causar danos diretos e indiretos aos membros do grupo vulnerável que é alvo. Os danos diretos são o prejuízo psicológico causado aos membros de grupos vulneráveis (que sentem, por exemplo, medo e angústia quando tem contato com o discurso), enquanto os danos indiretos são a ocorrência de discriminação e violência em decorrência do prejuízo (muitas vezes

propostas-legislativas/616270

8 Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

9 FOUCAULT, M. A Arqueologia do Saber (Londres: Routledge, 1972/1995 ed, trans R. Sheridan), p. 53-72.

> de longo prazo) à reputação social dos membros de grupos vulneráveis, que faz que eles não sejam reconhecidos como iguais e portadores dos mesmos direitos que outros cidadãos.[10]

A legislação pátria ainda peca em tipificar de maneira mais ampla os chamados crimes de discurso de ódio não havendo ainda uma definição ou tipificação especifica para tais delitos.

> A posição de não admissão do hate speech[11] vem marcada em diversos instrumentos internacionais de diretos humanos como Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração (itens 86 a 91) e o Plano de Ação (itens 143 a 147) emitidos na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001.[12]

O discurso de ódio sempre existiu, seja voltado a atacar alguém ou um determinado grupo social, no entanto, com o advento da internet, das mídias sociais e das redes sociais juntamente com ocorrência da pandemia do COVIDE-19 este discurso atingiu níveis nunca antes vistos na história, já que, ocorre de forma instantânea e em escala mundial.

Desta maneira, nos resta de forma clara que os discursos de ódio consistem em um abuso à liberdade de expressão pois sua manifestação vai de encontro aos direitos fundamentais do outro inferiorizando e atacando um determinado grupo ou pessoa.

Aqui nos faz importante salientarmos que para ser considerado um discurso de ódio ou Hate Speech, tal discurso tem que ser externalizado e atingir uma coletividade, não importando aí que seja voltado a uma única pessoa em específico.

> Dessa forma, esse discurso se apresenta de diferentes maneiras, a depender da temática e dos grupos aos quais são direcionados, destacando-se dois tipos: Hate Speech in Form, manifestações de forma explícita denotam ódio, e Hate Speech in Substance, que consiste em uma modalidade disfarçada do discurso do ódio (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015). Atualmente os Hate Speech in Substance estão divididos em discursos contra a raça, etnia, orientação sexual, opção

10 SALVADOR, João Pedro Favaretto. Acesso em 09-01-2022.Disponível em: https://www.sigalei.com.br/blog/combatendo-o-discurso-de-odio-um-panorama-dos-projetos-de-lei-em-tramitacao .

11 Palavra em inglês para discurso de ódio.

12 NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão**.** Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 313-332

religiosa, nacionalidade, condições por ser mulher, entre outros.[13]

Neste trabalho focamos na internet, suas mídias e redes sociais devido à velocidade com que proporcionaram a propagação do discurso de ódio, principalmente durante o confinamento necessário em virtude da pandemia do COVID-19.

O ódio se manifesta de várias maneiras, sendo o discurso de ódio uma manifestação disseminada unicamente com o intuito de instituir o preconceito e a intolerância. Quanto a prática dos discursos de ódio esta pode vir de maneiras variadas, em qualquer tipo de mídia em qualquer tipo de atitude tomada visando inferiorizar ou ofender um determinado grupo ou pessoa.

Desta forma fazendo com que as minorias que já não possuem de forma geral a garantia de seus direitos de forma igualitária, sintam-se ainda mais apartadas e discriminadas gerando assim um sentimento de impotência.

Desta forma o anonimato e o status de autor concedido pela internet se transformaram em um terreno fértil para que o discurso de ódio fosse amplamente disseminado nos últimos três anos desta década de 2020.

A sensação de segurança oferecida pelas mídias e redes sociais aos disseminadores do ódio lhes dão a liberdade para a prática de ofensas e preconceitos. "Há uma sensação de poder e de impunidade que, em conjunto com a ignorância e o preconceito impulsiona o *Hater* a publicar sua ira, em velocidade digital."[14]

Particularmente, na conjuntura brasileira dos últimos três anos desta década de 2020 o discurso de ódio foi também atrelado a nuances políticas, fato este que carece ainda de estudo aprofundado, não cabendo neste trabalho aqui apresentado a discussão do tema devido a sua extensão.

Na mencionada conjuntura nacional a internet fora utilizada como nunca como veículo disseminador dos discursos de ódio.

Apesar disso não podemos deixar de indicar que os movimentos políticos como já mostrado na história da humanidade favorecem a

13 Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí Ano 01 - Edição 01 - Jan/Jun 2021. Acesso em 09/01/2023. Disponível em: https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/07/Revista-Eletro%CC%82nica-do-MPPI-Ano-1-Edic%CC%A7a%CC%83o-1-inaugural-Jan-Jun-2021.pdf

14 BARBOSA, Kelianny. Discurso de ódio na internet: a linha tênue entre o crime e a liberdade de expressão. Disponível em: https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/liberdade-de-expressao. Acesso em: 7/01/2023.

disseminação dos discursos de ódio, fato este inegável.

> Há uma extensa lista de exemplos históricos de sociedades que, tomadas por esse tipo de discurso, levaram ao pé da letra a desumanização de populações inteiras, ao ponto do seu extermínio em massa. Talvez o exemplo mais notório nos nossos tempos seja o Holocausto, que teve palco na Alemanha nazista, durante a Segunda Guerra Mundial.
>
> As consequências do discurso de ódio não são mero acaso, sendo próprio dessa expressão a incitação, justificação, difusão e/ou promoção da intolerância, conforme consta descrito em documentos oficiais e literatura a respeito do tema. Podemos considerar, então, que muito embora haja uma série de efeitos potenciais ou diretos que derivam desse fenômeno, haverá num primeiro plano a agressão à dignidade da pessoa humana.[15]

Como já mencionado e, visando conceituar de maneira mais ampla e coibir a prática do discurso de ódio e seus crimes, temos em tramitação há quase uma década o Projeto de Lei Nº 7582/2014, que tem como escopo definir o que são os crimes de ódio, incluindo neste projetos grupos que não estão inseridos na Lei 7116/89.

## 3 O discurso de ódio na internet: sua existência e o que fala a legislação brasileira sobre os crimes de ódio

A legislação brasileira não especifica diretamente os crimes de ódio, peca neste ponto e quanto aos crimes de ódio praticados em meio virtual carece ainda mais de definição e legislação específica.

No entanto, o Projeto de Lei Nº 7582/2014 em seu artigo 5º dá especial atenção aos os crimes de ódio praticados na internet,

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

Tais crimes de ódio existem e no geral oriundo dos já comentados discursos de ódio, e quanto a sua disseminação na internet tal fato resta óbvio.

15 Idem

A internet e suas mídias e redes sociais como criaram um espaço aonde inexiste o contato físico, acabaram por também criar um ambiente que levam determinadas pessoas ou grupos a extrapolarem os limites da expressão, uma vez que, a autoria desenfreada no meio cibernético combinada com o anonimato cria a falsa sensação de impunidade.

Os indivíduos ou grupos que se utilizam do anonimato para disseminar discursos, de ódio violam não só o direitos a dignidade da pessoa humana, como ainda violam o artigo 5°, inciso IV, da Constituição Federal, aonde é clara a vedação ao anonimato: "Art. 5° IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"[16].

As redes sociais são um campo fértil para a disseminação e prática dos crimes de ódio, já que basta os indivíduos ou grupos se utilizarem de perfis que já publicam opiniões intolerantes ou preconceituosas para ali manifestarem o discurso de ódio travestido de liberdade de expressão.

As redes sociais crescem de forma exponencial tornando quase impossível um controle efetivo de seu uso sem que se viole a liberdade de expressão e o direito a livre manifestação. Fazendo então mais do que nunca a necessidade urgente da criação de legislação especifica e efetiva para o combate aos crimes de ódio no Brasil, já que , este tipo de discurso leva a intolerância, a discriminação, podendo chegar ao extremo da eugenia[17].

A Lei. nº 7.716/1989 nos traz a especificação de apenas alguns tipos de preconceitos que poderão ser criminalizados, estes estão expostos em seu artigo 1º e em seu artigo 20º:

> Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. os tipos de preconceitos em nossa sociedade que é considerada crime, vindo criminalizar todos tipos de preconceitos ocorrentes em sociedade, porque todos possuem o mesmo direito, independentemente do modo de ser do outro.[18]
>
> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

16 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988.Disponivel em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm .Acesso em: 09/01/2023.

17 "A eugenia, também chamada de eugenismo, consiste em uma série de crenças e práticas cujo objetivo é criar seres humanos "ideais" através do controle genético da população. A existência da eugenia se explica na antiga crença de que os seres humanos seriam divididos em raças, e que umas seriam superiores e deveriam prevalecer.". Acesso em: 09/01/2023. Disponível em : https://www.significados.com.br/eugenia/

18 LEI No 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989. (1989). Acesso em 6, jan.2022.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm

> Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).[19]

Mas resta claro, que tal lei já não atende mais os anseios sociais diante da velocidade imposta pela internet, padecendo de revisão.

> Através da rede, o homem comete ilícitos, propaga mensagens de conteúdo prejudicial, viola direitos fundamentais dos demais usuários. Essa problematização, que não é essencialmente nova, porém mais complexa e potencializada por uma roupagem tecnológica, exige atitudes adequadas por parte dos entes encarregados da proteção do ser humano em sua dignidade, entre esses, o Estado. Seu papel é de suma importância a fim de que se desfaça o ditame do senso comum de que a internet é um ambiente à margem do Direito. Embora os fluxos informacionais da rede transcendam as fronteiras nacionais, estando em todo e em nenhum lugar concomitantemente (daí uma de suas características principais, a desterritorialização), permanece a incumbência do Estado de intervir quando um indivíduo ou grupo pertencente ao seu território tem seus direitos lesados por conteúdos publicados no ambiente virtual.[20]

Um dos grandes problemas que encontramos é tentativa as vezes intencional de enquadrar os discursos de ódio como liberdade de expressão.

Portanto, em nossa atual legislação pátria temos a já tão mencionada Lei n. 7.716/89, que explícita em seu artigo 20 como crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sendo que em seu parágrafo 1º fica majorada a punibilidade contra atos propagadores ou divulgadores do nazismo.

Dentro destes parâmetros acima mencionados, nossa Lei reserva aos discursos de ódio a categoria de ilicitude.

Ao demais tipos de discurso de ódio teremos então a aplicação da legislação ordinária que vai ao encontro do princípio da dignidade humana.

Como reza o art. 1º, III, da Constituição Federal e o art. 5º, I e III do mesmo diploma legal:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

19 Idem

20 SILVA, R. L. da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Revista Direito GV, v. 7, n. 2, p. 445–468, 2011.Acesso em; 09/0//2023. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23964/22729

> 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:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
>
> III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

E também das leis que que tratam dos crimes cometido em ambiente cibernético como a Lei 12.737/12, popularmente conhecida como "Lei Carolina Dieckman",[21] que dispõe sobre a tipificação criminal para delitos informáticos alterando assim o Código Penal Brasileiro, sendo este acrescido dos artigos 154-A a 154-B situados dentro dos crimes contra a liberdade individual, seção referente aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos profissionais, entretanto as novas tipificações são colocadas como delito e não como crime.[22]

E da Lei 13.642, de 3 de abril de 2018[23], que amplia a Lei 10.446, de 8 de maio de 2002,estabelecendo que a Polícia Federal poderá investigar "quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres."

Como já mencionado a legislação pátria carece de legislação especifica no que concerne aos crimes oriundo dos discursos de ódio, a morosidade em legislar neste sentido acaba contribuindo ainda mais para o sentimento de impunidade já existente.

## 4 O discurso de ódio e seu confronto com a liberdade de expressão

Um dos grandes perigos do Hate Speech ou discurso de ódio é a sua equiparação a chamado liberdade de expressão.

---

21 A Lei 12.737/2012, sancionada em 2 de dezembro de 2012 pela Presidente Dilma Rousseff, que promoveu alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), tipificando os chamados delitos ou crimes informáticos, que tramitou em regime de urgência e em tempo recorde no Congresso Nacional, em comparação com outros projetos sobre delitos informáticos. Lei Carolina Dieckmann. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Carolina_Dieckmann. Acesso em: 12 jan. 2023.

22 MACHADO, Herbert. O Direito e a Sociedade 5.0. Belo Horizonte. Casa do Direito, 2022. p.100-101.

23 Lei 13.642, de 3 de abril de 2018. Acesso em 11/01/2023. Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13642.htm

O direito à liberdade de expressão que consiste na manifestação livre do pensamento, de sentimentos, ideias e até mesmo ideologias é assegurado de forma clara dentro de qualquer Estado Democrático de Direito.

Nossa Constituição Federal em seu artigo 5°, IV, V e IX, expõe sobre a liberdade de expressão, considerada um direito fundamental e primário, que, no entanto, possui limites em sua aplicação pois deve estar uníssono com outras legislações.

> No Brasil, a liberdade de expressão não tem caráter absoluto e não é considerada um direito fundamental de maior hierarquia, como é nos Estados Unidos. Por aqui, esse direito foi compatibilizado com outros direitos fundamentais consagrados e a sua violação pode ser solucionada pela utilização do princípio da proporcionalidade ou outros recursos hermenêuticos.[24]

Como já mencionado neste trabalho, o pilar a ser observado é a dignidade da pessoa humana, e tendo o discurso de ódio como pressuposto básico o de instigar a violência em todas a suas formas, tal modalidade de discurso não poderá nunca ser equiparado à liberdade de expressão.

Uma gama dos discursos de ódio é tipificada como crime pela nossa legislação penal, através da tipificação por injúria preconceituosa exposta no Código Penal em seu art. 140, § 3º:

> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º […]§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
>
> Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997).

Ou dentro do exposto da já mencionada Lei n° 7.716/89. O que nos falta é a especificação da prática do discurso de ódio enquanto crime, pois tal discurso pelo advento da internet se multiplicou e se propaga com grande velocidade, sendo que, a legislação brasileira está falhando em acompanhar a evolução dos tempos.

E neste ambiente virtual que historicamente é novo, é que os discursos de ódio irão ser confundidos ou mascarados como liberdade de expressão ou liberdade de pensamento.

24 FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Sequência, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 327-355, julho. 2013.

O que acaba por levar em última instancia ao esquecimento de que tal atitude de ódio gratuito voltado a um determinado elemento ou a um determinado grupo é sim um crime, e não uma livre manifestação do pensamento.

> Estima-se que os números de denúncias envolvendo discursos de ódio na internet caíram 9% na comparação entre 2015 e 2016, ocorre que os conteúdos como pedofilia, intolerância religiosa, homofobia, racismo e xenofobia nas redes sociais, acabam sendo banalizadas por parte de usuários que antes denunciavam (SOPRANA, 2017).[25]

As relações ocorridas no âmbito da internet devem obediência aos princípios constitucionais estabelecidos dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, sendo que este demonstra no caso nacional dificuldades de se adaptar à nova realidade da internet, das mídias e redes sociais.

Em nosso país as primeiras legislações efetivas no que se refere a uma regulamentação das atividades cibernéticas com maior efetividade foi dada através da Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012, conhecida também como "Lei Carolina Dieckman" que veio alterar os artigos 154, incluindo os artigos 154A e 154B, como também 266 e 298, todos do Código Penal e por conseguinte com a aprovação da Lei nº 12.9653 de 2014,o chamado Marco Civil da Internet (MCI).

O Marco Civil da Internet também reforçou a garantia da liberdade de expressão já assegurada pela Constituição Federal, mas agora ampliado à internet.

Temos que aqui relembrar que o discurso de ódio vai de encontro ao direito da dignidade da pessoa humana, sendo que no caso de colisão entre dois direitos se faz necessário haver uma harmonização entre eles, visando assim obter a garantia jurídica de ambos os direitos.

Quando ocorre um discurso de ódio dirigido a uma pessoa ou coletividade esta dignidade é violada, é vulnerada, ultrapassando aí a chamada liberdade de expressão, já que, o discurso de ódio se baseia na discriminação e externalidade necessitando então ser veiculado de alguma forma, e tal discurso é sempre segregacionista.

De forma geral, os cidadãos que exprimem opiniões e visões preconceituosas gerando assim um ambiente de violência mesmo que em meio virtual, acabam sempre baseando seu direito à liberdade de expressão

25 COSTA, Kevin Keslley Rodrigues da. Liberdade de expressão e discurso de ódio nas mídias sociais. Acesso em 11/01/2023. Disponível em: https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/Liberdade-de-expressa%CC%83o-e-discurso-de-o%CC%81dio-nasi%CC%81dias-sociais.pdf

a tais discursos excludentes, segregacionistas e estereotipados que vão sempre colidir com a ideia de democracia.

## 5 Conclusão

A internet suas mídias e redes sociais são elementos que vieram para ficar e tal fato é inquestionável, porém, a velocidade com que são criadas as leis que regulam este ambiente virtual não atendem aos anseios sociais, principalmente o daqueles que sofrem os chamados discursos de ódio.

O Direito Brasileiro anda a passos lentos no tangente ao ordenamento legal referente a atos ilícitos dentro da internet, das mídias e redes sociais, e no que se refere diretamente aos discursos de ódio praticados em meio cibernético a legislação pátria apenas engatinha rumo a resolução destes conflitos.

Ao Poder Público cabe não apenas a criação de sistemas legais que atendam a estas demandas, mas também a obrigação de prover medidas culturais e socioeducativas para que a população entenda a diferença entre se expressar livremente e ofender de maneira proposital o seu semelhante pelo mero fato deste ser ou pensar de forma diversa a que convém determinada parcela da população.

A sensação que o usuário das mídias e redes sociais possui de que a internet é um território livre e sem lei deve ser modificada por um sistema legal moderno, justo e que impeça a proliferação desenfreada dos discursos de ódio que atentam contra a dignidade da pessoa humana.

Cabe então a todos os operadores do direito se adaptarem ao meio digital em todas as suas formas e modalidades, pois somente desta maneira há de se criar um sistema legal específico e efetivo para que os crimes praticados em meio cibernético possam impor a culpabilidade necessária a aqueles que cometam crimes em meio virtual.

## Referências

BARBOSA, Kelianny. **Discurso de ódio na internet:** a linha tênue entre o crime e a liberdade de expressão. Disponível em: https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/liberdade-de-expressao. Acesso em:

7/01/2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: senado, 1988.Disponivel em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09/01/2023.

BRASIL. **Lei 13.642**, de 3 de abril de 2018. Acesso em 11/01/2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13642.htm. Acesso em: 09/01/2023.

BRASIL. **Lei 12.737/2012.** Lei Carolina Dieckmann. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Carolina_Dieckmann. Acesso em: 09/01/2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. (1989). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 09/01/2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. (1989). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 09/01/2023.

BRASIL. **Lei nº 7582/2014.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/616270. Acesso em: 09/01/2023.

BRUGGER, W. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Revista de Direito Público** n.º 15, Jan-Fev-Mar/2007. P. 118.

COSTA Kevin Keslley Rodrigues da. **Liberdade de expressão e discurso de ódio nas mídias sociais.** Acesso em 11/01/2023. Disponível em: https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/Liberdade-de-expressa%CC%83o-e-discurso-de-o%CC%81dio-nasi%CC%81dias-sociais.pdf

FOUCAULT, M. **A Arqueologia do Saber.** Londres: Routledge, 1972/1995 ed, trans R. Sheridan, p. 53-72.

SALVADOR, João Pedro Favaretto. Combatendo o discurso de ódio: um panorama dos Projetos de Lei em tramitação. Acesso em 09-01-2022. Disponível em: https://www.sigalei.com.br/blog/combatendo-o-discurso-de-odio-um-panorama-dos-projetos-de-lei-em-tramitacao.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à

liberdade de expressão. **Sequência**, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 327-355, julho. 2013.

MACHADO, Herbert. **O Direito e a Sociedade 5.0**. Belo Horizonte. Casa do Direito, 2022. p.94-101.

MPPI. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí,** Ano 01 - Edição 01 - Jan/Jun 2021. Acesso em 09/01/2023. Disponível em: https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/07/Revista-Eletro%CC%82nica-do-MPPI-Ano-1-Edic%CC%A7a%CC%83o-1-inaugural-Jan-Jun-2021.pdf. Acesso em: 09 jan. 2023.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 313-332.

SIGNIFICADOS. **O que é eugenia.** Acesso em: 09/01//2023. Disponivel em: https://www.significados.com.br/eugenia/. Acesso em: 09 jan. 2023.

SILVA, R. L. DA et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 2, p. 445–468, 2011. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23964/22729. Acesso em: 09 jan. 2023.

WIKIPÉDIA. **Rede Social.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pandemia_de_COVID-19. Acesso em: 09 jan. 2023.

Capítulo 15

# COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A GESTÃO DA PANDEMIA NO BRASIL

*Bruno Stigert de Sousa*[1]
*Nicholas Vieira de Carvalho*[2]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.215-242

## 1 Introdução

Com a eclosão da pandemia da COVID-19, cada país, orientado pelas recomendações de órgãos de saúde internacionais, decidiu a forma pela qual atuaria para conter a propagação do vírus. Alguns países, comandados por líderes extremistas, pouco afeitos à dignidade humana, se filiaram a uma visão de que a pandemia não representava risco real às pessoas, deixando assim de adotar as medidas quarentenárias adequadas. O Brasil foi um desses países cujo líder adotou um discurso contra a ciência e contra as medidas de lockdown e quarentena. Essas condutas, no plano interno, representavam um potencial lesivo considerável e, certamente, ocasionaram milhares de mortes.

É nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal (STF) teve uma atuação marcante. O Tribunal que, historicamente, passou de uma instituição que em seu primeiro século de existência trilhou um caminho tortuoso entre a atuação proativa e a submissão aos demais poderes, detém, desde a promulgação da Constituição de 1988 e da consequente judicialização da política que esse documento proporcionou, a relevância de uma efetiva figura estratégica na lógica da tripartição dos poderes, sendo, além de um Poder Moderador dos conflitos interinstitucionais, ele próprio uma ator político capaz de impor sua vontade aos demais poderes.

---

1 Professor Adjunto de Litígios estratégicos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UFJF. Coordenador da Graduação em Direito da UFJF. Coordenador da Clínica de Direitos Fundamentais e Transparência da UFJF. Doutor em Sociologia e Direito pela UFF (Niterói) e Mestre em Direito Público pela UERJ (Rio de Janeiro).

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pesquisador e colaborador da Clínica de Direitos Fundamentais e Transparência da UFJF.

O Supremo, agora investido desse prestígio institucional pela Constituição, pôde adotar um comportamento estratégico durante a pandemia, com o fim de garantir a prevalência do discurso científico e da democracia constitucional sobre o negacionismo e o autoritarismo de um Poder Executivo que atuou diretamente pela propagação do Sars-Cov-2 no Brasil.

Essa postura da Corte Constitucional se observa em cinco decisões paradigmáticas analisadas neste artigo. As decisões foram selecionadas por seu apelo midiático, considerando como marco temporal o contexto da pandemia. A análise se deu de forma qualitativa, a fim de averiguar o impacto do Supremo Tribunal Federal em, adotando esse comportamento estratégico, servir de contraponto ao Poder Executivo. O Tribunal, dessa forma, logrou atingir o fim que almejava, qual seja, frear o ímpeto negacionista do Presidente Bolsonaro e garantir a salvaguarda dos direitos fundamentais da população, especialmente o direito à saúde e o direito à vida.

## 2 O contexto da pandemia da covid-19 e os seus reflexos político-jurídicos

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu um alerta sobre o aparecimento de alguns casos de uma espécie de pneumonia desconhecida na cidade chinesa de Wuhan. Era o início da pandemia da COVID-19, doença que assolou todos os países do mundo e causou milhares de mortes por onde passou. Seus reflexos, no entanto, puderam ser sentidos de forma mais intensa em alguns países do que em outros (HISTÓRICO..., 2020, p.1).

Uma das razões para essa disparidade reside na excessiva desigualdade entre as nações, o que acabou por minar a capacidade de alguns países, principalmente os historicamente explorados do Sul Global, de organizar um aparato estatal no combate à pandemia. (COVID-19..., 2021, p.1)

Entretanto, o principal motivo para a disseminação descontrolada do vírus em certas regiões foi a adesão de parte dos governantes a um discurso contrário aos preceitos científicos, que encontrou adeptos especialmente em grupos extremistas preconizava, ainda que implicitamente, a eliminação dos grupos vulneráveis. Esse fenômeno anticientífico se insere em um contexto mais abrangente de recessão democrática mundial, marcado pela ascensão do autoritarismo, do extremismo e do populismo (BARROSO,

2022, p. 7).

Nessa conjuntura, notabiliza-se o surgimento de governantes populistas autoritários, cujo discurso se baseia na construção de um *demos* excludente em que são preteridos todos aqueles que não se encaixam nos padrões da moralidade dominante (SARMENTO, 2020, p. 21). Dessa maneira, pode-se dizer que tais lideranças passam a desprezar a dignidade humana na sua dimensão do valor intrínseco da pessoa (SARMENTO, 2020, p. 21), rejeitando a diversidade e o pluralismo inerente à humanidade e estabelecendo o diferente como um inimigo a ser eliminado.

Após a eclosão da pandemia, a recusa à alteridade e o antipluralismo se tornaram ainda mais evidentes, tendo em vista que diversos líderes políticos, máxime aqueles comprometidos com a erosão da democracia em seus países, passaram a negar a existência da pandemia e a considerá-la, inclusive, uma conspiração internacional orquestrada por uma elite globalista (MARINS, 2020, p.1) com o intuito de controlar o cenário geopolítico mundial. Assim, vários países, em detrimento da garantia dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis, optaram por deixar de adotar as medidas quarentenárias adequadas, rejeitando as orientações da comunidade científica internacional, ocasionando a morte (evitável) de milhares de pessoas (SECRETÁRIO-GERAL..., 2020, p.1).

Alguns exemplos da capacidade de propagação e da adesão popular a essas ideias foram os numerosos discursos do Presidente dos Estados Unidos, Donald J. Trump, apoiados por grande parte do Partido Republicano, reforçando uma posição cética em relação à gravidade da crise sanitária vivida no país, comparando a doença a uma simples gripe sazonal. (GUIMON; LABORDE, 2020, p. 1)

No Brasil, não foi diferente. O Presidente Bolsonaro, com pretensões autoritárias, encontrou, a exemplo do que fizeram outros autocratas mundo afora (LEVITSKY; ZIBLATT, p.97), a oportunidade que precisava para radicalizar os ataques à democracia e buscar a centralização do poder em suas mãos. Desde o início, classificou a pandemia como uma espécie de histeria injustificada (CALIL, 2020, p.9). O foco de seus discursos mais críticos passou a ser as tentativas de governos estaduais e municipais de adotarem as medidas quarentenárias adequadas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (BRASIL, 2020, p.4-5), acusando-os de agirem com o intuito exclusivo de prejudicar a economia do país - e a sua possibilidade de reeleição (DE SOUZA NETO, 2020, p.169). Em uma de suas aparições na *Internet*, chegou a prever que o Brasil teria menos de 800

mortes pela doença (HÁ..., 2021, p.1). Além disso, quando questionado pelo número excessivo de mortes por COVID-19 que o país apresentava, disse a seguinte frase: "e daí? Não sou coveiro." (CALIL, 2020, p.12) O Brasil, como se sabe, enfrentou grandes dificuldades em impor as medidas de quarentena e *lockdown* que seriam adequadas para conter a propagação do vírus e o número de mortes pela enfermidade se aproxima dos 700 (setecentos) mil. (CORONAVÍRUS BRASIL, 2023)

Essas manifestações demonstram o desapego do Presidente da República pela dignidade humana e, especificamente, pela proteção de grupos vulneráveis, tendo o presidente escolhido, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto (2020, p.185), os negócios em detrimento das vidas.

Nessa conjuntura, a vontade do Presidente da República não encontrou resistência organizada na maioria dos políticos que integravam o Poder Legislativo, fato esse que pode ser brevemente explicado pelo recebimento de vultosos recursos pelos parlamentares através de um esquema de repasses de verba pública denominado Orçamento Secreto (DE SOUZA NETO, 2020, p.182). Dessa maneira, o Congresso Nacional deixou de servir de contraponto ao Governo Federal, convertendo-se em mero avalizador da grande maioria das políticas de governo.

O jogo político, então, alçou o Poder Judiciário e, especificamente, o Supremo Tribunal Federal à função de servir como um anteparo às pretensões do Governo Bolsonaro, garantindo a preservação dos direitos fundamentais dos grupos mais vulneráveis e a continuidade do funcionamento das instituições democráticas brasileiras.

Nesse sentido, nota-se o exercício do que se denomina de jurisdição constitucional anticíclica (DE SOUZA NETO, 2020, p.270), que ocorre quando a Suprema Corte opera de forma análoga à atuação anticíclica do Estado keynesiano, de modo a induzir o aumento da demanda agregada. Isso porque, para os economistas keynesianos, os ciclos de crise econômica devem ser atenuados pela intervenção do Estado através de investimentos públicos. Dessa forma, a Suprema Corte atua para evitar que uma crise - seja ela econômica, sanitária ou institucional - atinja um ponto tal que destrua todo um sistema vigente. No presente caso, a Corte atuou de modo a evitar que o ciclo de propagação desenfreada do vírus se completasse e ocasionasse ainda mais mortes.

A instituição do Supremo Tribunal Federal, conforme se demonstrará a seguir, comprovou que, ao contrário do caminho tortuoso que seguiu durante diversos momentos da história constitucional brasileira,

variando entre uma proativa atuação e a submissão aos desmandos do Poder Executivo, agora goza de prestígio institucional que lhe confere a capacidade de atuar como um verdadeiro ator estratégico na lógica da separação de poderes.

## 3 O Supremo Tribunal Federal na história do brasil: um breve relato

A ideia da criação do Supremo Tribunal Federal datava ainda da Monarquia, tendo o ainda Imperador D. Pedro II manifestado interesse na criação de um órgão jurisdicional nos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (VIEIRA, 2018, p.162). Essa ideia viria a se concretizar com a criação do Supremo Tribunal após a Proclamação da República no Brasil. Seu objetivo almejado era definir, na ausência de um Poder Moderador exercido pelo imperador, uma instância última que pacificasse os conflitos públicos e privados que advinham da sociedade (DA COSTA, 2006, p. 24).

Nesse contexto, o Tribunal foi lançado na lógica da tripartição de poderes e teve sua atuação pautada pelos conflitos políticos da época, transformando-se, desde logo, a exemplo da maioria das Cortes Constitucionais mundo afora, na "caixa de ressonância" (DA COSTA, 2006, p. 23) das tensões oriundas do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Essa interseção entre a atuação do Supremo e o jogo político passou a ser evidenciada desde o primeiro momento em que a Corte, recém instaurada, entrou em rota de colisão com o governo do Marechal Floriano Peixoto. Naquele momento, logo após o afastamento do Marechal Deodoro da Fonseca da Presidência da República, Floriano havia assumido o poder na qualidade de vice-presidente e enfrentava grande insatisfação popular pela sua resistência em convocar novas eleições. Tal insistência causou indignação em alguns generais que se manifestaram pela convocação de um novo pleito (DA COSTA, 2006, p.29).

O Presidente em exercício, claramente acuado pela situação, decretou a reforma dos generais que pediam a sua saída da presidência. Essa decisão culminou na realização de alguns protestos pedindo a renúncia de Floriano, nos quais vários dos manifestantes foram presos. Era o pretexto para o governante decretar estado de sítio (que, nessa conjuntura, mais se assemelhava à decretação de um estado de exceção) e efetuar diversas prisões, entre elas as de oficiais do Exército e políticos de renome (RODRIGUES,

1991, p. 17-18).

Em reação às arbitrariedades perpetradas pelo presidente, Rui Barbosa impetrou um *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal visando, em primeiro plano, a soltura dos presos e a declaração da inconstitucionalidade do estado de sítio. No entanto, seu objetivo principal era afirmar a competência do Tribunal para revisar atos do Poder Executivo (DA COSTA, 2006, p. 30). Esse *habeas corpus* gerou a famosa declaração atribuída a Floriano Peixoto: "Se os juízes do Tribunal concederem o *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão." (DA COSTA, 2006, p.30).

O Supremo Tribunal Federal, então, decidiu pela incompetência do Poder Judiciário em apreciar a constitucionalidade do estado de sítio antes da análise do Congresso Nacional, ao qual cabia aprovar ou não a decretação da medida. Era o atestado de que a Corte não possuía a força necessária para fazer frente ao Executivo e iniciava sua história com a aparência de se tratar de um poder simbólico, subordinado à vontade dos demais.

Logo após esses acontecimentos, os interesses autoritários de Floriano e o Supremo Tribunal Federal voltariam a se chocar. O novo motivo foi a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul. Esse conflito foi marcado pelo embate armado entre positivistas e federalistas pela liderança do Estado gaúcho, tendo os primeiros recebido o apoio do presidente Floriano (VIOTTI, 2006, p.31). Com o intuito de ajudar o lado federalista no combate, o almirante Wandenkolk, comandando o navio Júpiter, saiu do Rio de Janeiro em direção ao Rio Grande do Sul, mas foi capturado junto de sua tripulação em Santa Catarina (DA COSTA, 2006, p.31).

Rui Barbosa, uma vez mais, impetrou três *habeas corpus* em favor de Wandenkolk e dos demais presos e conduziu uma forte campanha midiática no Jornal do Brasil contra o autoritarismo das prisões realizadas pelo Executivo e chanceladas pelo Legislativo. Dessa vez, o Supremo reconheceu sua competência originária para julgar os pedidos de *habeas corpus*, garantindo, a partir daquele momento, que presos pelas autoridades federais pudessem requerer sua soltura a qualquer das instâncias judiciárias (DA COSTA, 2006, p.31). Não bastasse esse avanço considerável, o Tribunal foi além e concedeu ordem de soltura em favor dos detidos, (DA COSTA, 2006, p.31) afirmando-se, pela primeira vez, como um Poder capaz de impor limites aos outros poderes constituídos. Mas o caminho para afirmação da autoridade do Supremo se mostraria tortuoso.

Posteriormente, já durante as agitações populares decorrentes da obrigatoriedade da vacinação da população imposta pelo Governo de Rodrigues Alves, o presidente decretou novo estado de sítio. Isso ocorreu porque a decisão que impunha a vacinação compulsória causou forte desagrado tanto nas Casas Legislativas quanto nas camadas populares. Mais uma vez, centenas de pessoas foram detidas, dentre elas políticos e militares de alta patente (DA COSTA, 2006, p.44).

O Supremo Tribunal Federal, em nova demonstração de deferência ao Executivo, negou *habeas corpus* impetrado em favor do parlamentar Lauro Sodré, que se encontrava preso, sob o fundamento de que ele teria renunciado à imunidade parlamentar quando aceitou a ordem de prisão. De mais a mais, muitas das prisões foram mantidas alegando que os atos do Governo Federal no estado de sítio não poderiam ser analisados pelo Poder Judiciário (DA COSTA, 2006, p.44).

Além disso, a negação do próprio Supremo Tribunal Federal em exercer a revisão dos atos do Poder Executivo não foi a única forma de afirmação de sua subordinação à vontade política do Executivo na história brasileira. Por muitas vezes a Corte foi atacada diretamente. Exemplo disso foi a determinação de Vargas, inédita até então, de aposentar compulsoriamente, ainda em 1931, alguns ministros que lhe desagradavam. Esse fato representou uma ameaça à independência e à autonomia do Supremo, a qual viria a se repetir somente durante a ditadura militar, que perdurou de 1964 até 1985. Nesse período autoritário, entre outras medidas tomadas para enfraquecer a Corte, alguns ministros foram aposentados compulsoriamente pelo Poder Executivo, tendo como fundamento jurídico o Ato Institucional n° 6.

Esse é o breve retrato de um Tribunal que, na República Velha, no Governo Vargas e na Ditadura Militar, trilhou um caminho permeado de avanços e retrocessos em sua capacidade de interferir no cotidiano político do país, uma vez que enfrentava resistências, especialmente do Poder Executivo, para afirmar sua competência constitucional.

A bem da verdade, a Corte só viria a alcançar o verdadeiro *status* de poder independente e estratégico com a promulgação da Constituição de 1988, que garantiu ao Supremo uma posição de centralidade até aquele momento inédita na política brasileira. De mero coadjuvante, o Tribunal passou a ocupar posição central na resolução de conflitos políticos e a se posicionar mais ativamente na institucionalidade do país, integrando gradativamente com maior frequência o cotidiano dos brasileiros, bem

alinhado ao cenário mundial de judicialização da política.

A nova realidade constitucional de centralidade do Supremo Tribunal Federal e de intensa judicialização da política se consolidou por diversos motivos. Em todo o mundo, a ascensão do Poder Judiciário e a consequente judicialização da vida está ligada, em breve resumo, ao reconhecimento, no pós Segunda Guerra Mundial, da insuficiência da noção de democracia como mera adesão à regra da maioria (HIRSCHL, 2020, p.31) da consequente relevância de um Poder Judiciário autônomo e independente, especialmente no exercício do controle de constitucionalidade das leis, que viria a se transformar em elemento essencial das democracias contemporâneas (BARROSO, 2017, p.7), capaz de frear a tirania da regra da maioria (HIRSCHL, 2020, p.30). No Brasil, o grande marco de ascensão do Poder Judiciário é a promulgação da Constituição de 1988.

É nesse contexto que ocorre também a popularização da doutrina do neoconstitucionalismo, uma corrente que inaugura um novo modelo de hermenêutica constitucional e atribui centralidade à Constituição em detrimento das leis no ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, com inspiração no pós-positivismo, a nova dogmática da interpretação constitucional passou a envolver novas categorias, como a normatividade dos princípios jurídicos, de textura aberta, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação jurídica (BARROSO, 2015, p.7-8). Esse é o substrato hermenêutico de uma noção de Direito e de um Poder Judiciário que deixa a sua zona de conforto, que é a de conservação de conquistas políticas pretéritas, e passa a ter também um papel promocional, de expansão do domínio da Constituição sobre as mais diversas relações sociais (BARROSO, 2015, p.8).

Por outro lado, a elevação do Judiciário ao posto de detentor da última palavra em em questões políticas ainda pode envolver uma certa desilusão com os representantes eleitos, em razão da crise de representatividade do Poder Legislativo e de uma disfuncionalidade da capacidade de resolução de questões pela via parlamentar no geral (BARROSO, 2017, p.7). A Constituição de 1988, encampando essa desconfiança em relação aos legisladores, transcende os temas tradicionalmente constitucionais e regulamentou exaustivamente um amplo espectro de relações sociais e econômicas, retirando-as, portanto, da discricionariedade do Legislativo, expandindo consideravelmente a quantidade de matérias submetidas ao escrutínio judicial (VIEIRA, 2018, p.166).

Essa crise de representação ainda aponta para uma Suprema

Corte que passa a assumir um papel representativo e conformador que não se acomodam à tradicional função contramajoritária das cortes constitucionais, essa já largamente estudada e avalizada pela doutrina constitucional (BICKEL, 1986, p.16). Isso significa que com o afastamento entre a vontade da maioria legislativa e a vontade da maioria popular, a qual elegeu os representantes que integram o corpo legislativo, pode o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma determinada lei, atender a uma demanda social cuja dinâmica parlamentar não foi capaz de solucionar, exercendo, na omissão dos órgãos eletivos, uma função verdadeiramente representativa (NOVELINO, 2015, p.250).

Por fim, há de se destacar que atores políticos eleitos podem legitimamente preferir que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos e podem perpetuar seu *status* de elite política (BARROSO, 2017, p.8). Essa tese indica que o fortalecimento do Poder Judiciário por meio da constitucionalização do direito perpassa a vontade de preservação da hegemonia política de elites econômicas, jurídicas e políticas estabelecidas que, ao escaparem de proferir certas posições controversas nas arenas parlamentar e administrativa, como a defesa da legalidade do aborto, evitam também reações negativas relacionadas à tomada dessas decisões (HIRSCHL, 2020, p. 95).

Nesse sentido, independentemente das causas que se atribuam à ascensão do Poder Judiciário, fato é que, no Brasil, essa foi a vontade do constituinte originário de 1988, que instituiu os princípios e criou as instituições de um liberalismo social forjado na garantia de direitos fundamentais (VIANNA, BURGOS, SALLES, 2007, p.42; SARMENTO, p. 109). Além disso, reforçou a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário e ampliou sua importância política ao fortalecer a jurisdição constitucional, facilitando o acesso à Corte a partir da introdução de novas ações de inconstitucionalidade e promovendo a ampliação do elenco dos legitimados ativos para provocar o controle concentrado de constitucionalidade (SARMENTO, p.123).

Entendimento similar a esse é defendido por Oscar Vilhena Vieira (2018, p.162) que identifica na desconfiança na política e na consequente hiperconstitucionalização da vida brasileira levada à cabo pela Constituição de 1988, a razão pela qual emergiram as condições institucionais para o desenvolvimento de uma "supremocracia" (VIEIRA, 2018, p. 162), conferindo ao Supremo Tribunal Federal um poder sem precedentes para

dar a última palavra sobre a legitimidade das decisões tomadas pelos demais poderes em uma extensa gama de temas políticos, econômicos, sociais e morais (VIEIRA, 2018, p. 162).

Assim sendo, arremata a lição de Dieter Grimm (*apud* Badinter e Breyer, 2003, p. 24), para quem a hipertrofia do Poder Judiciário nesta quadra de século se deve muito mais a uma escolha política do que a uma iniciativa dos juristas:

> Para que o judiciário, [observa esse importante e experimentado autor,] estenda seu poder a domínios antes reservados a outras forças, é preciso que ele tenha sido instituído como tal e dotado de competências que lhe permitam solucionar conflitos políticos e sociais. A decisão que emprestou autoridade ao judiciário a fim de dirimir tais conflitos não foi, na origem, tomada pelo juiz, mas pelo político. Sem a vontade do político de delegar ao juiz a sua resolução, o ativismo judiciário se encontraria privado de fundamento institucional. Com efeito, [conclui seu argumento Grimm,] constata-se, ao longo do século XX, como resultado de decisões políticas, uma regular expansão de poderes concedidos aos juízes.

A Corte, agora investida pela Constituição de 1988 de um verdadeiro poder constitucional, passa a assumir posições estratégicas visando preservar e, por vezes, maximizar sua influência. O STF, no contexto da pandemia da COVID-19, também atuou de forma estratégica, de modo a firmar a sua própria competência e garantir a prevalência do discurso científico contra os arroubos autoritários de um Poder Executivo que atuava deliberadamente pela propagação do vírus.

## 4 As Cortes Constitucionais e o Comportamento Estratégico

Ao contrário do que afirmam os teóricos normativos da argumentação jurídica, a opinião pública, o contexto institucional, o grau de instrução político-jurídica do magistrado e o atendimento a interesses privados podem influenciar um juiz no julgamento de um determinado caso (NOVELINO, 2015, p.244). Em uma teoria jurídica comprometida com a realidade, deve-se levar em conta que os juízes constitucionais, ao desempenhar seu ofício de declarar a inconstitucionalidade das leis, podem adotar diferentes posturas ao se depararem com um caso concreto (MELLO, 2015, p.273). Daí surge o estudo, muito comum no Direito estadunidense, do aspecto comportamental dos juízes e de sua influência na prolação de decisões judiciais.

Essa literatura reconhece a existência de três modelos de

comportamento judicial: o legalista, o ideológico e o estratégico. Na realidade, esses modelos se interconectam e podem ser adotados por um mesmo juiz em diferentes contextos. No entanto, à sua maneira, cada um desses tipos ideais valoriza um aspecto na justificação do caminho decisório de um magistrado (MELLO, 2015, p.274).

O perfil legalista "[...] aposta na primazia do Direito, em sua concepção ortodoxa, como principal fator explicativo das decisões" (MELLO, 2018, p.691). Dessa forma, os materiais jurídicos utilizados predominantemente pelo juiz para proferir um julgamento são os textos normativos, os precedentes judiciais e a dogmática jurídica tradicional. Na perspectiva desse modelo, em havendo referência legal ou jurisprudencial em um dado sentido, este deve ser o entendimento adotado pelo juízo (MELLO, 2018, p. 692).

Nesse sentido, uma Suprema Corte que seja pautada por um comportamento legalista se caracterizaria por ter suas decisões predominantemente explicadas e antevistas com base na interpretação literal do texto da Constituição, nos precedentes do Supremo Tribunal Federal e na dogmática tradicional. Por óbvio, tendo em vista a complexidade do emaranhado de fatores que influenciam na decisão de uma Corte Constitucional, o modelo legalista é insuficiente para explicar o comportamento dos juízes na maioria dos casos. (MELLO, 2018, p.692)

Por sua vez, o modelo ideológico considera as ideias pregressas dos magistrados como o fator determinante para que ele siga um determinado caminho em uma decisão judicial. Nesse caso, a concepção de ideologia pode ser definida como o conjunto de valores e de ideias que norteiam a visão de mundo e a opinião do magistrado (CHAUÍ, 2008, p.22). A partir desse *background*, esse modelo busca explicar como determinado juiz decidirá em determinada matéria.

Dessa forma, os fundamentos utilizados pelo magistrado para decidir, as normas jurídicas e os argumentos invocados para justificar a sua decisão constituem, em verdade, uma mera racionalização realizada após a tomada da decisão, com o fim de legitimá-la. (MELLO, 2018, p.694).

Um exemplo da relevância em se analisar as decisões de um juiz por esse prisma são as comuns confissões de juízes constitucionais que se pautam por ideais e opiniões pessoais na prolação de decisões. Conforme Mello (2018, p.697-698):

> A título ilustrativo, quando de sua confirmação pelo Senado, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, em sua atuação no STF, defenderia suas

> posições com a mesma veemência com que as defendera em sua vida pública pregressa. O Ministro Joaquim Barbosa declarou que desejava levar ao Supremo uma visão do direito influenciada por sua própria trajetória. O Ministro Marco Aurélio reconheceu expressamente: "Primeiro idealizo a solução mais justa. Só depois vou buscar apoio na lei".

Por fim, o modelo estratégico, eventualmente o que mais interessa no presente trabalho, apresenta um comportamento mais sofisticado do que aquele pautado na ideologia dos juízes. O comportamento estratégico, assim, é adotado quando a aceitação de uma decisão proferida pelo juiz constitucional depende da sua interação com terceiros, que podem ser outros juízes constitucionais, os demais poderes ou até a opinião pública (MELLO, 2015, p.308).

Na atuação estratégica, o fato de a decisão de um juiz depender do comportamento de outros agentes para influenciar o desenvolvimento do direito em uma determinada direção impacta de maneira significativa as escolhas. Em um órgão colegiado como uma Suprema Corte, o juiz que deseja ver sua posição prevalecer precisa compreender que seu entendimento necessita da adesão de outros magistrados. Assim, ao contrário do modelo ideológico, o juiz movido por um agir estratégico pode agir contra as suas próprias convicções pessoais em um momento em que sua própria preferência pode não ser a melhor naquela conjuntura (MELLO, 2018, p.698).

Um grande exemplo da adoção de uma posição estratégica de uma Suprema Corte advém dos Estados Unidos na decisão do caso *Marbury v Madison*, de 1803, que inaugurou o controle de constitucionalidade difuso das leis (SOUTO, 2019, p.96). Nessa época, o Judiciário estadunidense gozava da fama de ser um poder cuja força era incomparavelmente menor que a dos demais (HAMILTON, JAY, MADISON, 2010, p. 477-483):

> Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem força nem poderio, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do

ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos.

Assim, há de se destacar que esse julgamento ocorreu em um momento de intensa polarização política entre republicanos e federalistas. A questão central girava em torno da nomeação de diversos juízes por um presidente que deixaria o governo no dia seguinte em razão da posse de um novo presidente, recém-eleito. Quando esse último se nega a efetivar a nomeação de alguns juízes, entre eles James Marbury (SOUTO, 2019, p.96), uma das facções políticas passa a defender a inconstitucionalidade da medida.

A Suprema Corte, em meio à tensão entre duas facções políticas majoritárias, evitou o embate e buscou um ponto de equilíbrio entre a total deferência ao comportamento do presidente eleito e a declaração da inconstitucionalidade da decisão de não nomear o juiz Marbury. A Corte, então, optou por ceder em nome da estabilidade política, deixando de garantir a posse do juiz Marbury, mas afirmando categoricamente a sua competência, até então desconhecida, de realizar o controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo (SOUTO, 2019, p.110).

No caso brasileiro, grande exemplo de comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal se deu no julgamento do HC nº 152.752, no qual se debateu a possibilidade de execução da pena após prisão em 2ª instância. A decisão em si trazia contornos especiais porque afetava diretamente o processo em que fora condenado o então ex-presidente Lula, e poderia colocá-lo em liberdade às vésperas de uma eleição presidencial na qual o candidato de seu partido ocupava o segundo lugar nas pesquisas de intenção de voto.

A Ministra Rosa Weber, certamente afetada pela pressão externa - que adveio, inclusive, do meio militar - invocou o princípio da colegialidade para decidir em favor da denegação do *habeas corpus*, contrariando seu próprio entendimento externado anteriormente. A decisão, por si, não fazia sentido (DE SOUZA NETO, p. 127), uma vez que o julgamento se dava em plenário e não há qualquer vinculação a esse princípio que impeça o magistrado de proferir sua decisão em sentido diametralmente oposto ao do colegiado. No entanto, a pressão política garantiu o sucesso da tese (DE SOUZA NETO, p. 127).

Realizada esse estudo dos tipos de comportamento a que pode se filiar um juiz constitucional, passa-se a analisar, na prática, o comportamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na pandemia.

## 5 O STF na pandemia: uma corte ciente da sua missão

A partir de agora, analisaremos a atuação do STF a partir de uma amostra de 5 (cinco) decisões que marcaram a história constitucional no período da pandemia da COVID-19.

### *5.1 ADI 6341*

A pandemia da COVID-19, conforme tratado no primeiro capítulo, representou um grande desafio às instituições brasileiras, principalmente pelo fato de se ter, no auge do surto da doença, um presidente da República que desprezava vacinas e se posicionava contra as medidas quarentenárias de contenção do vírus.

O Supremo Tribunal Federal, logo após a edição do Decreto Legislativo n° 6/2020, que reconhecia o estado de calamidade pública no Brasil em decorrência do coronavírus, e da Lei 13.979/2020, que regulamentou as ações de combate à pandemia, concedeu medida cautelar na ADI 6341.

Essa ação constitucional expôs a intenção do Poder Executivo de se aproveitar da situação de emergência decorrente da COVID-19 para concentrar o poder na União, relegando aos demais entes federativos um papel de mero cumpridor de ordens emanadas pelo Executivo Federal. Tal situação, obviamente, representou um sério ataque ao federalismo brasileiro, que preza pela repartição dos poderes e pela possibilidade de que Estados e Municípios, em muitos casos, legislem quando a União se mantém omissa.

O Supremo Tribunal Federal rechaçou essa tentativa, de caráter eminentemente autoritário, de concentração de poder pelo Executivo para fazer valer sua posição anticiência em relação aos demais entes da Federação. Nos próprios termos da ementa da decisão citada acima:

> 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

Nesse ponto, o STF, diferentemente do que foi sustentado por seus críticos à época, não tolheu os poderes do Presidente, mas verificou se o que almejava o Governo Federal estava em conformidade com o texto constitucional. Nesse sentido, ao demonstrar que a competência para adotar medidas de isolamento, quarentena e restrição de locomoção é concorrente, ou seja, cabe à União, aos Estados e aos Municípios, cada um dentro de sua própria circunscrição territorial, o Tribunal apenas aplicou a Constituição e regularizou um ato normativo que se opunha à lei maior. Esse era, sem dúvida, um caso cuja solução era fácil, ou seja, não era necessário proceder à ponderação de princípios para alcançar uma solução satisfatória. No entanto, ao se levar em conta a história de omissões e submissões que trilhou esse Tribunal, é inegável que se trata de uma manifestação de força em contrariar o Poder Executivo, mesmo que utilizando de uma posição contida, com forte apego à literalidade do texto constitucional (ABBOUD; SCAVUZZI; FERNANDES 2020, p.8).

Assim, há de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, nesse caso, não extrapolou suas funções, uma vez que não retirou ou inseriu qualquer matéria na competência de uma das esferas de governo (ABBOUD; SCAVUZZI; FERNANDES 2020, p.8).

Essa decisão, estrategicamente, representou um marco na possibilidade de garantia de uma política sanitária baseada em evidências, capitaneada por gestores municipais e estaduais em detrimento da vontade do Poder Executivo de adotar uma postura diversa.

### *5.2 ADPF 668 e ADPF 669*

Logo no início da pandemia, os veículos de imprensa noticiaram que o Governo Federal havia contratado uma campanha denominada O Brasil não pode parar, por aproximadamente R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Nesse momento, passou a circular um vídeo oficial com o *slogan* nas redes sociais de apoiadores do Presidente da República. Para fazer frente a esse risco, foram ajuizadas as ADPFs 668 e 669, uma vez que a divulgação de campanha publicitária nesses termos poderia ocasionar grave violação ao direito à vida, à saúde, à informação, à moralidade, à probidade e à transparência.

Nesse ínterim, os requerentes sustentaram que aquela situação poderia favorecer a disseminação de informações falsas, tendo em vista que a peça publicitária sugeria que a COVID-19 não oferecia risco à

população, influenciando brasileiros a comportamentos contrários às orientações sanitárias mundiais.

Dessa maneira, em sede de medida cautelar, o Ministro Roberto Barroso sustentou que a Constituição Federal assegurou o direito à vida, à saúde, à segurança e à informação (arts. 5º, *caput*, XIV e XXXIII; arts. 6º e 196, CF/88), de modo que o Poder Público possui a obrigação de não veicular a campanha nos termos que foram divulgados. O Ministro também pontuou, no que tange aos atos e campanhas publicitárias de órgãos públicos, que estes devem possuir caráter informativo, educativo ou de orientação social (art. 37, §1º, CF/88).

Segundo o relator, esses são os referenciais normativos para aferir se a campanha publicitária atende aos princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88). Além disso, quanto ao momento que vivenciava o país e o mundo, o Ministro Barroso enfatizou que a adoção de medidas de distanciamento social constituía opinião unânime para a contenção da pandemia de COVID-19, sendo objeto de recomendação por diversos órgãos e entidades, tais como a Organização Mundial da Saúde, o Ministério da Saúde, o Conselho Federal de Medicina e a Sociedade Brasileira de Infectologia. Sob essa perspectiva, as ações do Governo Federal deveriam se voltar justamente à proteção da vida e da saúde pública, em atenção à unanimidade técnico-científica sobre os meios de combate à pandemia.

Nesse sentido, ao analisar a campanha "o Brasil não pode parar", o Ministro asseverou que se revela "[...] uma campanha não voltada ao fim de informar, educar ou orientar socialmente no interesse da população" (BRASIL, 2020, p.15), mas sim uma campanha "desinformativa", que incita a população a caminhar na contramão das medidas recomendadas pelas autoridades sanitárias e pela comunidade científica. O relator pontificou ainda que não havia uma dicotomia entre a proteção da saúde e a proteção da economia, porquanto, ao fim e ao cabo, com o agravamento da pandemia, o cenário econômico também seria afetado. O Ministro reafirmou que o STF tem o dever constitucional de proteção dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação dos brasileiros e que não se estaria diante de uma decisão política do Presidente da República, mas de uma necessidade embasada pela ciência (BRASIL, 2020, p.16).

Nesse sentido, tem-se a valiosa lição do Ministro Barroso (BRASIL, 2020, p.16):

> É igualmente importante ter em conta que não se trata aqui de uma

> decisão política do Presidente da República acerca de como conduzir o país durante a pandemia. Haveria uma decisão política, no caso em exame, se a autoridade eleita estivesse diante de duas ou mais medidas aptas a produzir o mesmo resultado: o bem estar da população, e optasse legitimamente por uma delas. Não é o caso. A supressão das medidas de distanciamento social, como informa a ciência, não produzirá resultado favorável à proteção da vida e da saúde da população. Não se trata de questão ideológica. Trata-se de questão técnica. E o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de tutelar os direitos fundamentais à vida, à saúde e à informação de todos os brasileiros.

O relator, então, deferiu a medida cautelar para proibir a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha publicitária que pregasse o *slogan* de que O Brasil não pode parar ou que sugerisse que a população deveria voltar às atividades normalmente, ou, ainda, que expressasse que a pandemia constituía evento de pequena gravidade para a saúde e para a vida da população.

No presente caso, como se vê, o STF realizou o controle de um ato do Presidente da República na defesa dos direitos fundamentais da população, notadamente o direito à vida, à saúde e à informação, especialmente num momento de calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus. Ressalte-se que a atuação estratégica da Corte, além de realizar o efetivo controle da medida, também contribuiu para desestimular outras ações em sentido semelhante pelo Governo Federal, tendo em vista que, ao prestar informações, a Presidência da República informou que não pretendia mais deflagrar a campanha O Brasil não pode parar, o que levou à perda do objeto das ações.

### *5.3 ADPF 709 e ADPF 742*

A ADPF 709 e a ADPF 742 tiveram como objetivo garantir condições dignas de subsistência a indígenas e quilombolas, respectivamente, durante a pandemia da COVID-19. As petições iniciais dessas ações constitucionais evidenciaram um cenário de abandono do Poder Público federal em relação à proteção específica dos povos indígenas e quilombolas, com gastos reduzidos aos patamares mínimos históricos e ausência de qualquer esforço para viabilização de vacinação e de outras medidas de contenção do vírus nos locais onde se encontram essas populações. Durante a pandemia, Bolsonaro determinou a exoneração do diretor de Proteção Ambiental do Ibama pelo fato de servidores sob suas ordens terem expulsado garimpeiros e madeireiros de terras indígenas no sul do Pará (SOUZA NETO, 2020,

p. 195). Além disso, não existiam mais políticas públicas específicas para comunidades quilombolas no Plano Plurianual (PPA) 2020-2023.

O Supremo, então, por meio de decisões estruturantes, ou seja, atuando como formulador de políticas públicas, fixou objetivos a serem cumpridos pelo Poder Público, a fim de garantir especialmente a vacinação desses grupos, salvaguardando os direitos fundamentais desses povos originários. Nesse sentido, a decisão cautelar da ADPF 742 fixou ao Poder Público que:

> (i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – Conaq; (ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas; (iii) providencie, no máximo em 72 horas, a inclusão, no registro dos casos de covid-19, do quesito raça/cor/etnia, asseguradas a notificação compulsória dos confirmados e ampla e periódica publicidade; (iv) restabeleça, no prazo de 72 horas, o conteúdo das plataformas públicas de acesso à informação http://monitoramento.seppir.gov.br/ e Plenário Virtual - minuta de voto - 12/02/2021 00:00 18 https://www.gov.br/mdh/pt-br/comunidadestradicionais/programa-brasilquilombola, abstendo-se de proceder à exclusão de dados públicos relativos à população

Nesse ínterim, entre outras medidas, o Governo teve a obrigação de apresentar um plano de vacinação, ainda que deficiente, que contemplasse esses grupos, o que certamente contribuiu para que essa discussão fosse levada à esfera pública e que milhares de mortes pudessem ser evitadas.

### *5.4 MS 37760*

O presente caso se trata de um mandado de segurança, impetrado por parlamentares oposicionistas ao governo em exercício, visando a garantir o direito subjetivo das minorias parlamentares de instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado Federal sobre as ações

e omissões do Governo Federal na pandemia, uma vez que foram recolhidas as assinaturas necessárias para a instauração do inquérito. Os requerentes afirmaram que, decorridos quase 2 (dois) meses desde a apresentação do requerimento à Presidência do Senado não houve a adoção de qualquer medida para instalação da CPI, nem mesmo a leitura do requerimento em Plenário.

O Presidente do Senado à época, Rodrigo Pacheco, alegou motivos de conveniência política e/ou ideológica para a não instauração da comissão:

> [...] sustenta que a definição do momento adequado para instalar a investigação parlamentar cabe ao presidente da casa legislativa. Reconhece que o país enfrenta o pior momento da pandemia de Covid-19, mas defende que a criação de CPI neste momento não teria o condão de contribuir com a construção de soluções, podendo ter efeito inverso ao desejado.

Há de se destacar que, nesse momento, a maioria do Congresso está alinhada em apoio ao Presidente da República, tendo em vista que já se encontrava em pleno funcionamento o esquema de distribuição de verbas a parlamentares denominado Orçamento Secreto.

Nesse ponto, o Supremo, em atenção à literalidade do texto constitucional, reconheceu, na linha da jurisprudência dominante do Tribunal, que a conduta omissiva do Presidente do Senado afronta a previsão do art. 58, § 3º, da Constituição, que preceitua a instauração automática de CPIs independentemente de deliberação plenária, sempre que preenchidos os seus requisitos constitucionais, restando violado direito líquido e certo das minorias parlamentares.

A CPI da Pandemia foi um dos grandes reveses à imagem do Governo Federal durante o surto do coronavírus e contribuiu diretamente para demonstrar, de forma definitiva, a inaptidão da gestão federal na contenção da pandemia e a disposição em ignorar as mortes evitáveis em favor de interesses privados escusos.

### *5.5 ADI 6586*

Essa ação constitucional se insere, novamente, em um contexto de negação da eficácia das vacinas pelo Governo Federal. Nesse sentido, o Poder Executivo argumentou, ao contrário da recomendação de vacinação em massa da população brasileira contra a COVID-19, que ninguém poderia ser obrigado a se vacinar.

O Supremo Tribunal Federal, então, conferiu interpretação

conforme ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, que previu a possibilidade da obrigatoriedade da vacinação. Assim, assentou que a vacinação obrigatória é constitucional, desde que implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, por exemplo, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência em determinados lugares, devendo essas restrições estarem previstas em lei. De mais a mais, reconheceu, por força da aplicação do princípio da dignidade humana, ser vedada apenas a vacinação forçada, ou seja, a utilização de meios violentos ou vexatórios como meio para coagir pessoas a se vacinarem.

Por fim, a Corte novamente repeliu interpretação no sentido de que o Ministério da Saúde poderia deter competência exclusiva para dispor acerca da compulsoriedade da imunização, admitindo, em nome do federalismo cooperativo, a atuação supletiva dos gestores estaduais e municipais.

Nesse sentido, fixou o Ministro Lewandowski:

> A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao "pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas", bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

Essa decisão teve importante impacto na sociedade[3], especialmente para desmistificar a ideia de vacinação obrigatória e afirmar a vedação da imposição da imunização por meios violentos. Ademais, garantiu mais uma vez que gestores municipais e estaduais pudessem contrariar o discurso anticientífico da Presidência da República e favorecer a imunização em massa da população.

3 Importante mencionar que no desenvolvimento deste trabalho, nas primeiras semanas de 2023, o Brasil assiste em choque o que se convencionou chamar de "genocídio Yanomami". A omissão do Poder Executivo nacional era gritante e soava dolosa. Nesse contexto, o STF foi a última trincheira na tentativa de exigir as prestações estatais que o maior povo originário do Brasil tem. Sobre o caso, ver: https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/05/11/entidade-indigena-pede-ao-stf-que-determine-retirada-de-garimpeiros-das-terras-yanomami.ghtml( Acesso em 21 de janeiro de 2023)

## 6 Conclusão

A contenção da pandemia da COVID-19 apresentou grandes desafios a todos os governantes de países mundo afora. No Brasil, a reação à doença foi, desde o início, prejudicada pelos esforços de um Presidente da República com inegável vocação autoritária, que adotou um discurso contrário à ciência e rejeitou as principais medidas recomendadas para aliviar os impactos sanitários dessa crise, fato esse que ocasionou a morte de milhares de pessoas.

Com um Poder Legislativo cooptado pela farta distribuição de recursos públicos a parlamentares, caberia ao Poder Judiciário e, mais especificamente, ao seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, exercer a jurisdição constitucional e garantir o respeito aos direitos fundamentais da população brasileira.

O êxito da empreitada do Supremo Tribunal Federal foi comprovado pela análise de cinco decisões judiciais do período, que demonstraram o impacto relevante do agir da Corte na imposição de limites à vontade do Executivo, que almejava: suplantar a autoridade dos Estados e Municípios no combate à pandemia; divulgar campanhas publicitárias com desinformação acerca dos riscos da COVID-19; ignorar as vulnerabilidades dos povos indígenas e quilombolas; evitar investigações acerca da sua atuação na pandemia; e de impor vacinação facultativa à população. Em todos esses pontos, a Corte logrou rechaçar o poder do Executivo, declarando inconstitucionais os atos praticados em desacordo com a Constituição e com as recomendações científicas de órgãos internacionais.

Dessa maneira, concluiu-se que essa instituição, que na história constitucional brasileira alternou entre a proatividade e a omissão no exercício de sua função contramajoritária, pôde, durante o surto de coronavírus, utilizar-se da capacidade institucional que adquiriu com a promulgação da Constituição de 1988 para, baseada em um comportamento estratégico, frear a imposição do discurso anticientífico e extremista que propagava o Presidente da República.

Portanto, na pandemia, o Supremo Tribunal Federal não deixou de cumprir a missão que lhe outorgou a Constituição de 1988, qual seja, a de defender os direitos fundamentais e a democracia.

No entanto, vale dizer, apesar da relevância e do sucesso do comportamento da Suprema Corte na contenção da pandemia, e de ser este o foco do presente trabalho, não se pode admitir que a interpretação

constitucional realizada pela Corte deixe de ser, genuinamente, fundamentada em valores e princípios constitucionais, em favor de preferências políticas, quando não partidárias, dos ministros que compõem o Tribunal.

O agir estratégico, direcionado a um fim, não deve, portanto, desnaturar a jurisdição constitucional, convertendo-a em mero exercício da discricionariedade. Tal degeneração do sistema constitucional pode, inclusive, minar a capacidade do Tribunal de se opor a governantes populistas, extremistas e autoritários, uma vez que a ausência de razões pode comprometer a legitimidade da instituição e fazer ruir seu prestígio institucional.

## Referências

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira; FERNANDES, Ricardo Yamin. Atuação do STF na pandemia da COVID-19: *Fine line* entre aplicação da constituição federal e ativismo judicial. São Paulo, SP, **Revista dos Tribunais**, v.1020, p.77-97, out. 2020. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/10%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/artigos/2.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

BADINTER, Robert; BREYER, Stephen. **Les entretiens de Provence: le juge dans la société contemporaine.** 1. Ed. Paris: Fayard, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. Rio de Janeiro, RJ, **Revista Direito e Práxis**, no prelo. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178. Acesso em: 22 dez. 2022.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.** 2 ed. New Haven: Editora Yale University Press, 1986.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Recomendação nº 036**, de 11 de maio de 2020. Recomenda a implementação de medidas de distanciamento social mais restritivo (lockdown), nos municípios com ocorrência acelerada de novos casos de COVID-19 e com taxa de ocupação dos serviços atingido níveis críticos. Brasília, DF, p.1-5, 2020. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020. Acesso em: 24 jan.

2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 152.752/PR. Habeas Corpus. Matéria criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em futuro recurso excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. Plenário. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. 04 abr. 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC-Ref. ADI 6341/DF. Referendo em medida cautelar em ação direta da inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquia do sistema único de saúde. Competência comum. Medida cautelar parcialmente deferida. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. 15 abr. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC-Ref. ADPF 709/DF. Direitos fundamentais. Povos indígenas. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. Relator: Min. Roberto Barroso. 05 ago. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC ADPF 742/DF. LEGITIMIDADE PROCESSO OBJETIVO ASSOCIAÇÃO PERTINÊNCIA TEMÁTICA. Associação possui legitimidade para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental quando verificada pertinência temática, ou seja, elo considerados o ato atacado e os objetivos estatutários. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL CABIMENTO SUBSIDIARIEDADE. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a adequação pressupõe inexistência de outro meio jurídico para sanar lesividade decorrente de ato do Poder Público gênero. PROCESSO OBJETIVO PEDIDO DE LIMINAR CONVERSÃO

JULGAMENTO DE MÉRITO POSSIBILIDADE. Devidamente aparelhada a arguição de descumprimento de preceito fundamental para o exame definitivo da controvérsia constitucional submetida ao crivo do Supremo, é possível a conversão do exame da medida cautelar em decisão de mérito. Precedentes. PANDEMIA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUILOMBOLAS PROVIDÊNCIA. Ante quadro de violação dos direitos fundamentais dos quilombolas considerada pandemia covid-19, cumpre à União a elaboração e implementação de plano nacional de enfrentamento e monitoramento. PANDEMIA VACINAÇÃO FASE PRIORITÁRIA PROVIDÊNCIA. Deve o Governo Federal adotar providências e protocolos sanitários que assegurem a vacinação dos quilombolas na fase prioritária. PANDEMIA GRUPO DE TRABALHO PROVIDÊNCIA. A instituição de grupo de trabalho viabiliza a fiscalização quanto à execução das iniciativas decorrentes do plano de enfrentamento à pandemia nas comunidades quilombolas. PANDEMIA CASOS REGISTRO QUESITO PROVIDÊNCIA. A inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos de covid-19 possibilita, ao Poder Público, a execução de políticas destinadas à mitigação da crise sanitária. PANDEMIA ACESSO À INFORMAÇÃO PROVIDÊNCIA. Cabe ao Governo Federal, presente o interesse público, o restabelecimento de sítios eletrônicos voltados à divulgação de informações relativas à população quilombola, promovendo a atualização e a acessibilidade. PANDEMIA SUSPENSÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS. A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agravam a situação das comunidades quilombolas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA PROCEDENTE. Relator: Min. Marco Aurélio. 24 fev. 2021. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC ADPF 668/DF. Direito Constitucional e Sanitário. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Saúde pública e COVID-19. Campanha publicitária apta a gerar grave risco à vida e à saúde dos cidadãos. Princípios da precaução e da prevenção. Cautelar deferida. Relator: Min. Roberto Barroso. 31 mar. 2020. Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Outros-Cautelar-na-ADPF-668.-Abstenc%CC%A7a%CC%83o-de-veiculac%CC%A7a%CC%83o-da-campanha-O-BRASIL-NA%CC%83O-PODE-PARAR.-Deferimento-

liminar.-STF.pdf. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC ADPF 669/DF. Direito Constitucional e Sanitário. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Saúde pública e COVID-19. Campanha publicitária apta a gerar grave risco à vida e à saúde dos cidadãos. Princípios da precaução e da prevenção. Cautelar deferida. Relator: Min. Roberto Barroso. 31 mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC MS 37.760. Direito constitucional. Mandado de segurança. Medida cautelar. Instauração de comissão parlamentar de inquérito. Direito das minorias políticas. Atos do governo federal para enfrentamento da pandemia da COVID-19. Relator: Min. Roberto Barroso. 08 abr. 2021. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS37760decisaoMRB.pdf. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6586/DF. Ações diretas de inconstitucionalidade. Vacinação compulsória contra a covid-19 prevista na lei 13.979/2020. Pretensão de alcançar a imunidade de rebanho. Proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis. Direito social à saúde. Proibição de vacinação forçada. Exigência de prévio consentimento informado do usuário. Intangibilidade do corpo humano. Prevalência do princípio da dignidade humana. Inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança, propriedade, intimidade e vida privada. Vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante. Compulsoriedade da imunização a ser alçançada mediante restrições indiretas. Necessidade de observância de evidências científicas e análises de informações estratégicas. Exigência de comprovação da segurança e eficácia das vacinas. Limites à obrigatoriedade da imunização consistentes na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais. Competência comum da união, estados, distrito federal e municípios para cuidar da saúde e assistência pública. ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 17 dez. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337. Acesso em: 01 jan. 2023.

CALIL, Gilberto Grassi. A negação da pandemia: reflexões sobre a estratégia bolsonarista. São Paulo, SP, Serv. Soc. Soc., n.140, p. 30-47, jan./abr. 2021. Disponível em: https://www.scielo.br/j/sssoc/a/ZPF6DGX5n4xhfJNTypm87qS/abstract/?lang=pt. Acesso em: 12 jan. 2023.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia.** 2. Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2008.

COVID-19 aumentou a pobreza, a fome e as desigualdades. 'Catástrofe geracional', afirma a ONU. **DSS-BR**, Rio de Janeiro, RJ, p.1, 10 ago. 2021. Disponível em: https://dssbr.ensp.fiocruz.br/covid-19-aumentou-a-pobreza-a-fome-e-as-desigualdades-catastrofe-geracional-afirma-a-onu/. Acesso em: 01 jan. 2023.

CORONAVÍRUS BRASIL. **Painel Coronavírus Brasil**, 2023. Este painel foi desenvolvido para ser o veículo oficial de comunicação sobre a situação epidemiológica da COVID-19 no Brasil. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 13 jan. 2023.

DA COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania.** 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

GUIMON, Pablo; LABORDE, Antonia. Trump se entrega ao negacionismo da covid-19 na reta final da campanha. Depois de deixar o hospital, e enquanto o coronavírus se espalha pela Casa Branca e até pelo Pentágono, o presidente compara sua doença com a gripe e afirma que debaterá com Biden. **Jornal El País Brasil**, São Paulo, SP, p.1, 6 out. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/internacional/2020-10-06/trump-se-entrega-ao-negacionismo-da-covid-19-na-reta-final-da-campanha.html. Acesso em: 22 out. 2022.

HÁ exatamente um ano, Bolsonaro 'previa' que total de mortes por Covid-19 não chegaria a 800. O País chegou nesta segunda-feira 22 à marca de 295.425 óbitos pela doença. **Carta Capital**, São Paulo, SP, p.1, 22 mar. 2021. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/cartaexpressa/ha-exatamente-um-ano-bolsonaro-disse-que-total-de-mortes-por-covid-19-nao-chegaria-a-800/. Acesso em: 13 jan. 2023.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista:** Pensamento político. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora Russell, 2010.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia:** as origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradução de Amauri Feres Saad. 1 ed. Londrina: Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HISTÓRICO da pandemia de COVID-19. **OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde,** Washington, DC, p.1, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19#:~:text=Em%2031%20de%20dezembro%20de,identificada%20

antes%20em%20seres%20humanos. Acesso em: 1 jan. 2023.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução de Renato Aguiar. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição Constitucional e Política.** 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

MARINS, Carolina. O que é globalismo e por que ele é tão mencionado durante pandemia?. UOL, São Paulo, SP, p.1, 16 set. 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2020/09/16/globalismo-pandemia-crise-internacional.htm. Acesso em: 01 jan. 2023.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. "A vida como ela é": comportamento estratégico nas cortes. Brasília, DF, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.8, n.2, p. 689-719, ago. 2018. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5481. Acesso em: 22 dez. 2022.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição Constitucional e Política.** 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

POSNER, Richard Allen. **Como deciden los jueces.** Coleção Filosofía y Derecho. Tradução de Victoria Roca Pérez. 1 ed. Madri: Editora Marcial Pons, 2011.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal:** Tomo 1/ Defesa das liberdades civis (1891 - 1898). 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

SARMENTO, Daniel. A Dignidade humana em tempos de crise democrática. *In*: SARMENTO, Daniel. (org.). **Crise democrática e a luta pela Constituição. 1 ed.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

SARMENTO, Daniel. A Assembleia Constituinte de 1987/88 e a experiência constitucional brasileira sob a Carta de 88. *In*: SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SECRETÁRIO-GERAL da ONU crítica países que ignoram fatos da Covid-19 e orientação da OMS. António Guterres não citou nominalmente países que não seguiram recomendações. Presidente dos

EUA, Donald Trump, cortou financiamento de seu país à OMS no início deste ano e anunciou planos de desfiliá-lo da entidade em 2021, mas o presidente eleito, Joe Biden, disse que revogará a medida. **Portal G1.** São Paulo, SP, p.1, 03 dez. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/12/03/secretario-geral-da-onu-critica-paises-que-ignoram-fatos-da-covid-19-e-orientacao-da-oms.ghtml. Acesso em: 22 jan. 2023.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos:** principais decisões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcello Bauman; Salles, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. São Paulo, SP, **Revista Tempo Social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?lang=pt. Acesso em: 30 out. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes:** da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Capítulo 16

# BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC): FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Betânia da Silva Pinto Gaudêncio*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.243-258

## 1 Introdução

Este capítulo tem a proposta de analisar a violação do princípio da dignidade da pessoa humana referente do benefício assistencial BPC. Este princípio positivado no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de princípio fundamental (CF, art. 1°, III) e considerado por muitos constitucionalistas o verdadeiro princípio norteador de todo sistema jurídico nacional.

Diante da história humana ocorreram tantas barbáries que esse princípio tornou-se um Direito Humano, como extrai o preâmbulo e o art. 1° da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que a dignidade é inerente a todas as pessoas e que o valor da pessoa humana promovem o progresso social e melhores conndições de vida em uma liberdade mais ampla.

Como direito humano e fundamental analisar criticamente os requisitos burocráticos e que desconsideram a instabilidade da renda familiar das famílias vulneráveis para concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Brevemente, destina-se estudar o histórico da proteção social para descobrir quando se deu a origem e a partir disso, como foi estruturada a seguridade social.

Sendo assim, a delimitação do tema com estudos do BPC, posteriormente a base da seguridade social e o princípio da dignidade da pessoa humana e sua ligação com a Assistência Social.

1 Advogada e Administradora de Empresas. Especialista em Direito Previdenciário, Direito de Família & Sucessão. Membro da Comissão de Direito na Escola 20 ª Subseção OAB/MG. E-mail: betaniasp@hotmail.com

Desse modo, utilizar-se-á o método dedutivo, que se inicia do geral para o específico. Durante todo o estudo foi utilizado uma metodologia baseda em pesquisas bibliográficas, baseando-se de trechos escritos por autores especialistas na área, bem como legislação, com a finalidade de garantir bom desenvolvimento da pesquisa.

Para melhor análise da pesquisa, este capítulo está em dividido em subtítulos: Benefício de Prestaçao Continuada (BPC) no ordenamento jurídico, Base da seguridade social e a universalidade de cobertura e atendimento, a flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao BPC e a judicialização do BPC.

Para finalizar o presente capítulo os pontos conclusivos do estudo, com uma breve análise dos pontos discutidos.

## 2 Benefício assistencial no ordenamento jurídico

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), também chamado de LOAS, é uma prestação de caráter social que tem por objetivo a garantia de um salário mínimo mensal às pessoas com de 65 anos de idade ou mais, bem como as pessoas com deficiência, desde que comprovem não possuir condições de subsistência.

Tem previsão legal no art. 203 da Constituiçao Federal, nossa Carta Magna:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei nº 8.742/1993 – que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências – é a lei que regulamenta o art. 203, V da Contituição Federal.

Além da previsão constitucional, o BPC está disciplinado pelos arts. 20 e 21 da Lei Orgânica de Assistencial Social (LOAS), sendo regulamentado pelo Decreto nº 6.214/2007, com a redaçao dada pelo Decreto nº 7.617/2011.

O BPC não é um beneficio previdenciário, uma vez que sua concessão não tem necessidade de pagamento em pecúnia – contribuição

– por parte do beneficiário, onde há a obrigação apenas da comprovação de sua condição assistencial para subsistência. (FORTES e PAULSSEN, 2005).

Os requisitos para sua concessão estão definidos na Lei nº 8.742/1993 – LOAS – e no Decreto Regulamentar nº 6.214/07 – Regulamenta o BPC da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso.

Castro e Lazzari (2020, p. 740), pontua os requisitos da seguinte forma:

> A **pessoa idosa** – deverá comprovar, de forma cumulativa, que:
>
> a) possui 65 anos ou mais
>
> b) família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, podendo ser utilizados outros elementos probatórios da condiãao de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade e
>
> c) não possuir outro beneficio no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória.
>
> A **pessoa com deficiência (PcD)** – deverá comprovar, de forma cumulativa, que:
>
> a) existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> b) família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, podendo ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade e
>
> c) não possuir outro beneficio no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória. (grifo nosso)

Vejamos como se depreende os referidos dispositivos legais da Lei nº 8.742/1993, verificando-se que a lei estabeleceu que os destinatários do benefício assistencial devem preencher certos requisitos para seu acesso e o conceito de pessoa com deficiência:

> Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.
>
> § 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada,

> considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> § 3º Observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

## 3 A base da seguridade social , a universalidade de cobertura e atendimento

A evolução socioeconômica faz com que as desigualdades se acentuem entre os membros da sociedade, nota-se que a concentração da maior parte da renda está nas mãos de poucos levando assim uma situação de miséria para uma grande parcela da sociedade, que se ressente da falta do necessário para sobrevivência com dignidade.

Diante desses fatos o homem não consegue sair apenas com seu esforço, necessitando assim do amparo do Estado para prevenir e remediar tal situação de necessidade sociais, levando assim à busca de instrumentos de proteção contra necessidades sociais, com reflexos na ordem jurídica. (SANTOS, 2016)

Para melhor compreensão o movimento deste benefício, faz-se necessário a correlação entre proteção social, a seguridade social e a política social, que do ponto de vista histórico é preciso relacionar o surgimento da política social às expressões da questão social que possuem papel determinante na sua origem e implantação (TOLEDO, 2020, p. 2)

A Proteção Social teve uma evolução histórica dividida em três etapas: Assistência Pública, Seguro Social e Seguridade Social.

A primeira etapa da proteção social foi a proteção à assistência social, era baseada na caridade e conduzida pela igreja e depois por instituições públicas. Nessa fase, não havia direito subjetivo do necessitado, mas mera expectativa de direito, pois o auxílio de proteção social ficava condicionado à existência de recursos destinados à caridade.

A proteção securitária passou a ser privilégio de uma minoria que poderia pagar o prêmio já que surgiram as empresas seguradoras, com fins lucrativos, oferecendo serviços de seguro de vida, seguros contra invalidez, danos, doenças, acidentes, entre outros. (SANTOS, 2016)

Diante dessa situação que uma manioria estava desprivilegiada e desamparada, após a Segunda Guerra Mundial, o Seguro Social nasceu para amparar o trabalhador, protegê-lo contra os riscos do trabalho. Seria então necessário um sistema de proteção social que alcançasse todas as pessoas e as amparasse em todas situações de necessidade. (SANTOS, 2016)

A terceira etapa dessa evolução, a Seguridade Social no Brasil, advêm da Constituição Federal de 1988, no art. 6°:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos sociais constituem liberdades positivas, ou seja, de observância obrigatória do Estado Social de Direito, objetivando a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social. (PAULO e VICENTE, 2017)

No art. 194 da Contituição Federal de 1988, conceitua a Seguridade Social: "A seguridade social compreende um 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."

Desejando a Carta Magna que todos estejam protegidos, de alguma forma, dentro da Seguridade Social, parágrafo único do artigo supracitado, dispõe que a seguridade social será organizada, nos termos da lei, relacionando os objetivos e princípios setoriais, isto é, aplicados apenas na seguridade social. (SANTOS, 2016)

> Art. 194 [...]
>
> **Parágrafo único**. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos **seguintes objetivos**:
>
> I - universalidade da cobertura e do atendimento;
>
> II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
>
> III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
>
> IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
>
> V - equidade na forma de participação no custeio;
>
> VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social

> VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados

Senão vejamos os princípios, destacados nos incisos no art. 194 da Contituição Federal de 1988, ora supracitados: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; princípio da diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da gestão do sistema e regra da contrapartida. (OLIVEIRA E GARCIA, 2020)

Fatídigo, que estes princípios são fundamentais, imprescindíveis para a garantia para a Seguridade Social, são associados com a Assistência Social e o BPC, objeto de estudo principal desse artigo.

## 4 A flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana diante do Benefício de Prestação Continuada (BPC)

Sabe-se que a tendência dos ordenamentos posteriores à traumática barbárie do nazifacismo repousa no reconhecimento da pessoa humana como centro e o fim do Direito, de modo que diversos países passaram a adotar o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar. (LEITE, 2014)

Verificamos como o princípio da dignidade humana desde a sua existência vem sofrendo mutação devido aos fatos sociais, mas que a sua aplicabilidade é adotada cada vez mais como valor nos Estados Democráticos.

Como Direito Humano a dignidade da pessoa humana aponta simultaneamente, limite e tarefa de poderes estatais e da comunidade em geral, além de possuir uma dimensão defensiva prestacional (LEITE, 2014).

Este capítulo realiza uma apreciação da flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana referente ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), a fim de demonstrar que tal benefício tem questões burocráticas e de operacionalização que atrasam o serviço para população.

Existe uma conexão clara entre Assistência Social e o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, importante frisar o

contexto constitucional desse princípio.

Segundo Paulo e Alexandrino (2017, p. 244):

> [...] a dificuldade estatal decorrente da limitação dos recursos financeiros disponíveis não afasta o dever do Estado de garantir, em termos de direitos sociais, um mínimo necessário para a existência digna da população (garantia do mínimo existencial). Corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, o postulado constitucional (implícito) da garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar à pessoa condições adequadas de existência digna e também a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos básicos, tais como [...] o direito à assistência social [...]

Sobre princípio da Dignidade da Pessoa Humana, destoa Tavares (2012) que o constituinte de 1988 não optou por colocá-lo entre os direitos fundamentais, estes inseridos no rol do art. 5° da Constituição Federal de 1988, haja vista que este princípio é considerado um dos fundamentos da República e não um "simples" direito fundamental.

Após análise do conceito de dignidade da pessoa humana, observa-se a relação essencial com o papel desempenhado pela Assistência Social, no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro. As atividades prestacionais, possuem prerrogativas de proteção do mínimo de direitos sociais para a classe vulnerável e objetiva-se respeitar os fundamentos e valores da República Brasileira (TAVARES, 2012).

Nesse ponto, que analisa-se uma crítica a flagrante violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana relacionado BPC e a sua efetivação pelo judiciário.

Em um contexto social verifica-se a fragilidade social do idoso e da pessoa com deficiência, pessoas estas legitimadas preenchendo os requisitos para o BPC. Estes sujeitos sociais possuem o direito constitucional de ser assistido, porém fatos sociais que marginalizam e excluem essas pessoas se avultam com a verificação de hipóteses como: omissão legislativa na regulamentação de dispositivos constitucionais necessários para efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Constitucionalmente o direito à proteção social (não contribuitiva) corresponde a um mínimo de cidadania, sendo essa a concepção que deveria ser norteadora do BPC.

Porém o que se observa é que ao conferir-se o bem-estar àquele que necessita, a consequência seria a redução das desigualdades e a realização da justiça social. Contudo, infelizmente a regularização do BPC não

seguiu essa vontade constitucional, uma vez que o acesso aos postulantes a esse benefício foi submetido a uma forte seletividade, rigorosos meios comprobatórios para sua obtenção. (PEREIRA, 2012)

Dessa forma, tem-se negado ao longo da implatação do BPC o direito de cidadania aos idosos e deficientes com as sérias restrições impostas pela lei, a dificuldade de acessar o benefício e a morosidade estatal.

Não podemos ser radicais com a situação do BPC, felizmente no ano de 2011 houve importantes mudanças na regulamentação do BPC, introduzidas pelas Leis Federais de números 12.435, de 6 de julho e 12.470 de 31 de agosto, com destaque para esta última que introduziu significativas e positivas mudanças em relação às pessoas com deficiência.

Também um significativo avanço em relação da idade mínima para ter acesso ao benefício, previa anteriormente no início da regulamentação do benefício que o idoso teria que contar com 70 anos ou mais para obtenção da assistência (Lei n° 8.742/93 , art. 20). E com advento do Estatuto do Idoso, estabelecido pela Lei n° 10.741/2003, concretizou a segunda redução da idade mínima para 65 anos ou mais e por fim, atualmente, com a Lei n° 12.435/2011, consolidou a idade de 65 anos ou mais como um dos critérios para ter acesso ao BPC.

Uma outra situação problemática que viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para o acesso ao BPC, seria o conceito de família ou grupo familiar, cuja concepção afeta tanto os idosos quanto as pessoas com deficiência, conforme art. 20, que expressa a condição dos assistenciados não serem sustentados por outrem. (PEREIRA, 2012)

Assim, para que o idoso e a pessoa com deficiência que preencham os requisitos para se beneficiar com o BPC, precisam demonstrar além de sua miserabilidade, também o de sua família.

Nota-se que a efetivação do seu direito pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi flagrantemente violado, por si só já representam sujeitos à exclusão e no entanto, tem que demonstrar a sua miserabilidade e de sua família, verificando-se, uma sobrevitimização destas pessoas.

Referente ao conceito de família (aqueles que compõe o núcleo familiar), é de absoluta relevância, a regulamentação do BPC apresenta-se restritivo desde a sua origem. Razão esta de ter o acesso ao benefício fortemente vinculado à família e não individualmente ao idoso e a pessoa com deficiência, ou seja, enquanto titulares de direitos individuais de um direito fundamental. (PEREIRA, 2012)

A família inicialmente na regulamentação trazida pelo § 1° do art.

20 da Lei n° 8.742/93, foi concebida como a unidade mononuclear de pessoas vivendo sob o mesmo teto. Posteriormente a Lei 9.720 de 1998, modificou o dispositivo, alterando o conceito de família e passando a restringí-lo aos dependentes para fins previdenciários do art. 16 da Lei 8.213 de 1991.

Mas com a Lei 12.435 de 2011, operou a redifinição do conceito de família ao alterar novamente a redação do dispositivo supracitado e modificando substancialmente o conceito de família para fins de acesso ao BPC:

> Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.
>
> § 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Analisamos a questão do conceito de família legalmente para o BPC, reza o art. 20, § 3° (nova redação dada pela Lei 13.983/2020) , ora supracitado,refrente a realização do cálculo e será considerada incapaz de prover a manutenção da pessoa idosa ou com deficiência, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo vigente.

Para análise inicialmente da renda *per capita,* observa-se o conceito de família que está mencionado no art. 20, § 1° da Lei Orgânica da Assistência Social, a realização do cálculo e obrigatoriedade do cadastro do requerente no Programa Social do Cadastro Único – CadÚnico – incluído requisito pela Lei n° 13.846/2019.

Importante ressaltar que, tal benefício poderá ser concedido a mais de uma pessoa por família, contanto que cumpridas todas as exigências, como mencionado os § 14 e 15 do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS):

> Art. 20 [...]
>
> § 14. O benefício de prestação continuada ou o benefício previdenciário no valor de até 1 (um) salário-mínimo concedido a idoso acima de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou pessoa com deficiência não será computado, para fins de concessão do benefício de prestação continuada a outro idoso ou pessoa com deficiência da mesma família, no cálculo da renda a que se refere o § 3º deste artigo.

> § 15. O benefício de prestação continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos nesta Lei.

Ensejamos duras críticas de flagrante violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em relação ao enquadramento da condição de miserabilidade prevista no art. 20 da LOAS, já que o julgador enfrenta difícil tarefa, pois a renda *per capita* mensal deve ser igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Trata-se de valor ínfimo atualmente, que se quer há possibilidade e viver com mínimo existencial com esse valor.

> Não bastassem os aspectos negativos da regulação do benefício já apresentados, comprovando-se que as restrições impostas pela LOAS para a sua obtenção foram severas, a pior delas, sem dúvida, foi o critério objetivo estipulado para aferir-se a miserabilidade familiar, isto é, a necessidade de comprovação da renda familiar mensal *per capita* ser inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (PEREIRA, 2012, p.15)

Com a situação mundial de Pandemia da Covid 19, a Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da Câmara dos Deputados aprovou projeto de lei que garante o acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) a pessoas com deficiência e a idosos cuja renda familiar mensal *per capita* seja inferior a 1/2 salário mínimo.

O texto vigente em caráter excepcional, Lei nº 14.176/21, já permite a ampliação para 1/2 salário mínimo a partir de elementos que comprovem a condição de miserabilidade ou vulnerabilidade do grupo familiar. Nesse caso, são considerados o grau de deficiência, a dependência de terceiros para o desempenho de atividades da vida diária e o comprometimento do orçamento familiar com gastos médicos (CAMARA, 2022)

A crítica é acerca da necessidade da análise de outras condições da família e não somente da renda *per capita*, isoladamente considerada, pois existem outras situações que demonstram a real necessidade do beneficiário do BPC.

Possibilitando assim aos idosos e às pessoas com deficiência comprovar a sua miserabilidade (e a de sua família) por outros meios e não somente pela hipótese objetiva trazida pela lei, não sedo este critério objetivo como absoluto e sim um limite mínimo. Podendo ser observados durante o requerimento da assistência, situações e provas de fato da miserabilidade do idoso 65 anos ou mais ou pessoa com deficiência, como laudos, insuficiência de moradia, alimentação, medicamentos e outras despesas necessárias.

Outro ponto duramente criticado pela população e atualmente

veiculado nas mídias é a dificuldade da população em se inscrever ou atualizar o CADúnico, documento essencial para realizar o requerimento do BPC.

## 5 Judicialização do Benefício de Prestação Continuada (BPC)

No decorrer desse trabalho científico analisamos o atual contexto de crise estrutural estatal e assim a Previdência Social tem sido submetida a reconfigurações para alcançar os cidadãos vulneráveis, surgindo o BPC e consequentemente a ampliação do número de solicitações para o benefício assistencial.

Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2018) a população brasileira manteve a tendência de envelhecimento dos últimos anos e ganhou 4,8 milhões de idosos desde 2012, superado a marca de 30,2 milhões de idosos em 2017.

Essa pesquisa demonstrou que a quantidade de idosos cresceu nos últimos anos devido o aumento de expectativa de vida pela melhoria na qualidade de vida e saúde e pela questão da taxa de fecundidade, já que no Brasil o número de filhos por mulheres vem caindo ao longo dos anos.

Nesse contexto é possível observar a situação dos idosos mais vulneráveis e considerar que o Estado tinha obrigação constitucional de oferecer assistencial social a esta parte da população que tanto trabalhou durante anos.

Ocorre que, esse direito social não está acessível a todos os requerentes, o que motivou o questionamento judicial das decisões administrativas do INSS, autarquia responsável para operacionalização desse benefício.

A suposição sustentada pela autarquia é a de que o critério de aferição de renda se constitui como principal motivador dos indeferimentos dos pedidos de BPC requeridos pelos idosos ou pela pessoa com deficiência, causa essa que a judicialização tem-se ampliado a possibilidade de que esses trabalhadores acessem uma renda por meio de assistência social (NETO e GOMES, 2016, p. 1)

A judicialização do Benefício de Prestação Continuada (BPC) da política de Assistência Social se insere devido essas problemáticas apresentadas, sendo uma tendência do setor jurídico, pois os cidadãos que demandam ações judiciais com o objetivo de reformarem a decisão administrativa indeferidas do BPC, emitidas pelo INSS (Instituto Nacional

do Seguro Social).

Cabe uma análise social sobre as demandas judiciais referente ao BPC, já que nem todos os idosos e pessoa com deficiência tem acesso ao conhecimento desse direito e vai além de acesso facilitado a advogados, advogados dativos ou defensoria pública para patronar por seu direito assistencial.

Segundo Neto e Gomes em seu estudo científico sobre a Judicialização do BPC:

> Desta forma, é possível indicar a relação direta entre a tendência à judicialização do BPC, ampliação da demanda para o Serviço Social na Previdência Social e a assistencialização da responsabilidade estatal de afiançar renda para trabalhadores idosos, o que justifica a relevância na atual conjuntura das políticas de seguridade social, não obstante a dificuldade institucional de sistematizar e quantificar elementos que comprovem o crescimento do acesso a esse direito social a partir dessas duas decisões judiciais referidas: a primeira refere-se à decisão proferida na apreciação do Recurso Extraordinário (REs) nº 567.985 (com repercussão geral), que, em 18 de abril de 2013, declarou a inconstitucionalidade do critério de aferição de renda nos requerimento do BPC e a segunda decisão judicial é a Ação Civil Pública (ACP) nº 5044874-22.2013.404.7100/RS. Com abrangência nacional, esta ACP tem vigência a partir de 04 de maio de 2016 e visa imprimir alterações 497 Tendência à judicialização do BPC: causas e consequências para os trabalhadores idosos na fase inicial de concessão do BPC, obrigando o INSS a solicitar dos requerentes, quando os requerimentos forem indeferidos pelo critério da renda, documentos que indiquem despesas que comprometem a renda do grupo familiar (NETO e GOMES, 2016, p. 21).

Desde 1996, quando foi implantado o BPC como direito social, baseando na Carta Magna, os idosos para ter acesso a essa assistência social é necessário preencher os requisitos, como outrora já mencionado no decorrer desde estudo.

Porém que é predominante para judicialização para concessão do BPC , sendo responsável por 95% dos processos, é o do cálculo da renda per capita, sendo um descompasso entre o preceito constitucional e a lei regulamentadora (LOAS) dado à assistência social, para que esteja ao alcance dos necessitados e que seja possível garantia dos direitos sociais de cidadania (NETO e GOMES, 2016, p. 21).

Neste diapasão fundamental foi a atuação do Poder Judicário para que fosse verificado a possibilidade de alterações no critério de aferição de *renda per* capita para o BPC. O Supremo Tribunal Federal (STF) RE n°

567.985 decidiu pela inconstitucionalidade do cálculo da renda *per capita* e a Ação Civil Pública (ACP) nº 5044874.22.2013.404.7100/RS, indicam que o INSS considere o comprometimento da renda nos requerimentos desse direito social.

Esta ACP tem validade *erga omnes* e oportuniza discussão e garantia de renda, pois não vislumbra o critério de miserabilidade no campo estritamente econômico, considerando os gastos em função da deficiência, da incapacidade ou da idade avançada.

Toledo e Novais (2020) critica amplamente em seus estudos outro aspecto que viola direito constitucional frente ao BPC, seria a transferência da proteção social do Estado para o mercado, como se os direitos sociais estivessem sendo privatizados. Verificou que as pessoas, inclusive os idosos tem encontrado aposentadoria, educação, segurança entre outros direitos sociais no mercado de produção, trabalhando e obtendo enquanto tem forças para se sustentar como maioria desprivilegiada:

> Pactuamos com a afirmação de Pereira que "as políticas sociais de corte neoliberal são paliativas, emergenciais, dualizadas e insuficientes, já que atendem aos interesses de rentabilidade econômica em detrimento das necessidades humanas básicas", ou seja, ela explica que a "proteção social requerida pelos que não tiveram sucesso na obtenção de bens e serviços pelos seus próprios méritos deverá ser mínima, controlada institucionalmente e sem conotação de direito". Para que não possa competir com a remuneração obtida pelo do trabalho (2020, p. 8)

Neste contexto de ofensiva do capital no qual adotam-se medidas neoliberais (teorias baseadas no capitalismo), claramente uma transferência da responsabilidade dos poderes legislativos e executivos para o judiciário, que se torna o ator fundamental para a garantia dos direitos. (COSTA; PONTES, 2018, p. 11).

## 6 Conclusão

O desenvolvimento do trabalho se baseou em pesquisas doutrinárias e dentre os objetivos específicos da pesquisa estão analisar criticamente os requisitos burocráticos e que desconsideram a instabilidade da renda familiar das famílias vulneráveis para concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Outro ponto crítico dos estudos apontam é a flagrante violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua ligação com a Assistência Social.

A Carta Magna de 1988, vislumbra-se que o governo passou a

implementar leis e políticas voltados para as pessoas com deficiência e idosos com 65 anos ou mais, carentes e miseráveis perante a sociedade.

A Lei nº 8.742/1993 foi instituída a Lei Orgânica da Assistencial Social – LOAS – e criou o BPC, possibilitando assim que uma parte da sociedade ditos como vulneráveis, tivessem uma qualidade de vida aos deficiente e idosos que vivem na miserabilidade social.

Para ter alcançado o seu direito, o cidadão necessita preencher os requisitos estabelecidos em lei, ora supracitados. Conclui-se que as restrições trazidas pela LOAS, visando à proteção social por benefício constitucional ( e suas posteriores alterações) não podem superar o que a Constituição de 1988 estende a proteção social a quem dela necessitar.

É notório o flagrante a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana quando depara-se com a negação do benefício com base unicamente em ausência de comprovação de renda familiar mensal *per capita* de inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, não satisfaz às exigências constitucionais.

Respeitando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que em favor dos idosos e pessoas com deficiências possam comprovar o seu estado de miserabilidade em que vive ocorra por outros meios que atestam a tal situação.

Não sendo necessário, que os pretendentes ao BPC, constantemente que para obtenção de seu direito constitucional recorram por meio de atuação judicial.

## Referências

BRASIL. Decreto Regulamentar nº 6.214/07. Disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em 27 jan 2022

BRASIL. Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993. Disponível em : > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742compilado.htm> Acesso em: 27 jan 2022.

BRASIL. Constituiçao da República Federativa do Brasil. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 jan 2022.

BRASIL. Lei Nº 9.720, de 30 de novembro DE 1998..Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9720.htm>. Acesso em: 01 de

abr de 2022.

BRASIL. Lei Nº 13.846, de 18 de junho de 2019. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13846.htm>. Acesso em: 01 de abr de 2022

BRASIL. Decreto Nº 6.214 de 26 de setembro de 2007. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm>. Acesso em: 01 de abr de 2022

BRASIL. Decreto Nº 7.617, de 17 DE novembro de 2011.. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7617.htm>. Acesso em: 01 de abr de 2022

BRASIL. Lei Nº 14.176, de 22 DE JUNHO de 2021.. Disponível em: > https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.176-de-22-de-junho-de-2021-327647403>. Acesso em: 01 de abr de 2022

CAMARA DOS DEPUTADOS. Comissão aprova BPC para idoso e pessoa com deficiência com renda familiar de até meio salário mínimo. Disponível em : https://www.camara.leg.br/noticias/843237-comissao-aprova-bpc-para-idoso-e-pessoa-com-deficiencia-com-renda-familiar-de-ate-meio-salario-minimo/. Acesso em : 17 abri de 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, Joao Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23 ed. Rio de Janeiro: 2020. p.740

CENTRO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS DA FIO CRUZ ANTONIO IVO DE CARVALHO. Benefício de Prestação Continuada (BPC): os pobres na mira das políticas de austeridade. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2020. Disponível: Disponível em: >https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/121>. Acesso em: 20 mar de 2021

COSTA, Ana Cristina Pereira e PONTES, Maria Goretti da Almeida. Benefício de Prestação Continuada: fundamentação legal, formas de acesso e reconhecimento de direito. Vitória: ENPESS, 2018. Disponível em: > file:///c:/users/bethania/downloads/c3%83o+legal,+formas+de+acesso+e+reconhecimento+de+direito.pdf> Acesso em 23 jun 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf. Acesso em: 01 ago. 2022.

FORTES , Simone Barbisan; PAULSSEN, Landro. Direito da seguridade social: Prestação e custeio da previdência, assistencia e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Manual de direitos Humanos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NETO, Severino Elias Simões e GOMES, Cláudia Maria Costa. **Tendência à judicialização do BPC: causas e consequências para os trabalhadores idosos.** SER Social: Brasília, v. 18, n. 39, p. 477-500, jul/dez-2016. Disponível em: > file:///C:/Users/Bethania/Desktop/P%C3%B3s%20Gradua%C3%A7%C3%A3o/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20BPC.pdf> Acesso em: 19 jun 2022.

NOBRE, Noéli. **Assistentes sociais reclamam de dificuldades na obtenção do Benefício de Prestação Continuada**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/792211-assistentes-sociais-reclamam-de-dificuldades-na-obtencao-do-beneficio-de-prestacao-continuada/ Acesso em: 21 fev 2022

OLIVEIRA, Júlio César de, & GARCIA, Munaro Garcia. Benefício de Prestação Continuada (BPC): uma análise acerca do requisito da miserabilidade e a flexibilização do critério econômico fixado na lei n. 8.742/1993. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIAL, 3(1). Alfenas, MG: 2020

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 16 ed. Rev. Atual. e amp. Rio de Janeiro: Método, 2017. 233 – 244 p

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **Análise crítica do benefício de prestaçao continuada e a sua efetivaçao pelo judiciário**. Brasília: Revista CEJ, Ano XVI, n. 56, p.15-27 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29923.pdf. Acesso em: 10 fev 2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOLEDO, Edinilza de Oliveira e NOVAIS, Liliane Capilé Charbel. A judicialização do Benefíco de Prestação Continuada. Cuiabá UFMT: 2020. 9 p.

Capítulo 17

# O PROCESSO COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO ATIVISMO JUDICIAL

*Ana Cláudia Rezende Costa Souza*[1]
*Laís Consuelo Sousa e Silva*[2]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.259-273

## I Introdução

O Brasil passou por diversos avanços no decorrer da história para ver implementado o direito dos cidadãos enquanto uma organização Estatal, tendo atingindo o ápice de seu desenvolvimento com a chegada do Estado Democrático de Direito.

A instituição do Estado Democrático de Direito derivou-se da necessidade observada de adequação de uma jurisdição organizada diretamente ligada à participação dos brasileiros como soberanos na elaboração de provimentos estatais que os alcançarão, de forma a exercer uma cidadania justa, livre e solidária.

Com o exercício da democracia, sobreveio juntamente a necessidade de garantia da separação dos poderes, prevista constitucionalmente, para preservar que não se tenha interferência na criação de leis realizada pelo poder legislativo, bem como na execução do poder, pelo Executivo, ou ainda que seja o judiciário interferido quando dos seus julgamentos.

Não obstante, apesar de todo o reconhecimento da necessidade de manutenção de isonomia de cada poder sobre a perspectiva de um poder independente, a Constituição permite diversas interferências do poder judiciário nas demais esferas, revelando a atualidade de um poder judiciário ativista.

---

1 Advogada. Pós Graduada em Direito Penal e Processo Penal, pela Damásio Educacional. E-mail: anaclaudia.adv@outlook.com

2 Advogada. Pós Graduada em Direito Administrativo, pela Faculdade Internacional Signorelli, e Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: lais.silvaadv@outlook.com

A interferência do poder judiciário em eventual falha dos outros dois poderes é garantida pelo processo judicial, o qual é estudado neste artigo sob o prisma da teoria processual que melhor se adequa a forma de condução de um processo integrado tanto pelo juiz e pelas partes ali estabelecidas.

Portanto, pretende que sejam evidenciados através deste estudo os limites da atuação do poder judiciário sob a perspectiva da garantia dos direitos fundamentais dada aos indivíduos, face às lacunas e inércia dos demais poderes, quando assim haverá a necessidade da prática do ativismo nas decisões e julgamentos dos processos judiciais instaurados.

## 2 O Estado Democrático de Direito

No transcorrer da evolução brasileira, o Estado esteve sempre em constante movimento, uns assertivos e outros de regresso, mas, jamais permaneceu inerte, até o ponto em que se encontra atualmente, (MIRANDA, 2003). E com a percepção do desenvolvimento do Estado, culminou-se em um Estado Democrático de Direito.

Ronaldo Bretas de Carvalho Dias ao citar a doutrina de Habermas, esclarece que "O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos tem que ser implementados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade" já que para este doutrinador deve-se institucionalizar um conjunto de normas jurídicas que evidenciem os direitos fundamentais. (HABERMAS, v.I, p.171, apud, DIAS, 2010, p.9).

José Afonso da Silva elucida que "a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito" (SILVA, 2005, p. 119)

Merece explicar que, o Estado de Direito, de acordo com Leonardo Vítor Dutra, "pode ser considerado o Estado cujas atividades e limites, estão devidamente previstos em lei que o submete e o organiza", já o Estado Democrático, "seria aquele que implementa o princípio da Democracia que é alcançado por meio do Discurso que determina a participação dos interessados na construção de provimentos estatais que os atingirá" , dessa forma o encontro das duas expressões, se dignificam a demonstrar a harmonização transparecida pelas normas constitucionais garantidas aos cidadãos. (DUTRA, 2011, p. 27).

Estado de Direito Democrático passa a ser diferenciado, Segundo

Ferreira Filho,

> Com a qualificação do direito, e não do Estado, como Democrático, parece ter sido intenção dos constituintes vinculá-lo ao princípio da soberania popular. De fato, as Constituições portuguesa e espanhola também sucederam a regimes "ditatoriais", embora não totalitários. (FERREIRA FILHO, 2010, p.179)

No mesmo sentido, Capez ao tratar do Estado Democrático de Direito conclui que,

> Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; [...] (CAPEZ, 2005, p.6)

Santiago Neto ao citar a doutrina de Habermas, identifica a democracia como mecanismo de "autonomia jurídica dos cidadãos", em que o povo face ao exercício de seus direitos, passam a ser conhecidos como "autores e destinatários das normas". (HABERMAS, 1997b, apud, SANTIAGO NETO, 2011, p.21).

É obvio e nítido que o Estado contemporâneo é conduzido por meio da Constituição, que traz regras e princípios para reger os indivíduos da sociedade, através de um poder uno que não suporta divisão.

Contudo, importante ressaltar que o Estado pode como poder uno, criar órgãos autônomos que desempenhem sua função, garantindo um melhor exercício dos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos. O que significa também que, uma vez concedida à função a estes órgãos, os mesmos devem considerar os limites e restrições lhes impostos para impedir possíveis abusos. (DIAS, 2004, p.74).

Atualmente se evidencia a divisão destes órgãos, pelo legislativo, executivo e judiciário de forma equânime, através das delegações de suas respectivas funções, de importantes e relevantes atividades garantidoras dos direitos constitucionais.

E é nesse sentido que, Vicente Greco Filho, define cada uma dessas atividades, afirmando que a função Legislativa, tem como função precípua a de criar leis norteadoras do direito, já a função administrativa e judiciária para este, ao citar Chiovenda define que a administração, "é uma atividade primária, espontânea, que aplica o direito por iniciativa própria", já no que se refere a função judicial, a mesma considerada como atividade secundária, deve permanecer inerte, esperando ser provocada pelos interesses das

partes. (CHIOVENDA, 1965, apud, GRECO FILHO, 2010, p.19).

Nesse espeque, visível é a necessidade da separação dos poderes, e a prevalência deste princípio se destina a apresentar um Estado sólido que demonstre um poder uno e ao mesmo tempo dinâmico na perspectiva da distribuição de suas atividades a órgãos que tenham como escopo manter o equilíbrio da segurança jurídica da população.

Isso porque, "a função jurisdicional do Estado tem de ser prestada sob fiel obediência ao processo constitucional, não se podendo conceber o processo como se fosse um meio de obediência servil a jurisdição." (LEAL, p.43, apud, DIAS, 2004, p.88).

Assim, a validade e eficácia das normas são encontradas na Constituição da República com a finalidade precípua de, "orientar a interpretação, justificação e aplicação do direito", para que no exercício da aplicação das normas desempenhadas pela função jurisdicional, concedam-se ao intérprete da mesma, a permissão de analisar e efetuar o direito sob o prisma do Estado Democrático de Direito. (ROCHA, 2008, p.19).

Na ambição do Estado em implementar os direitos aos indivíduos, deve-se verificar que a aplicação desses direitos precisa ser pautada pela imposição de "limites e restrições ao exercício do poder pelo Estado" na relação para com a sociedade, tendo em vista a necessidade de garantir a liberdade fundamental de cada indivíduo (DIAS, 2004, p.62). Assim, observa-se que quem detém a soberania é o Estado, no entanto, tal soberania é mantida e implementada em nome do próprio povo, da comunidade política (DIAS, 2010, p.14).

## 3 Da Separação dos Poderes

Foi percorrido um longo caminho para que se chegasse ao que se entende hoje por constitucionalismo, foram séculos, e o maior legado de todas essas lutas foi o desenvolvimento do que hoje se entende como tripartição dos poderes, pois é através dessa divisão que hoje temos um estado mais equilibrado dando segurança aos cidadãos, pois com a divisão não há mais a concentração de todo poder na mão de apenas um soberano.

A divisão dos poderes de maneira triparte é datada de tempos bem remotos, sendo o precursor desse pensamento Aristóteles, tendo o mesmo externado esse pensamento em seu livro A Política, descrevendo em sua obra a divisão como; poder deliberativo, poder executivo e finalmente o poder judiciário.

Montesquieu em sua obra clássica, diz que o estado se compõe de poderes, e que por questões estruturais é necessário que se divida o poder geral e abstrato decorrente da soberania do estado. Os poderes do Estado, são estruturas subdivididas para que a seja realizada a execução de determinadas funções, para que essa divisão funcione da melhor maneira possível, deve existir entre esses poderes um equilíbrio, de forma que seja evitada a supremacia de qualquer um deles sobre o outro. (CARVALHO FILHO, 2015, p.3))

A separação dos poderes é a divisão das funções estatais organizadas de determinada maneira, as funções são divididas e são criados órgãos especializados para gerir essas funções da melhor maneira possível, mas mesmo existindo a divisão existem mecanismos de controle de um poder sobre o outro.

Muito embora possa se encontrar na antiguidade algumas alusões aos que viria a compor o núcleo do princípio da separação de poderes, é certo que somente a partir do século XVII, através das revoluções liberais, que foi dado o sentido de como hoje é conhecido. (RAMOS, 2015, p.114)

O princípio da separação dos poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para que o seu fim seja realizado com a melhor primazia possível. (RAMOS, 2015, p. 114)

Cumpre salientar que a divisão das funções, serve para que haja uma especialização de determinada função, desta forma cada órgão deve predominantemente exercer uma delas, sendo a sua estruturação de acordo com a necessidade de cada atividade. (RAMOS, 2015, p. 114)

A separação dos poderes é considerada a maior expressão da democracia, conforme a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela assembleia Nacional Constituinte Francesa de 1789 em seu art. 16 que afirmava que a; "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

Deste modo a maior expressão do que é considerado Constitucionalismo é o respeito a separação dos poderes, pois é através dessa separação que se garante aos cidadãos a manutenção do regime democrático.

No Brasil a separação dos poderes está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, sendo estes independentes e harmônicos entre si, sendo os poderes da união; o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo essa separação cláusula pétrea, não podendo a divisão ser abolida

por meio de emenda à Constituição como reza o art. 60, § 4º, III, da Constituição da República.

A cada um dos poderes é atribuída determinada função; ao poder Legislativo, foi concedida a função normativa, que se trata da criação das leis que regem o ordenamento pátrio, já ao Executivo compete a função administrativa, e o Poder Judiciário tem o poder jurisdicional.

Apesar da divisão o exercício não é exclusivo de determinado órgão. O que existe é a preponderância da execução de determinada função o que nas palavras de José dos Santos Carvalho filho:

> As linhas definidoras das funções exercidas pelos poderes têm caráter político e figuram na constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles; se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda os fins colimados pela Constituição. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 3).

Deste modo além dos poderes estatais realizarem suas atividades típicas eles também exercem funções que em princípio pertenceriam a outro poder, mas esse exercício deve ser autorizado pela Constituição, e esse exercício se justifica para o bom andamento de cada um dos poderes. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 3)

Cabe salientar que a divisão dos poderes não é absoluta, pois os poderes podem e devem intervir, quando necessário na esfera de outro para o bom funcionamento do Estado, mas a intervenção também tem limites constitucionais previamente estabelecidos.

A principal função do poder judiciário, é resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, deste modo nenhuma lesão ou ameaça a direitos em especial aqueles consagrados pela Constituição poderão ser afastados da apreciação do poder judiciário.

Na divisão dos poderes o Poder Judiciário recebeu a função de ser o guardião da Constituição, e detém o poder de controle de constitucionalidade que foi inaugurado por Ruy Barbosa, no momento da fundação da república no ano de 1890, pelo modelo implantado pela Emenda Constitucional nº 16/65, que previu expressamente a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais poderes, assim a principal função do Supremo Tribunal Federal e a de zelar pelo cumprimento da Constituição.

Conclui-se que a separação dos poderes é importante princípio Constitucional, devendo o mesmo ser respeitado, e não podendo os poderes entrarem nas esferas de atuação dos demais, exceção dos limites

delimitados pela Constituição.

## 4 O processo como meio de garantir direitos básicos aplicado as teorias processuais

Identificou-se em 1800 e 1850 as teorias de Contrato e Quase Contrato para definição de processo, e respectivamente sobreveio em 1868 com Oscar Von Bülow a teoria que apresentava o processo como relação jurídica, em que se enquadra a relação de juiz, autor e réu, participantes e cumpridores de requisitos necessários para a "validade e legítima constituição do processo" (LEAL, 2011, p.65). Tal teoria foi aderida por Wach Chiovenda, Carnelutti, Clamandrei e aprimorada no Brasil por Liebman, o qual institui a "Escola Instrumentalista de São Paulo que defende o processo como instrumento de jurisdição." (DUTRA, 2011, p.24).

Candido Rangel Dinamarco adepto da teoria, aponta que,

> [...] pensando-se agora diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias: o processo é "meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis." (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, p. 72 *apud* DINAMARCO, 2005, p. 30).

Por isso que "o processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social" (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2003, p.41), entretanto, em análise a essa perspectiva, em que a instrumentalidade é buscada pela paz social, revela-se um juiz atuante, conformador, que atua de forma a proteger a sociedade.

Nessa teoria tem-se a relação do juiz como garantidor do processo, trazendo para o processo a figura do ativismo judicial que denota a inquisitoriedade outrora vivida, e infelizmente ainda hoje existente em casos específicos. Desse modo a causa do problema dessa teoria é o excesso de poder concedido ao juiz sem limitações e a falta de participação das partes na produção de seus interesses.

Nesse sentido, Sousa aponta que,

> Este tipo de procedimento, há muito ultrapassado, se faz presente nas decisões de muitos dos magistrados nos dias correntes. Decisões baseadas em critérios subjetivos não são mais aceitáveis por nossa legislação, assim como vemos nos dizeres de Dinamarco (2008, p.318):

> *O processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cônscio dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes*. Não se pode atribuir segurança jurídica aos litigantes se a decisão que lhes vincula não possui fundamento concreto, possível de ser questionado. (SOUSA, 2011, p. 254).

Vale ressaltar que o princípio da celeridade e efetividade processual hoje existente está diretamente relacionado com a teoria instrumentalista do processo, que tem ocasionado deficiências na prática processual, tendo em vista que o princípio tem como escopo buscar maior agilidade na solução dos conflitos, e a instrumentalidade do processo acaba por demonstrar a figura inquisitiva do juiz quando realiza prática de funções que não lhes são cabíveis, gerando desrespeito aos princípios constitucionais.

Foi na década 1980, com os processualistas, José Alfredo de Oliveira Baracho, Héctor Fix-Zamúdio, Eduardo Couture e Ítalo Andolina, que apresentaram a ideia de que "a principiologia e os direitos processuais foram elevados ao nível constitucional como garantias fundamentais da pessoa humana" (DUTRA, 2011, p. 24).

Nessa perspectiva Baracho prevê a seguinte definição,

> O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos essenciais. A legitimação processual visa a tender a qualificação do demandante, na tutela e defesa de seus interesses, com a observância de certas características preliminares para seu exercício. Os pressupostos processuais, no que se refere a legitimação processual, visam ordenar as situações jurídicas subjetivas, que orientam as tutelas diferenciadas ou singulares. [...] A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o Processo Constitucional. Garante-se não somente o direito de peticionar e ser ouvido, mas o direito ao processo. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio, são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema. O processo Constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas. (BARACHO, 2008, p. 65).

Feitas as considerações, perceptível que houve a necessidade de retirar o conceito de processo apenas como instrumento da jurisdição, adequando-o a implementação de garantias dos direitos essenciais ao processo, com o intuito de se garantir não somente o "direito de se peticionar e ser ouvido, mas o direito ao processo", que concede a igualdade e equilíbrio entre as partes, e desse modo possibilita a efetivação e proteção das garantias fundamentais. (BARACHO, 2008, p.24).

É nessa concepção que se pode afirmar a efetiva garantia constitucional no processo, que para Baracho, "As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos." (BARACHO, 2008, p.65).

Assim sendo, a teoria do processo constitucional quando colocada em prática pela jurisdição, tem o condão de limitar as funções de cada órgão, e aplicar devidamente todos os direitos inerentes aos indivíduos, não restando dúvida de que se teria eficácia processual, sendo o processo não mero instrumento, mas garantidor dos direitos fundamentais, de modo a efetivar uma segurança jurídica que delimite direitos e deveres aos sujeitos processuais.

Não pode o juiz se portar como protagonizador e justiceiro como defendia a teoria instrumentalista do processo, dando ênfase ao ativismo judicial, tendo em vista que as consequências de tais atividades, não se coadunam com o preceito previsto nos direitos fundamentais garantidos as partes.

Mesmo com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, os operadores do Direito, especialmente no caso em tela, os magistrados, pautam-se pela teoria instrumentalista do processo, tendo por base apenas a efetivação processual, da relação jurídica, esquecendo por vezes que deve prevalecer a garantia que foi dada em função dos Direitos Fundamentais, o referido devido processo legal.

Isso porque, a instituição das garantias revela:

> A importância do processo constitucional na obtenção do pronunciamento estatal decisório reivindicado pelas partes, única forma de lhes permitir, democraticamente, dentro de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo informado pelo contraditório e pela ampla defesa, a possibilidade de individualizarem as normas jurídicas abstratas e gerais integrantes do ordenamento jurídico que deverão incidir na solução das particularidades do caso concreto reconstruído dialeticamente no processo. (DIAS, 2010, p. 34).

Portanto, notável é a necessidade de modificar a mente do operador do Direito de acordo com as garantias constitucionais, ficando o juiz adstrito somente a sua real função, qual seja a de proporcionar às partes a ampla defesa, e contraditório, colocando em discussão para ambas as partes. Permitindo assim, a propositura e eficácia das garantias constitucionais no Processo.

## 5 Ativismo Judicial

O processo é o mecanismo que o cidadão detém para garantir que os direitos fundamentais sejam realizados, quando um direito não está sendo adequadamente cumprindo pelo estado, o poder judiciário é o local onde o cidadão recorre.

O modelo constitucional vigente no pais consagra o livre acesso ao judiciário, tendo como base para tanto os princípios da proteção judicial efetiva (art.5º, XXV), do juiz natural (art. 5º, XXVII e LIII) e do devido processo legal (art.5º LV) têm influência decisiva no processo organizatório da justiça, especialmente no que concerne às garantias da magistratura e à estruturação independente dos órgãos.

Deste modo nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser excluída da apreciação pelo judiciário, e é nele que os cidadãos procuram guarita quando tem algum direito ameaçado ou uma necessidade não cumprida pelo poder público, e para dar essa resposta aos cidadãos por muitas das vezes o judiciário faz uma interpretação mais extensiva das leis e da própria Constituição, e dessa interpretação extensiva nasce o fenômeno do Ativismo Judicial.

O ativismo judicial surge após o final da Segunda Guerra Mundial, com o aumento das garantias outorgadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, como também da promulgação de novas Constituições dos países democráticos. (FREITAS, 2021)

O que ocorreu de fato foi que os direitos constitucionalmente previstos que antes eram tidos apenas como direitos pragmáticos, passaram a ter o seu cumprimento exigido do Estado, além do fato de que as leis inferiores como o Código Civil por exemplo, passaram a ter sua interpretação realizada a luz das normas constitucionais, dessa maneira o poder judiciário se tornou protagonista como poder garantidor da manutenção dos direitos fundamentais. (FREITAS, 2021)

O ativismo judicial consiste em um atitude, ou melhor uma escolha de um modo especifico e proativo que o poder judiciário possui para interpretar a constituição e as leis, muitas vezes expandindo seu sentindo e alcance. O ativismo ocorre no momento em que os outros poderes não cumprem sua função de atender os anseios sociais dos cidadãos, segundo Elival da Silva Ramos, ativismo judicial se define da seguinte forma:

> Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe,

> institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo feições subjetivas, (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS,2015, p. 131.)

Para Dworkin, a ideia de ativismo judicial está diretamente ligada, a uma grande participação do judiciário na concretização dos valores constitucionais, o que pode ocorrer de diferentes formas, podendo ser por meio da aplicação direta da constituição, em situações que não estejam comtempladas expressamente no texto constitucional, e que não haja uma prévia manifestação do legislador, através de critérios menos rígidos que os de patente e extensiva violação a constituição; a imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (Amaral Junior, José Levi, 2010, p. 33).

Nota-se que a maioria dos casos em que se vislumbra o acontecimento do ativismo por parte do poder judiciário são em casos que envolvem o poder legislativo e a sociedade de modo geral, isso ocorre quando o poder judiciário é procurado em relação a alguma demanda social que ainda não foi regulamentada, para que a mesma seja e efetivamente atendida. Como no caso das ações que solicitam medicamentos que não são fornecidos pelo SUS, e os mesmos não se encontram na cartilha de remédios ofertados pelo Ministério da Saúde.

Segundo Celso de Melo:

> A omissão do Estado- que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional- qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade politica-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a constituição (MELO, 2008).

É possível vislumbrar o ativismo judicial em dois modos distintos, o difuso e o concreto, no caso difuso em regra o ativismo é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no momento em que a corte aprecia ações que envolvem discussões sobre a constitucionalidade de determinadas normas, já no caso concreto se tem a atuação dos juízes na análise de ações judiciais que por muitas vezes envolvem direitos individuais e coletivos. (FREITAS, 2021)

O ativismo judicial é positivo quando ele se propõe a impulsionar os demais poderes da nação a cumprir seus papeis e garantir que os direitos fundamentais sejam implementados, ou quando por meio de uma atitude ativista os membros do poder judiciário aceleram a resposta judicial, como por exemplo quando o STF regulamentou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, trazendo equidade para as relações sociais, fato que vinha

sendo ignorado pelo Poder Legislativo. (FREITAS,2021).

O Lado negativo do ativismo acontece no momento onde decisões não muito bem embasadas são tomadas infringindo o direito ao devido processo legal, além da interferência indevida na função de outros poderes sem análise pormenorizada da situação e o que os resquícios das suas decisões podem causar na administração dos outros poderes, como por exemplo ao decidir sobre a concessão de um tratamento experimental a um cidadão por uma sentença judicial, sem levar em consideração os recursos econômicos do ente condenado, essa decisão pode comprometer fortemente o orçamento público, prejudicando assim inúmeros outros cidadãos.

É importante frisar que a separação dos poderes deve ser respeitada, como também a garantia ao devido processo legal princípios constitucionalmente resguardados, deste modo é necessário que o juiz ao decidir sobre determinada demanda não encare os chefes dos outros poderes como inimigos a serem punidos diariamente por suas omissões, sendo essa a medida que se espera para a manutenção dos direitos fundamentais dos cidadãos bem como o equilíbrio dos poderes da república. (FREITAS,2021).

Para que sejam respeitados tanto os direitos fundamentais como o devido processo legal, faz-se necessário o equilíbrio entre os poderes, sendo que a tomada de decisões ativistas devem sempre serem pensadas, para que a manutenção do Estado de Direito e o consequente garantia dos direitos fundamentais sejam respeitadas.

## 6 Considerações finais

O respeito ao princípio da separação dos poderes é fonte basilar para a manutenção do Estado Democrático de Direito, a convivência harmônica entre esses poderes é garantia do bom andamento da vida em sociedade, e consequentemente essencial para a manutenção e exercício dos direitos fundamentais.

Cabe aos poderes da república trabalharem em conjunto para que a garantia e exercício dos direitos fundamentais seja concedida a todos os cidadãos, a função precípua do Poder Legislativo é a criação de normas que abarquem em sua quase totalidade as necessidades dos cidadãos, como também regular os direitos abstratos constantes na Constituição da República, ao Poder Executivo cabe a efetivação dos direitos fundamentais

através das políticas públicas, ficando a cargo do Poder Judiciário a interpretação das leis e também a guarda da Constituição da República.

Ocorre que por diversas vezes, geralmente por questões políticas, os poderes Executivo e Legislativo não cumprem com seus deveres perante aos cidadãos e estes recorrem ao Poder Judiciário, através do processo judicial, para que tenham seus direitos Constitucionalmente garantidos assegurados.

Por muitas das vezes por falta de regulamentação ou até mesmo por querer externar uma solução favorável ao jurisdicionado, o Poder Judiciário faz uma interpretação extensiva das leis e da própria Constituição, o que gera o fenômeno denominado Ativismo Judicial, criticado por muitos, mas que por muita das vezes garante direitos básicos aos cidadãos, que estavam sendo suprimidos pela inércia dos demais poderes.

Mas até mesmo decisões ativistas devem estar em consonância com o devido processo legal, tendo o magistrado que respeitar os limites legais para entabular uma decisão, todas as decisões devem considerar as consequências práticas que ela acarretará no mundo jurídico, e consequentemente na vida dos cidadãos.

O processo é o mecanismo que o cidadão possui para que seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos sejam externados, e para que isso ocorra é necessário que o procedimento siga as regras do devido processo legal, deste modo cabe aos julgadores e a todos os participantes da relação processual cautela, pois ao tomar uma decisão ou a pleitear uma decisão ativista é necessário se antever as consequências da mesma.

A democracia e o respeito a constituição devem sempre ser os princípios norteadores das decisões judiciais, o processo precisa ser democrático, estabelecido de maneira a haver diálogo, de forma a trazer possibilidade de participação dos envolvidos na formação das decisões, o juiz precisa agir de forma plural, com o objetivo maior de buscar a pacificação social e a solução dos conflitos, ao seguir essas regras com certeza se terá decisões mais justas e acertadas.

Portanto, o ativismo pode ocorrer desde que observado o devido processo legal, com decisões bem refletidas fundamentadas e que tenham condições de serem cumpridas, pois de nada adianta uma decisão judicial que não por ser exigida.

## Referências

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial.** São Paulo: Quatier Latin, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 882 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2008. Disponível em: www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55/Jose_Baracho.pdf. Acesso em: 15 de Janeiro de 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf, Acesso em: 10 de Maio de 2022.

BRASIL. **Constituição** (1988). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 204 p.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 240 p.

DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Processo constitucional, devido processo legal e as funções do estado democrático**. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (Coords.). Direito processual. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2011, p.19-47.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed.

**revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional** n. 48, de 10.8.2005, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, principalmente, do direito positivo brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo Judicial: afinal do que se trata?,** disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata, acesso em 10 de maio de 2022.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Forense, 2011. XIII, 293 p.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de São Paulo: Saraiva, 2010. XXI, 447 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial parâmetros dogmáticos.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Líbero Cristiano L. da. **Princípio do contraditório na prisão preventiva no Estado Democrático de Direito**. 2008. 196 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SANTIAGO NETO, José de Assis**. Estado Democrático de Direito e Processo Penal acusatório: A participação dos sujeitos no centro do palco processual**. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa Pós Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NetoJAS_1.pdf . Acesso em: 03 de maio de 2022.

Capítulo 18

# PROTEÇÃO DE DADOS E DISCRIMINAÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO

*Fernanda Maria dos Reis*[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.275-288

## 1 Introdução

Somos testemunhas de uma profunda alteração do modo como nos relacionamos, comunicamos e trabalhamos. Estamos experimentando o que se convencionou chamar de quarta revolução industrial, marcada pelo emprego da tecnologia, com destaque para o uso da inteligência artificial, da internet das coisas, e da robótica, dentre várias outras novidades.

À essa profunda transformação, viabilizada por novas tecnologias associadas a uma disponibilidade nunca antes vista de dados, o principal insumo da chamada sociedade orientada a dados, não poderia passar imune o Direito do Trabalho.

Como não poderia deixar de ser, as relações de trabalho estão sendo impactadas em vários aspectos: a temida substituição da mão-de-obra humana pelas máquinas, o desaparecimento e o surgimento de novas profissões, o trabalho via plataformas, a substituição das decisões humanas por decisões automatizadas, consideradas mais eficientes e, a princípio, neutras, sem vieses.

Com essa nova realidade, tem-se uma intensificação do uso da tecnologia por parte dos empregadores, objetivando a seleção e a admissão, o controle e a fiscalização e, ainda, a dispensa de trabalhadores. Isso faz com que seja relevante o estudo da proteção de dados no âmbito das relações de trabalho, notadamente, nas relações de emprego.

A temática é extremamente pertinente e atual, haja vista que estamos

1 Mestranda em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Professora de Direito e Processo do Trabalho do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior. fmariareis@yahoo.com.br

sendo, cada vez mais, induzidos a disponibilizarmos nossos dados, que, ao serem tratados, geram informações que acabam sendo utilizadas contra nós mesmos, como por exemplo, nas contratações de seguros, quando das análises para concessão de crédito, contratação e dispensa de empregados. Em verdade, as oportunidades de vida estão sendo definidas a partir do tratamento de dados, motivo pelo qual cresce em importância o estudo da discriminação dentro desse contexto.

## 2 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

Em que pese, de longa data, diversos países já se ocupassem da proteção de dados pessoais, com destaque para a regulamentação da matéria no âmbito da União Europeia, o Brasil carecia, até 2018, de efetiva e específica disciplina da matéria.

Até então, a proteção de dados contava com a tutela da Constituição Federal que, em seu artigo 5º, X garante a inviolabilidade da privacidade e da intimidade, no seu inciso XII protege o sigilo da correspondência e dos dados, e, no inciso LXXII prevê o *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como para a retificação de dados pessoais.

Já na esfera infraconstitucional outros diplomas normativos, em alguma medida, também já tutelavam o tratamento de dados. Neste sentido, importante mencionar o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do *Habeas Data*, a Lei de Acesso à Informação, a Lei do Cadastro Positivo e a Lei 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet.

Entretanto, a tutela do tratamento de dados pessoais nesse cenário não se mostrava adequada, nem se alinhava às disposições legislativas presentes em outros países, deixando o Brasil em uma incômoda posição no cenário internacional, tendo questionada a confiabilidade do compartilhamento de dados no âmbito nacional, o que poderia, inclusive, criar entraves ao desenvolvimento econômico.

A mencionada inadequação era fruto do fato de que os referidos atos normativos não foram concebidos para a regularem questões que se colocam num cenário de produção e tratamento ininterruptos de dados, em proporções jamais vistas. Além do que, há indiscutível interesse em um equilíbrio na proteção de dados em escala mundial, inclusive, em razão do

fluxo transfronteiriço de dados pessoais.

Era preciso criar uma norma que disciplinasse padrões adequados de proteção aos dados pessoais. Assim, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei 13.709/2018, dispondo, nos termos do seu art. 1º, sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, objetivando a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Feitas tais considerações, e em conformidade com objetivo do presente estudo, é importante destacar dois aspectos da LGPD, a saber: seus princípios e as hipóteses de tratamento dos dados pessoais.

## 3 Os Princípios da LGPD

A lei 13.709/2018 aponta, além da boa-fé, um total de dez princípios que devem ser observados nas atividades de tratamento de dados pessoais.

De acordo com Larissa Matos:

> Os princípios são o âmago da LGPD, informando e orientando a aplicação e interpretação da própria lei, que é alicerce para boas práticas no tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais; e que tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, em consonância com o art. 1º da LGPD. (MATOS, 2020, p. 17-18).

Vejamos os princípios dispostos no art. 6º da LGPD e que servem de diretrizes gerais para sua correta aplicação e interpretação:

Princípio da boa-fé: também previsto no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Por previsão expressa no caput do art. 6º da lei 13.709/2018, deve nortear as atividades de tratamento de dados pessoais, gerando os deveres anexos de informação, cooperação e assistência.

Princípio da finalidade: o art. 6º, I da Lei 13.709/2018 impõe o tratamento de dados para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, impossibilitando o tratamento posterior em desacordo com tais finalidades. Assim, é preciso que seja devidamente explicitado o que será feito com os dados pessoais objeto de tratamento.

Em função desse princípio, de acordo com Antônio Henrique Albani Siqueira:

> Deverá o controlador buscar sempre descrever, da forma mais

> pormenorizada e detalhada possível, de maneira destacada das demais cláusulas contratuais: (a) o propósito/finalidade do tratamento; (b) os meios empregados para a realização do tratamento; (c) a extensão e duração do tratamento, estabelecendo um marco temporal para o seu encerramento e eliminação dos dados, (d) informações de contato do controlador, e (e) informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador. (SIQUEIRA, 2019, p. 31).

Princípio da adequação: previsto no art. 6º, II da LGPD, determina que deve haver compatibilidade do tratamento dos dados com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento. Dessa forma, deve haver coerência entre o tratamento dos dados e as finalidades.

Princípio da necessidade: contemplado no art. 6º, III, estabelece que o tratamento dos dados deve se dar na exata medida do necessário para a realização da sua finalidade, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.

De acordo com Iuri Pinheiro e Vólia Bomfim, os princípios da finalidade, adequação e necessidade,

> [...] formam um tripé do núcleo duro de legitimação do tratamento de dados, eis que sempre será preciso ponderar criteriosamente se a operação realizada está se restringindo à finalidade específica que justifica o seu uso; se é adequada ao fim pretendido e se está sendo realizada sem excessos, limitando-se apenas ao necessário. (PINHEIRO, BOMFIM, 2020, p. 53).

Princípio do livre acesso: presente no art. 6º, IV, garante, aos titulares dos dados, a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais.

Relacionadas a tal princípio, as disposições dos arts. 9º e 18, da LGPD. Vejamos:

> Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:
>
> I - finalidade específica do tratamento;
>
> II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
>
> III - identificação do controlador;
>
> IV - informações de contato do controlador;

> V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;
>
> VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e
>
> VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

Já nos termos do artigo 18:

> Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:
>
> I - confirmação da existência de tratamento;
>
> II - acesso aos dados;
>
> III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
>
> IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;
>
> V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;
>
> VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;
>
> VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;
>
> VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;
>
> IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

Princípio da qualidade dos dados: nos termos art. 6º, V da LGPD é a "garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;".

Princípio da transparência: previsto no art.6º, VI da lei, consiste na "garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;".

A respeito, o art. 10, §2º da LGPD prevê que cabe ao controlador a adoção de medidas objetivando garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

Medidas em conformidade ao princípio da transparência são

observadas ainda nos arts. 20, §1º, 41 *caput* e §1º, e no art. 48, todos da Lei 13.709/2018.

Princípio da segurança: nos termos do art. 6º, VII, trata-se da "utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;".

Impõe-se assim, aos agentes de tratamento, a adoção de medidas razoáveis que estejam ao seu alcance de modo a evitar o vazamento de dados e o seu acesso não autorizado.

Princípio da prevenção: previsto no art. 6º, VIII da lei, diz respeito a "adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;". Assim, cabe aos agentes de tratamento de dados a adoção de medidas voltadas a prevenir a ocorrência de prejuízos.

Princípio da não discriminação: o art. 6º, IX dispõe sobre a "impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;".

Nesse sentido, a lei proíbe em seu art. 21, que os dados pessoais que digam respeito ao exercício regular de direito por parte do titular sejam utilizados em seu prejuízo. Além disso, tutela de maneira mais enfática uma categoria especial, os dados pessoais sensíveis, regulados de forma mais restrita, tendo em vista o seu elevado potencial de viabilizar práticas discriminatórias.

Aqui importa mencionar que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.", conforme prevê o art. 3º, IV da Constituição Federal.

Além da previsão constitucional, cabe destacar que Brasil ratificou a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão. De acordo com referida convenção, o termo "discriminação" é tido como:

> a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
>
> b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de

> empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

Tem-se ainda, a lei 9.029/95, que determina em seu art. 1º: "É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal."

Por fim, o princípio da responsabilização e prestação de contas: previsto no art. 6º, X da LGPD que determina a "demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas." Tal princípio pode levar à responsabilização do controlador ou do operador dos dados.

Analisados os princípios, importa agora, tratar das hipóteses de tratamento dos dados pessoais.

## 4 As hipóteses de tratamento de dados pessoais

A LGPD enumera em seu artigo 7º as hipóteses em que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado, sendo que as hipóteses de tratamento dos dados pessoais sensíveis estão dispostas no art. 11 do referido texto legal, com a previsão de diretrizes mais rígidas.

As hipóteses previstas no artigo 7º, são as seguintes:

Consentimento do titular (art. 7º, I): assim é preciso que ocorra a anuência do titular para que os dados sejam tratados.

Importante observar que o consentimento deve ser livre específico e informado, e que, nos termos do art. 7º, §4º, ele deixa de ser exigido em se tratando de "dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos" na LGPD.

Cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (art. 7º, II): situação em que o tratamento dos dados visa atender o interesse público.

Pela administração pública, "para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres" (art. 7º, III), hipótese em que devem ser observadas as

disposições do Capítulo IV da Lei, concernente ao Tratamento de Dados Pessoais Pelo Poder Público.

Para a "realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais" (art. 7º, IV);

Quando "necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados" (art. 7º, V):

Para o "exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307", (art. 7º VI): nota-se aqui uma garantia ao direito das partes de produzir provas em processo judicial, mesmo que se relacionem a dados pessoais.

Para a "proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro" (art. 7º, VII).

Para a "tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária" (art. 7º, VIII): previsão que visa resguardar o interesse coletivo.

Quando "necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais" (art. 7º, IX).

Para a "proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente" (art. 7º, X).

Já as bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis estão dispostas no art. 11 da LGPD, nos seguintes termos:

> Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
>
> I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;
>
> II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:
>
> a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
>
> b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
>
> c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
>
> d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo

> judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
>
> e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
>
> f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
>
> g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

A partir dessas hipóteses, o controlador, aquele a quem compete as decisões relacionadas ao tratamento dos dados pessoais, deve identificar criteriosamente as bases legais de tratamento, e optar por aquela que lhe traga mais segurança. O consentimento, por exemplo, é uma base de tratamento bastante questionada quando se trata do contrato de trabalho, dada a hipossuficiência do empregado.

Uma vez pontuadas as bases legais de tratamento, passa-se, a seguir ao estudo do tratamento de dados pessoais no âmbito do contrato de trabalho.

## 5 O Tratamento de Dados Pessoais e a Discriminação no Âmbito do Contrato de Trabalho

Quando se trata das relações de trabalho é inegável o intenso fluxo de dados, que já são coletados antes mesmo da celebração do contrato, na chamada fase pré-contratual, que envolve os processos seletivos e procedimentos admissionais. Durante a fase contratual, quando se verifica a prestação de serviços o tratamento de dados pelo empregador se intensifica, inclusive, com utilização de programas de gestão como o e-social. Além disso, o tratamento de dados se verifica ainda, na fase pós-contratual.

Muito embora a LGPD não faça menção expressa às relações de trabalho, não se questiona a sua aplicação a esse ramo do Direito. Assim, todos os princípios acima estudados devem nortear as relações empregado – empregador. Nesse sentido, a lição de Larissa Matos:

> No campo trabalhista, é possível afirmar que todos os princípios são aplicáveis, pois se trata de relação contratual balizada pela boa fé. Dessa forma, fica impedido o empregador de coletar dados do empregado, em quaisquer das fases do contrato (pré-contratual, contratual e pós-

> contratual), que não tenha propósitos legítimos e que não observem os princípios que norteiam o Direito do Trabalho.
>
> Além disso, deve o empregador sempre informar ao empregado o intuito, o destino e o tempo de armazenamento da coleta, bem como agir sem discriminação, com responsabilidade e de forma menos invasiva para a consecução dos seus objetivos. (MATOS, 2020, p.18).

Dentro desse contexto, importa mencionar o princípio da não discriminação, previsto no art. 6º, IX da Lei 13.709/2018. Como mencionado, a adoção de práticas discriminatórias já contava com vedação em nosso ordenamento jurídico desde o texto constitucional, passando, na esfera trabalhista, pela Convenção 111 da OIT ratificada pelo Brasil, Lei 9.029/1995 e súmula 443 do TST, que entende discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que gere estigma ou preconceito.

A previsão expressa do princípio da não discriminação, quando da regulamentação do tratamento de dados pessoais é de extrema relevância, haja vista que através do cruzamento desses dados com o auxílio de recursos de inteligência artificial, em especial, dos algoritmos, é possível a criação de perfis que serão utilizados nas mais diversas situações, inclusive, para fins de admissão, promoção e dispensa de empregados.

Assim, é preciso considerar que os recursos tecnológicos hoje empregados nas mais diversas situações, são capazes de capturar dados de toda ordem, inclusive, aqueles com elevado potencial discriminatório, os dados pessoais sensíveis. Nos termos do art. 5º, II da LGPD, mas não apenas: dados pessoais "sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural".

Conforme Manuel Martin Pino Estrada:

> [...] f) usando dados sensíveis é possível saber se uma pessoa poderá ficar doente, consequentemente, um empregador poderá usar isso para contratá-la ou não, afinal, esse poderá conhecer a sua frequência cardíaca, pressão sanguínea, respiração e até o tipo genético dela, sabendo, assim, se terá condições de trabalhar em um ambiente estressante ou onde seja usada muita força física, por exemplo. [...] (ESTRADA, 2022, p. 131).

Diante desse cenário, de intenso tratamento de dados pessoais e de crescente emprego da inteligência artificial, os algoritmos ganham papel de destaque na detecção de padrões e predição de resultados futuros. No universo do trabalho os algoritmos estão sendo utilizados para a

contratação, vigilância, promoção e até mesmo dispensa de empregados.

Aparentemente as decisões tomadas pelos algoritmos são imparciais, destituídas de vieses e mais eficientes que as decisões humanas. Entretanto, é fato que não se trata de uma verdade absoluta. Muito pelo contrário! A imparcialidade dos algoritmos não é uma realidade. Tanto que, muito se discute sobre a chamada discriminação algorítmica.

A discriminação levada a efeito pelos algoritmos, pode ser consequência da qualidade dos dados fornecidos, que serão classificados e interpretados pelo algoritmo, para ao final tomar decisões, ou mesmo da própria visão de mundo do programador.

A discriminação no tratamento automatizado de dados já foi amplamente demonstrada por meio de casos reais. A Amazon, por exemplo, em 2015, abandonou o uso de um algoritmo para recrutamento de empregados ao identificar que a ferramenta apresentava um viés sexista, uma vez que vinha preterindo mulheres que se candidatavam a uma vaga, incorrendo em discriminação de gênero. Há situações reais que retratam também a discriminação algorítmica fundada na origem racial, dentre outras.

Nesses casos, além do princípio da não discriminação, outros princípios previstos na LGPD podem ser invocados, dentre eles, os princípios da finalidade, da adequação, da transparência, necessidade e da prevenção.

Por exemplo, na fase pré-contratual, cabe ao empregador agir com máxima cautela, solicitando aos candidatos apenas os dados estritamente necessários ao anunciar uma vaga de emprego. A título de ilustração vale mencionar que os antecedentes criminais do empregado somente podem ser averiguados em hipóteses bastante restritas firmadas na jurisprudência do TST.

Já o princípio da transparência se faz presente quando se consagra, no art. 20 da LGPD, o direito do titular dos dados de solicitar a revisão das decisões automatizadas, com o dever do controlador de prestar "informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial".

Assim como os princípios, de igual modo, as bases legais ou hipóteses de tratamento devem ser observadas pelo empregador, o que traz maior segurança, inclusive, aos titulares dos dados pessoais.

Com relação ao consentimento, importante a lição do saudoso

professor Danilo Doneda:

> [...] Para tal fim, dois aspectos em especial do consentimento devem ser destacados. O primeiro é que esse se apresenta como um elemento acessório, sempre ligado a uma determinada situação que o fundamenta – que pode ser a realização de um contrato, a inscrição em um concurso ou tantas outras situações.
>
> O confronto com situações reais revela que, em tais situações, a alternativa a não revelação dos dados pessoais pelo seu titular costuma ser uma – por vezes, brutal – renúncia a determinados bens ou serviços. A disparidade de meios e de poder entre a pessoa de quem é demandado o consentimento para utilização dos dados pessoais em contemplação da realização de um contrato e aquele que os pede faz com que a verdadeira opção que lhe reste seja, tantas vezes, a de "tudo ou nada", pegar ou largar". (DONEDA, 2019, p. 298-299).

Em se tratando do contrato de trabalho a realidade narrada pelo ilustre doutrinador se coloca, haja vista a hipossuficiência do trabalhador.

Assim, as hipóteses de tratamento mais frequentes e mais seguras, acabam sendo: o cumprimento de obrigação legal ou regulatória; b) execução de contrato ou de procedimentos preliminares a ele relacionados; c) exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.

Como se nota, o risco de cometimento de práticas discriminatórias a partir do tratamento de dados, em especial dos dados sensíveis, é bastante elevado, o que requer a conscientização e enseja muita atenção por parte das empresas empregadoras, sob pena de gerar a sua condenação em dissídios individuais e coletivos, e a imposição de sanções pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a ANPD. Entretanto, não se pode deixar de pontuar a discussão em torno da responsabilidade civil, quando se trata do uso da inteligência artificial.

## 6 Considerações finais

Em face do exposto, percebeu-se que a proteção da dados pessoais no Brasil, somente mais recentemente recebeu tutela específica, muito em razão da pressão experimentada no cenário internacional.

Verificou-se também, que, o tratamento dos dados pessoais deve ser dar em conformidade com os princípios dispostos na LGPD, e a partir das hipóteses de tratamento igualmente previstas na lei, dentre as quais, deve o controlador optar por aquela que lhe traga mais segurança. A observância dos princípios e das bases legais de tratamento contribuem

para a mitigação dos riscos, relacionados ao tratamento de dados, dentre eles, a discriminação.

É possível se afirmar ainda, que, nas relações de trabalho, o uso da inteligência artificial e dos algoritmos pode acentuar antigas mazelas, em especial, a discriminação, o fazendo sob uma aparente neutralidade, subtraindo de um imenso contingente oportunidades de vida, por exemplo, ao inviabilizar o acesso e permanência no trabalho, um direito social constitucionalmente assegurado, por razões de gênero e raça, dentre outras.

Observou-se ainda que o empregador, enquanto controlador dos danos, pode ser demando e responsabilizado em processo judicial, além de receber sanções da ANPD.

## Referências

AMAZON desiste de ferramenta secreta de recrutamento que mostrou viés contra mulheres. **Época Negócios.** 10 out 2018. Empresa. Disponível em https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/10/amazon-desiste-de-ferramenta-secreta-de-recrutamento-que-mostrou-vies-contra-mulheres.html. Acesso em 20 jan. 2023.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. **Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais:** elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. A discriminação de trabalhadores pelos algoritmos. In VIDIGAL, Viviane. KROST, Oscar; ESTRADA,

Manuel Martín Pino. (Orgs.). **Direito tecnologia e trabalho.** Leme – São Paulo: Mizuno 2022.

MATOS, Larissa. Princípio da lei geral de proteção de dados. In: MIZIARA, Raphael. PESSOA, André. MOLLICONE, Bianca Medalha. (Coord.). **Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho**. 1. ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. A lei geral de proteção de dados e seus impactos nas relações de trabalho. In: MIZIARA, Raphael. PESSOA, André. MOLLICONE, Bianca Medalha. (Coord.). **Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho**. 1. ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. tradução Daniel Moreira Miranda. 1ª edição. São Paulo: Edipro, 2016.

SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. In: Siqueira, Antônio Henrique Albani. FEIGELSON, Bruno. **Comentários à lei geral de proteção de dados:** Lei 13.709/2018. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

Capítulo 19

# ANÁLISE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO EM FACE A OBRA URSO BRANCO

*Jéssica Rodrigues Godinho*[1]
*Carolina Aquino de Sousa Nunes*[2]
*Jéssica Helena Portelote Machado*[3]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.289-301

## 1 Introdução

Segundo a teoria desenvolvida pelo filósofo alemão, Friedrich Nietzsche, o esquecimento é um instrumento transformador da realidade humana, vez que desvincula o ser de forças reativas. Assim, a memória, oriunda da dor, constitui um elemento fundamental do processo civilizatório, entretanto, urge ser aliada ao esquecimento para a criação do futuro e de novas perspectivas (TAVARES, 2021, p. 13).

À vista disso, percebe-se a importância da temática do esquecimento perante a sociedade, que adquire contornos mais complexos na dita era da informação, oriunda dos intensos avanços tecnológicos, em especial, a ampla escala de utilização da *internet*. Assim, em razão de sua capacidade de fornecer uma gama expressiva de dados, sem uma determinação precisa quanto a sua duração e disponibilidade na rede, é possível reviver fatos passados de forma facilitada.

Ao passo que a manifestação sobre ocorrências pretéritas demonstra-se legítima, é imperioso refletir sobre as consequências para as partes envolvidas, que possui o condão de violar direitos e garantias fundamentais, transpassando desde a condenação no âmbito penal até a

1 Mestre em Direito Privado pela PUC Minas (Bolsista FAPEMIG). Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Graduada em Direito PUC Minas. Advogada. Professora Universitária. Coordenadora dos cursos de Direito na Anhanguera unidades Barreiro e Contagem. E-mail: jessica.godinho@yahoo.com.br

2 Graduanda em Direito pela PUC Minas. Estagiária de graduação no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. E-mail: carol.aquino724@gmail.com

3 Graduanda em Direito pela PUC Minas. Estagiária de graduação da Justiça Federal da 6ª Região. E-mail: jessicaportelote@outlook.com.br

capacidade de autodeterminação dos indivíduos.

Dessa forma, por meio da análise do episódio Urso Branco, da série *Black Mirror*, o presente estudo propõe se debruçar acerca do direito ao esquecimento, valendo-se da narrativa da obra, em que a personagem principal revive, de forma indiscriminada, um evento que faz menção a um fato delituoso praticado, constituindo sua condenação, que ultrapassa os limites da razoabilidade e função social da pena. A referida modalidade punitiva remonta aos institutos da época da Idade Média, em que havia a espetacularização da pena, representando um retrocesso no decorrer da história.

Ademais, será analisada a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, proveniente do recente julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606, em que se discutiu a aplicabilidade do direito ao esquecimento no caso de Aída Curi, oportunidade em que a repercussão geral foi reconhecida ante a relevância do tema, concluindo pela incompatibilidade do instituto jurídico em apreço com o texto constitucional. Nesse sentido, é apresentado um exame do entendimento da Suprema Corte ante os direitos fundamentais tutelados, relacionando com a obra Urso Branco para fins de exemplificação e comparação do exposto.

Assim, a partir de uma vasta pesquisa bibliográfica, é proposta reflexão sobre o direito ao esquecimento, que possui propriedades complexas, não objetivando a censura de fatos públicos, mas sim a proteção dos direitos de personalidade das partes envolvidas, em especial a vida privada, intimidade, honra e dignidade da pessoa humana, de acordo com as possibilidades do caso particular.

## 2 Análise do episódio urso branco da série *black mirror*

Criada em 2011, por Charlie Brooker, Black Mirror é uma série veiculada na plataforma de *streaming Netflix* que tem como tema central a ficção científica. Os episódios veiculados demonstram diferentes aspectos da inovação tecnológica e como eles podem afetar a vida humana. É interessante notar que o próprio nome do seriado (“espelho preto”, em tradução livre), já faz alusão ao impacto da tecnologia na vida cotidiana, mais especificamente dos celulares, aqui utilizados como espelhos percebidos de maneira dura e fria, conforme o próprio criador sugere.

É nesse contexto que a obra “Urso Branco” (segundo episódio da segunda temporada) se desenvolve. O capítulo mostra um dia da vida da

personagem principal Victoria Skillane, que se apresenta de forma errática, sem saber quem é ou o que ocorre à sua volta. A história é centrada em Victoria, que passa por diversas situações de perseguição sem entender os motivos para tanto, acompanhada de outros personagens que apenas filmam os acontecimentos, se portando de maneira passiva a tudo que ocorre naquele ambiente, mas com curiosidade de registrar os momentos pelos seus celulares, sem perder nenhum *frame*.

Ao longo da trama são apresentados somente flashes da memória da Victoria, que permanece uma agente ausente de contexto e história durante parte considerável das cenas. O clímax acontece (alerta de *spoiler*) quando é revelado que Victoria é uma "criminosa", que, com a ajuda do seu namorado Iain (que acabou por se suicidar ainda na prisão), raptou a criança Jemima, que foi morta por seu companheiro em uma floresta, enquanto Victoria somente filmou o ato.

É interessante pontuar a necessidade de se referir à Victoria como uma criminosa entre aspas, pois é revelado que a pena a ser enfrentada por ela é reviver esse momento por tempo indeterminado, apagando sua memória ao fim de cada dia. Toda história é rica em simbolismos relacionados ao crime cometido, como forma de alimentar a sede de punição da sociedade. Os símbolos que Victoria vê nas televisões da sua casa são uma tatuagem do seu namorado, o fato de que ninguém a ajudava e somente filmavam a perseguição, refere-se às ações da própria Victoria e, por fim, o urso branco, que batiza o episódio e consiste na única pista que a polícia possuía do desaparecimento da Jemima, que levava consigo uma pelúcia no momento do rapto.

Em síntese, a história apresenta o fim de uma pessoa que cometeu um crime e é - literalmente - relembrada dos seus atos diariamente, de forma pública, além de receber punições também diárias, muito embora sequer recorde ou entenda porquê está sendo penalizada.

O episódio abre espaço para diversas reflexões, como, por exemplo, a espetacularização da violência, o fim social da pena, a ressocialização do preso e o direito ao esquecimento, este último que será explanado ao longo do estudo.

## 3 Direito ao esquecimento: marco conceitual

Para iniciar a explanação do direito ao esquecimento, faz-se necessário delimitar o âmbito de conceituação utilizado para a elaboração

do presente trabalho.

A própria humanidade clama pela lembrança, queremos ser lembrados pelos nossos feitos. Porém, será que devemos registrar todos os acontecimentos de nossa vida? Será que queremos, daqui muitos anos, ainda sermos lembrados por algo do nosso passado? São esses os questionamentos que se fazem ao defender o direito ao esquecimento.

Com o aparecimento de novas tecnologias e os avanços da Internet, a informação circula cada vez mais rápida e as notícias veiculadas acabam ganhando perpetuidade.

> A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas tradicionais, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito. (SCHREIBER, 2013, p. 466).

Assim, o direito ao esquecimento, no âmbito jurídico, aparece como uma ferramenta de defesa daqueles que querem ser esquecidos ou desvinculados de fato pretérito, que não mais refletem sua personalidade atual ou ainda que traz lembranças de ocasião trágica.

Trata-se de mecanismo de proteção aos direitos da personalidade, aqui incluída a privacidade e a intimidade, e em um âmbito *lato,* a própria dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Renata Lourenço Pereira Abrão (2020, p. 21):

> Trata-se de direito que tem por objetivo possibilitar que indivíduos cujo passado venha a causar vergonha, tristeza, ou discriminações, possam recomeçar, se reinventar, voltar à vida normal, sem suportar eternamente estigmas ou acontecimentos do passado que venham a ofender seus direitos da personalidade.

Importa dizer ainda que o direito ao esquecimento possuem gerações, tendo se modificado com o decorrer do tempo:

> Em extrema síntese, a primeira [geração] consiste no direito de não ver republicada uma notícia, já legitimamente publicada, quando transcorreu um período de tempo considerável e não haja um interesse público atual na republicação dessa notícia. A segunda, já pós Internet e delineada na decisão n. 5.525 de 2012 do Tribunal de Cassação italiano, é o direito de contextualizar a informação. A terceira, individualizada a partir do caso Google Spain e depois reafirmada no Regulamento Europeu 679/2016, é o direito de cancelar dados pessoais

> em determinadas circunstâncias. (DE CICCO, 2020, p. 03).

Percebe-se que a Internet, que pode ser chamada de memória digital, é mais abrangente que a memória social. E ela não esquece. Fala-se, então, de desinxação, pois a informação continuaria, em algum nível, disponível.

Desta feita, não se pode reescrever a história, "[...] mas há direito de evitar que tais fatos sejam reapresentados (muitas vezes, de maneira sensacionalista) fora do seu contexto originário (tempo e espaço) de modo a oferecer um retrato incompatível com a atual identidade da pessoa." (SCHREIBER, 2013, p. 468).

Todavia, os direitos protegidos pelo esquecimento se contrapõem aos direitos da liberdade de expressão, liberdade de imprensa e do livre acesso à informação. É nesse sentido a decisão recente do STF, estudada no tópico a seguir.

## 4 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao esquecimento

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ, por maioria dos votos, negou provimento ao recurso, fixando a seguinte tese:

> É incompatível com a Constituição Federal 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. RE 1.010.606. Rel. Min. Dias Toffoli. Publicado em 11/02/2021).

A motivação do julgamento pela Suprema Corte adveio do ajuizamento de uma Ação indenizatória pelos familiares de Aída Curi. Em síntese, o caso em tela se refere ao estupro tentado (à época denominado de curra) e homícidio de Aída Jacob Curi, ocorrido em 1958, praticado por três jovens que, após o assassinato, atiraram o corpo da vítima do alto de um edíficio em Copacabana - Rio de Janeiro. Dois dos acusados (Ronaldo Castro e Antônio Souza) foram absolvidos do crime de homicídio e condenados por atentado violento ao pudor e tentativa de estupro.

Antônio desapareceu e não cumpriu sua pena. Já o terceiro envolvido, Cássio Murilo, foi considerado culpado, mas, por ser menor ao tempo do crime, não cumpriu pena.

Após cerca de 50 anos do ocorrido, o programa "Linha Direta", exibido pela Rede Globo de Televisão, realizou uma simulação do crime, na qual foram divulgadas informações da vítima e do evento delituoso, bem como veiculação da imagem de Aída Curi e seus familiares.

Essa exibição provocou a irresignação dos irmãos da vítima, que não verificavam razão para que o crime fosse revivido, provocando a repetição de uma dor que havia sido amenizada pelo decurso do tempo, e, assim, acionaram o Judiciário pleiteando indenização.

A Ação foi julgada improcedente na instância originária. Em grau recursal, a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) negou provimento ao recurso, por maioria dos votos. Foram opostos dois Embargos de Declaração pelos autores, sem haver o acolhimento da pretensão. Os vencidos interpuseram Recurso Especial e Extraordinário, os quais tiveram o provimento negado em sede de juízo de admissibilidade.

Com fulcro no art. 1.042 do Código de Processo Civil, houve a interposição de agravo, objetivando o destrancamento dos recursos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento ao agravo e negou provimento do Recurso Especial. Por consectário, os autos foram remetidos à Suprema Corte, em virtude da alegação de violação dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, inciso III, art. 5º, caput e incisos III e X e art. 220, §1º, oportunidade em que foi reconhecida a Repercussão Geral (Tema nº 786), bem como o provimento do agravo para a admissibilidade do Recurso Extraordinário.

Quanto às fundamentações utilizadas por cada ministro, tem-se que o relator, ministro Dias Toffoli, votou pelo não provimento do recurso e pelo indeferimento do pedido de reparação de danos ora formulado, argumentando, em suma, que não se verifica o direito ao esquecimento como um direito constitucionalmente previsto e que a veiculação televisiva da simulação do crime, por si só, não representa abuso à memória da Aída, vez que os fatos relembrados já eram de conhecimento público e verídicos. Ademais, o ministro pontuou que eventual lucro auferido pela recorrida advém da própria atividade comercial da empresa e não pode ser entendida, unicamente, como violadora de direitos da personalidade.

Acompanharam o voto do relator, em seus termos supracitados,

os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e o então presidente da Corte, o ministro Luiz Fux. Este último divergiu em parte do voto do relator, sustentando que o direito ao esquecimento pode ser aplicável a determinados casos, contudo, é incabível em episódios de grande repercussão, como era a questão ora julgada. O ministro Roberto Barroso afirmou suspeição.

Por sua vez, o ministro Nunes Marques votou pela procedência parcial do recurso para reconhecer o direito à indenização por dano moral aos autores, ressalvando que não há menção expressa na Carta Magna de um "direito ao esquecimento". O voto se fundamentou na desnecessária exposição da vítima e na ausência de importância histórica suficiente do caso, caracterizando a sua reconstituição como "midiatização reiterada", o que viola o direito fundamental à imagem e à privacidade, ensejando, assim, a indenização.

Noutro giro, o ministro Edson Fachin votou pela procedência parcial da ação para reconhecer a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio e negar, no caso em análise, a pretensão dos recorrentes.

O voto vogal do ministro Gilmar Mendes se deu em prol do provimento parcial do recurso, entendendo ser cabível a indenização moral pela exposição dos dados pessoais dos envolvidos nos fatos, ainda que estes tenham ocorrido há décadas atrás ou possuam relevante valor social e histórico, com fundamento no direito à intimidade, vida privada e proteção ao nome e imagem.

Por seu turno, o ministro Marco Aurélio desproveu o recurso, ao argumento de que as decisões proferidas pelo juízo *a quo* e o órgão revisor não merecem censura, visto que não houve ato ilícito e o recurso extraordinário interposto é incapaz de rever os fatos ora julgados.

Diante de tudo que foi exposto, foi fixada a tese supracitada, que estabeleceu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Lei Fundamental e eventuais excessos do exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados de forma particular.

## 5 Articulações entre o direito ao esquecimento e a obra urso branco

De acordo com a teoria desenvolvida pelo sociólogo Zygmunt Bauman, o mundo pós-moderno encontra-se diante da liquidez da

sociedade e das relações. A referida volatilidade, como não poderia deixar de ser, altera a percepção da sociedade em face a determinados valores. A exemplo, a vida particular torna-se fluida, ao passo que a liberdade de expressão tende a possuir aspectos mais rígidos (COELHO, 2020, p. 13).

Nesse cenário, é imprescindível salientar que a tecnologia assume um papel preponderante, visto sua capacidade de promover acesso à informação de maneira rápida e facilitada, bem como sua inserção nos mais diversos âmbitos da vida comum, o que promove mudanças constantes na sociedade. Como efeito, observa-se o fenômeno da vigilância líquida, em que os mecanismos de vigilância se ampliam silenciosamente, sendo, por vezes, imperceptíveis ou tidos como algo comum.

Quanto à temática, tem-se destaque a superexposição, principalmente nas redes sociais, o que contribui para o estremecimento da vida privada no mundo hodierno por meio do excesso da contemplação individual. Conforme expresso por Bauman (2014, p. 04), a vigilância líquida abrange "[...] inventos contemporâneos de um olhar globalizado que não deixa lugar para ocultação".

Partindo do exposto, verifica-se que na obra Urso Branco, a personagem Victoria é submetida a uma espécie de repetição do delito cometido, sem possuir ciência quanto a sua condição. Tal situação representa uma nítida violação aos seus direitos da personalidade, o que fomenta o debate acerca do direito ao esquecimento, haja vista que a punição empregada à personagem transgride direitos constitucionalmente previstos, tais como privacidade, intimidade e honra, além de descumprir com a função social da pena.

À baila do Direito brasileiro, a maneira como Victoria foi penalizada pelo delito cometido representa espécie de tortura, conforme tipificado pela Lei nº 9.455/97, *in verbis:* "Art. 1º: Constitui crime de tortura: II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo" (BRASIL, 1997).

Dessa forma, verifica-se a ausência de qualquer razoabilidade no modo em que Victoria é submetida à pena na trama, remontando a formas punitivas arcaicas, baseadas na vingança dos particulares ou oriundas da comoção social, visando promover grande sofrimento físico e mental, incidindo nas hipóteses de tortura, prática totalmente vedada pelo ordenamento jurídico vigente, eis que a pena deve ser imposta de modo

proporcional a atividade do agente, objetivando impedir a prática de novos crimes, servindo de exemplo para os demais membros da sociedade, além de preocupar-se em promover a ressocialização do indivíduo.

Nesse sentido, mister salientar que a atividade punitiva é incumbida, exclusivamente, ao Estado, sendo guiado por princípios que devem resguardar a ordem pública e o equilíbrio social. Assim, nota-se que a condenação do indivíduo pautada na vingança, a exemplo de como ocorreu no episódio Urso Branco, fomenta a espetacularização da pena, que hoje, pode ser agravada pelos canais midiáticos, proporcionando julgamentos maculados com clamor social.

Ademais, a forma de atuação da mídia, inclusive na esfera das redes sociais, estimula a discussão acerca do direito ao esquecimento, tendo em vista sua capacidade de reviver fatos pretéritos que nem sempre possuem a mesma pertinência e interesse público, entretanto, são veiculados ante a "ausência de repertório técnico-jurídico adequado para a profundidade demandada nas notícias [...]. Isso porque a mídia trabalha sob a égide da imediaticidade e da superficialidade" (SASHIONE, 2021).

Para além da obra Urso Branco, existem diversas situações reais que evidenciam a necessidade do direito ao esquecimento. À vista disso, tem-se o caso da Beth Thomas, que ficou popularmente conhecida por ser uma "criança psicopata", devido aos abusos praticados contra ela e seu irmão pelo pai biológico de ambos. A menina apresentava sinais de frieza e agressividade já com seis anos de idade e direcionava sua raiva para animais e seu irmão, o qual chegou a agredir. Beth passou por um intenso tratamento psicológico e se recuperou positivamente, hoje atuando como enfermeira, além de ter fundado uma companhia para auxiliar crianças que sofreram os mesmos traumas que ela.

Ocorre que sua história foi amplamente divulgada no documentário "A Ira de um Anjo", que veiculou suas falas violentas em sessões com seu terapeuta. Dessa forma, ainda que Beth tenha construído um futuro destoado das ações anteriormente desempenhadas, enquanto menor impúbere, absolutamente incapaz, essa encontra-se impossibilitada de ser desvinculada dos referidos acontecimentos, decorrentes de uma condição psíquica, que não mais refletem seu estado atual.

Percebe-se que tanto no caso de Beth, como de Victoria Skillane, há uma espécie de condenação perpétua em virtude do não esquecimento de fatos praticados. A esse respeito:

> "Lembrar" torna o homem civilizado e contido, "lembrar" faz com

> que o homem viva constantemente sobre o veredito de culpado. Para escapar dessa prisão, o homem precisa ser livre e reconhecer o esquecimento como afirmação da vida, o castigo e a culpa cegam tanto o opressor quanto a vítima. (TAVARES, 2021, p. 13).

Imprescindível salientar que não se objetiva a ocultação de fatos legítimos ou realização de qualquer forma de censura, conforme pontuado pelos ministros do STF, mas sim realizar uma ponderação de princípios, visto o conflito de direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de expressão e imprensa em face à vida privada, imagem e honra. É nesse sentido que pontua Carolina Castro Costa Viegas (2021, p. 242): "Ainda que haja uma subversão de valores, em que a exposição é vista positivamente, pois atribui certo valor àquele que se encontra anônimo, a possibilidade de regeneração – pela superação de erro do passado –, deve ser sempre oportunizada à pessoa humana.

Dessa forma, diante da complexidade da problemática, urge analisar as nuances de cada caso, de maneira particular, com o fito de avaliar a conveniência de abordar matérias passadas e sua relevância para a sociedade no momento atual, visando a preservação dos dados pessoais das partes envolvidas e seus direitos da personalidade. Deve-se respeitar os limites de eventual pena imposta, para não gerar uma dupla penalização, bem como a dor e os aspectos subjetivos dos indivíduos envolvidos, possibilitando a oportunização de um recomeço, de modo a refletir a maior expressão do Estado Democrático de Direito por meio da dignidade da pessoa humana.

## 6 Considerações finais

Diante de todo o explanado, o direito ao esquecimento pode ser invocado sob as perspectivas da possibilidade do autor ou vítima esquecerem o fato ou a possibilidade de ser esquecido por terceiros ou pela mídia, sendo este último a modalidade tratada na decisão do Supremo Tribunal Federal.

É interessante notar que, em que pese a decisão do STF não ter reconhecido a existência de um direito ao esquecimento, decorrente de sua alegada incompatibilidade com a Constituição Cidadã, a própria tese apresenta uma possível saída ao afirmar que deve-se avaliar de forma particular eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação.

Nesse sentido, pontua-se que o direito ao esquecimento é complexo e não se encontra de forma autônoma, mas sim, instrumental, como

ferramenta que viabiliza o exercício de outros direitos da personalidade, esses sim protegidos constitucionalmente, principalmente no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, o qual dispõe acerca da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem.

Deste modo, frisa-se que não se objetiva cancelar fatos ou apagar acontecimentos, conforme amplamente argumentado nos votos dos ministros, mas sim proteger os envolvidos e a sua história presente.

Para uma contextualização contemporânea sobre o direito em comento, o episódio Urso Branco foi trazido para demonstrar, de forma lúdica, os efeitos da perpetuação de fatos passados. De uma perspectiva diferente daquela abordada na decisão do Supremo, cujo recurso foi interposto pela família da vítima, Victoria Skillane representa a dor e sofrimento de ser para sempre lembrada por fato reprovável atrelado à sua imagem, visão esta que já foi inclusive alterada devido às constantes lavagens cerebrais que a personagem sofria, em uma espécie alterada de pena perpétua.

É claro que o episódio trazido à baila como exemplificativo do direito ao esquecimento é fictício, contudo, isso não significa que não seja uma situação possível de acontecer na vida real. Toma-se como exemplo o caso da Beth Thomas, que mantém-se vinculada, de modo contrário a sua vontade, a fatos pretéritos, decorrentes de sofrimentos psíquicos suportados em sua infância.

Assim, apesar de seu progresso na vida, Beth será sempre lembrada como a "criança psicopata", termo doloroso e - diga-se de passagem, questionável - com o qual ela terá que conviver ao longo da vida.

Não se tem notícia se Beth invocou o direito ao esquecimento para ter sua imagem desvinculada da história contada pela mídia, contudo, explicita-se que, trazer à tona o direito ao esquecimento não significa apagar o passado, somente se atentar quanto ao potencial dano que o reviver constante dos fatos pode representar para os envolvidos.

Posto isto, o exercício do direito em estudo não objetiva censurar fatos, mas proteger os implicados na trama, no que tange aos seus direitos da personalidade. Não é possível apagar os rastros da história, todavia, é possível recontar uma narrativa sem expor seus protagonistas (sem revelar, por exemplo, o nome real dos envolvidos ou fotos reais), se eximindo, assim, da violação de direitos constitucionalmente previstos.

Portanto, por se tratar de direito complexo e multifacetado, sobressai a necessidade da análise individual de cada situação, buscando

avaliar se recontar os fatos naquele momento específico é oportuno e interessa à sociedade como um todo, já que, em caso contrário, entende-se que os direitos da personalidade devem prevalecer.

## Referências

A IRA DE UM ANJO. **Abrace** - Programas Preventivos. 2017. 1 vídeo 27:28min. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=WV5iyq6MOw8&ab_channel=Abrace-ProgramasPreventivos. Acesso em: 19 dez. 2022.

ABRÃO, Renata Lourenço Pereira. **Direito ao Esquecimento - Privacidade, intimidade, vida privada X liberdade de imprensa, livre acesso à informação.** Belo Horizonte: Editora Expert, 2020. [livro eletrônico].

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância L**íquida. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014. [livro eletrônico]

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: >https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm> . Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **RE 1010606**. Relator(a): MIN DIAS TOFFOLI, 11/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021. Disponível em: >https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiroata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20 1010606&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 15 dez. 2022.

DE CICCO, Maria Cristina de. **O direito ao esquecimento existe**. Editorial à Civilistica.com. Rio de Janeiro: a.9, n. 1, 2020. Disponível em: >http://civilistica.com/o-direito-ao-esquecimento-existe/>. Acesso em: 19 dez. 2022.

**LINHA DIRETA - JUSTIÇA: AÍDA CURI**. Arquivo Linha Direta. 2020. 1 vídeo 36:32min. Disponível em: >https://www.youtube.com/watch?v=-0EaMgW9-no&ab_channel=ArquivoLinhaDireta>. Acesso em: 12 dez. 2022.

SASHIONE, Aline Farage. A espetacularização do processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: >https://www.conjur.com.br/2021-mai-24/aline-sahione-espetacularizacao-processo-penal#:~:text=A%20espetacularizacao%C3%A7%C3%A3o%20do%20processo%20penal&text=%C3%89%20evidente%20que%20o%20Direito,a%20realiza%C3%A7%C3%A3o%20de%20um%20crime:. Acesso em: 19 dez. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição.** Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

**STF CONCLUI QUE DIREITO AO ESQUECIMENTO É INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Supremo Tribunal Federal, 2021. Disponível em: >https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1>. Acesso em: 10 dez. 2022.

SZANIAWSKI, Elimar. **O Supremo Tribunal Federal e o julgamento do caso Aída Curi - Parte 1**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: >https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/direito-civil-atual-supremo-tribunal-federal-julgamento-aida-curi>. Acesso em: 10 dez. 2022.

TAVARES, Mariane. "White bear", de Black Mirror: memória, esquecimento e direito. **REVELL - Revista de Estudos Literários da UEMS**, [S. l.], v. 2, n. 29, p. 483–503, 2021. Disponível em: >https://periodicosonline.uems.br/index.php/REV/article/view/6515>. Acesso em: 17 dez. 2022.

URSO BRANCO (temporada 2, episódio 2). Black Mirror [Seriado]. Direção: Carl Tibbetts. Produção: Charlie Brooker, Annabel Jones, Emma Pike, Barney Reisz. Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Netflix, 2013. Disponível em plataforma de streaming (210 min.), son., color.

VIEGAS, Carolina Castro Costa. Direito ao esquecimento - uma análise da evolução jurisprudencial brasileira e sua adequação ao contexto atual de superexposição. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 30. ano 9. p 209-244, 2022. Disponível em: >http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1058>. Acesso em: 15 dez. 2022.

Capítulo 20

# ASPECTOS GERAIS DA ATA NOTARIAL E SEU VALOR LEGAL PROBATÓRIO

*Renata Lina Oliveira Pinto*[1]
*Flávia Maria Siqueira Camargos Gomide*[2]
*Isabella Oliveira Costa*[3]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.303-313

## 1 Introdução

Como é sabido a humanidade vem passando por intensas mudanças que afetam o cotidiano e a vida social das pessoas. Sendo certo que são significativas e rápidas principalmente na dinâmica social, o que na antiguidade teria credibilidade hoje já não tem mais e vice e versa. Assim, com as mudanças, desenvolvimento profissional financeiro e social, há também aumento nas lides processuais. O que se busca é uma solução para os conflitos gerados, havendo demandas judiciais que se fazem necessárias provas.

Utilizada nas mais diversas formas e adequações o meio de prova da ata notarial passou a ter um espaço relevante dentro do sistema probatório e principalmente sua valoração por aquele que irá julgar determinada demanda judicial, o juiz. Em processos como a usucapião extrajudicial, o qual é realizado em cartórios, tem-se como pré-requisito essencial o uso da ata notarial, de modo a certificar fatos em questão, por exemplo, tempo de posse. Além disso, ressalta-se aqui a existência de diferentes subespécies de atas notariais, tendo em comum a todas a fé pública e todas utilizadas como meio de prova para a formação do livre convencimento do juiz.

---

1 Advogada, pós-graduada em educação inclusiva, pós graduada em direito ambiental e urbanístico, Mestre em Educação com ênfase em formação de professores, membro da comissão de estudos jurídicos da Seccional OAB Minas Gerais, membro da diretoria da 2ªSubseção da OAB Conselheiro Lafaiete-MG.

2 Advogada, mestre em Educação com Especialidade em Direito Civil com Ênfase em Constitucional e Tributário, Professora e Coordenadora universitária, membro da Diretoria da Subseção de Conselheiro Lafaiete-MG.

3 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

Este artigo foi desenvolvido com o objetivo principal de apresentar de maneira breve, a ata notarial como meio de prova previsto no ordenamento jurídico pátrio, elucidando suas modalidades, formas e aplicabilidades. Nesse contexto, faz-se aqui a seguinte questão: É a ata notarial revestida de fé pública, meio de prova amplamente utilizado? Quanto a essa questão restou-se provar que com a evolução das relações interpessoais, criação de novos meios de comunicação, aumento significativo das demandas judiciais, houve a necessidade de criar maneiras de se fazer prova de fatos controvertidos objetos de lides, das mais variadas espécies do direito, e uma delas é a Ata Notarial, instrumento público lavrado pelo tabelião em cartório de notas e que traz consigo a característica da fé pública e consequentemente a veracidade dos fatos. A utilização da mesma, tanto no âmbito judicial como extrajudicial trata-se de uma estratégia de grande relevância para que os fatos ali descritos possam ser apresentados com presunção de veracidade e consequentemente impõe a parte adversária o ônus de provar o contrário.

## 2 Conceito de Ata Notarial

A ata é encontrada em duas vertentes distintas, tanto na modalidade privada, prestada a registrar fatos particulares, como por exemplo, atas lavradas em reuniões de condomínio, e a modalidade pública que englobam as administrativas, sendo atos praticados por órgãos da administração pública, como a ata judicial, sendo aquela que reduz a termo todos os fatos, dizeres e acordos proferidos em uma demanda judicial e a ata notarial no que *lato sensu* é a modalidade lavrada em tabelionatos de notas por notário, seu substituto ou escrevente, que é a ata objeto deste trabalho.

A ata notarial é instrumento revestido de fé pública, competência exclusiva das serventias extrajudiciais notariais esta é traduzida pelo artigo 7° da Lei n° 8.935/1994 (BRASIL, 1994) em:

> Art. 7° Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:
>
> I - lavrar escrituras e procurações, públicas;
>
> II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;
>
> III - lavrar atas notariais;
>
> IV - reconhecer firmas;
>
> V - autenticar cópias
>
> Parágrafo único. É facultado aos tabeliães de notas realizar todas as

> gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato.

Além das delegações descritas no artigo supracitado, a competência das serventias extrajudiciais notariais é subdividida em duas importantes modalidades de instrumentos públicos, que são as atas notariais e as escrituras públicas.

No que diz respeito a ata notarial, Marcelo Rodrigues (2019, p.307) definiu como "[...] dotada de fé pública e força pré-constituída, é o instrumento através do qual o tabelião, seu substituto ou escrevente, a pedido da pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar sua existência ou seu estado (art. 7º, III, LC)".

Já a escritura pública, possui o caráter de originar e dar forma aos negócios jurídicos, sendo um instrumento constitutivo de direito, o que difere das atas notariais que possuem a finalidade de apenas constatar fatos.

### *2.1 Objeto da Ata Notarial*

O objetivo da Ata Notarial é certificar o estado do bem ou de uma determinada situação, na forma e maneira como ela se encontra, não podendo o notário, criar juízo valorativo sobre ou expor qualquer opinião sobre o fato, mas apenas consiste na lavratura de instrumento público, que concederá ao fato ou situação a capacidade de ser documentada, demonstrando desta maneira um excelente meio de prova, por ser produzida por um agente público e assim, pela fé pública deste, transmitir a veracidade de todos os fatos narrados na ata. Como menciona Marcelo Rodrigues por vezes no Código de Normas dos serviços notariais e de Registros do Estado de Minas Gerais (2019).

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 943) e o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), onde tem-se em seu art. 384:

> Art. 384. A existência e o modo de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.
>
> Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

De acordo com o artigo acima mencionado, o tabelião deve lavrar a ata somente mediante requerimento da parte interessada e nunca o exercer de ofício, estando em consonância e caracterizado pelo princípio

da instância, que vige no sistema de registros públicos. Princípio este conhecido também doutrinariamente como princípio da rogação, versa que, em regra todo procedimento realizado por registros públicos somente se inicia mediante pedido e requerimento da parte interessada que procura a serventia para tal.

### *2.2 Estrutura e Requisitos da Ata Notarial*

Todo instrumento público lavrado em tabelionatos possuem no que diz respeito à sua elaboração, a forma e os requisitos a serem preenchidos, para assim, além de garantirem forma padrão a estas, possam conferir legalidade ao documento, tendo em vista que não há legislação federal capaz de pré-definir de forma específica quanto aos elementos que devem ser inseridos no momento da elaboração da ata notarial.

Nestes termos, a legislação específica utilizada nas serventias de Minas Gerais para a elaboração padronizada deste instrumento público, tem-se então no Código de Normas dos serviços notariais e de registros do Estado de Minas Gerais em seu artigo 235 (Provimento CGJ 260/2013) (BRASIL, 2019) todos os requisitos a serem preenchidos pelas serventias no momento da elaboração da Ata Notarial seja ela em qualquer de suas subespécies.

Em contrapartida elaborando um comparativo entre o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado do Rio Grande do Sul instruída pelo provimento n° 32/06-CGJ e atualiza até o Provimento n° 016/2019-CGJ (Junho/2019) considera como requisitos a serem preenchidos:

> Art. 628 – Ata Notarial é a narração objetiva de uma ocorrência ou fato, presenciado ou constatado pelo Tabelião
>
> CPC, art. 364
>
> Art. 629 – A Ata Notarial conterá:
>
> a) local, data de sua lavratura e hora;
>
> b) nome e qualificação do solicitante;
>
> c) narração circunstanciada dos fatos;
>
> d) declaração de haver sido lida ao solicitante, e, sendo o caso, das testemunhas;
>
> e) assinatura do solicitante, ou de alguém a seu rogo, e, sendo o caso,

> das testemunhas;
>
> f) assinatura e sinal público do Tabelião.
>
> Provimento nº 02/03CGJ
>
> § 1º- Quando se referir a documentos, o seu teor será transcrito integralmente na ata; a transcrição do documento poderá ser substituída pela inserção de sua imagem diretamente no livro mediante cópia reprográfica ou gravação eletrônica.
>
> § 2º- Nas atas notariais poderão ser anexados documentos, inclusive eletrônicos, e serão arquivados em pastas próprias, numerados sequencialmente.
>
> CPC, art. 364; Lei Estadual nº 8.935/94, art. 7º, III.

Além das configurações estruturais, é requisito primordial que a ata notarial seja confeccionada por meio da língua pátria, admitindo pontualmente dizeres estrangeiros, como se tem exemplos de atas notariais confeccionadas por constatação de meio eletrônicos, sendo o requerente, alguma testemunha ou parte envolvida estrangeira, o tabelião ou seus prepostos possuem legitimidade para proceder por intermédio de um tradutor, caso não se compreenda o idioma.

Humberto Theodoro Júnior descreve sobre a falsidade e presunção de veracidade acerca da Ata Notarial, em:

> A ata notarial, como visto, goza de presunção de veracidade. Entretanto, esta circunstância não impede que o seu conteúdo seja questionado pela parte contrária, que poderá, inclusive, comprovar a sua falsidade *ideológica* (formar documento não verdadeiro – NCPC, art. 427, parágrafo único, I) ou *material* (alterar documento verdadeiro – art. 427, parágrafo único, II). Nesse caso, cessa a fé da ata, nos termos do art. 427, *caput.* (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 943).

## *2.3 Tipos de Ata Notarial*

### 2.3.1 Ata Notarial de presença e declaração

Modalidade amplamente utilizada em reuniões condominiais ou associações societárias, quando estas são precedidas por litígio. A ata notarial de presença e declaração neste caso, trata-se quando a parte requer a presença de um tabelião para este registrar os fatos ocorridos durante a reunião, é a narrativa fiel que o tabelião fará constar na ata por meio de linguagem jurídica, tudo que ele como detentor de fé pública possui por percepção visual e auditiva acerca dos fatos explanados e proferidos, é a

pura e simples declaração da parte interessada que além das discussões e deliberações o notário fará constar na Ata Notarial para fins de posterior objeto de prova.

### 2.3.2 Ata Notarial de verificação de fatos na rede cibernética

Modalidade mais conhecida entre os populares, a Ata Notarial de verificação de fatos em redes de comunicação ou internet é quando a parte interessada ao procurar uma serventia de Notas irá requerer ao tabelião que este acesse e consulte determinado website, aplicativo ou conversa constados em meios cibernéticos, para verificar acerca de determinado fato e assim materializar documentalmente tudo aquilo que presenciou. Utilizadas com maior frequência para documentar atos que violam a honra pessoal como casos de calúnia, injúria e difamação, contidas no ordenamento jurídico no Código Penal (BRASIL, 1940), art. 138 e seguintes.

O tabelião ou seu preposto verificará em inteiro teor, a partir do seu computador, todas as informações contidas no endereço eletrônico ou aplicativo de comunicação, como *WhatsApp, Facebook* ou *Instagram*, indicados pela parte interessada, em dia e hora transcritos, descrevendo no instrumento público todas as informações constantes.

A respeito das correspondências eletrônicas (*e-mails*) também parte da modalidade de Ata Notarial deste presente tópico, Marcelo Rodrigues traz que:

> [...] para constituir prova sobre o conteúdo de determinada correspondência eletrônica (*e-mail*), o teor de seu texto e mensagem e todas as demais informações vinculadas à mesma, inclusive para fins de acusação ou defesa, para registrar o Endereço IP do emissor. Importante destacar que a ata notarial dará fé pública à descrição do conteúdo da mensagem, e não à veracidade de suas informações. O tabelião não tem como averiguar a verdade dor fatos, seu trabalho apenas é circunscrito à narração circunstanciada de fatos presenciados ou verificada no corpo da correspondência eletrônica (*e-mail*). (RODRIGUES,2019, p. 310)

### 2.3.3 Ata Notarial de verificação de fatos em diligência

Esta subespécie de Ata Notarial é realizada *in loco,* devendo ser respeitada o princípio da competência territorial, ou seja, esta legitimidade concerne ao limite territorial da comarca em que a serventia extrajudicial é instalada.

A ata de verificação de fatos em diligência é quando o notário se dirige

ao local dos fatos para descrever situações das mais diversas e imprevisíveis, e atestar tudo que ali presenciou, como por exemplo, abertura forçada de um cofre, cadeado ou fechaduras de particulares, atestar a desocupação ou abandono de algum bem imóvel.

Este tipo de ata é amplamente utilizada para elaboração de instrumentos públicos que são um dos requisitos principais para pretensão de usucapião de bens imóveis através de cartórios extrajudiciais, tabelionatos, efetivado no artigo 1071 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) onde têm-se:

> Art. 1071. O Capítulo III do Título V da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida no seguinte art. 216–A:
>
> (Vigência)
>
> "Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:
>
> I – Ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; [...].

### 2.3.4 Ata Notarial de comparecimento ou ausência de terceiro

Na citação abaixo é possível verificar um exemplo a ilustrar a modalidade de Ata Notarial de comparecimento ou ausência de terceiro, explanado por Bortolotto (2019):

> [...] o interessado na qualidade de comissário-comprador em instrumento particular de compromisso de compromisso de compra e venda, já quitado, cujo vendedor tentando impor embaraços ao cumprimento da obrigação, ou seja, a outorga de escritura definitiva, o interessado poderá notificá-lo a comparecer em cartório, tal hora, para fins de outorga de escritura definitiva; (BORTOLOTTO,2019)

### 2.3.5 Ata Notarial de notoriedade

A ata notarial de notoriedade é aquela em que o tabelião verifica a capacidade de alguém e condições em que essa pessoa se encontra, usada também como meio de prova de vida, o tabelião por meio deste instrumento público declara para devidos fins de prova que a pessoa se encontra em boas condições, física e/ou mentais, ou que a mesma não se

encontra interdita para desempenhar as suas vontades, quando pessoa de direito, o que a confere o nome de cidadão, que desempenha e goza todas as prerrogativas e deveres da vida civil, onde menciona Rudimar Roberto Bortolotto (2017).

### *2.4 Valor legal probatório da ata notarial*

O presente tópico é imprescindível a este artigo, pois demonstra a eficácia probatória e o valor legal conferido a ata notarial, como instrumento público, visando pontuar sua respectiva aplicabilidade e viabilidade dentro da demanda judicial.

O Código de Processo Civil em seus artigos 405 e 429 (BRASIL, 2015) traz expressa referência que define a força probante conferida aos documentos, dentro do processo em:

> Da Força Probante dos Documentos
>
> Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.
>
> Art. 429. Incube o ônus da prova quando:
>
> I – se tratar de falsidade de documento ou preenchimento abusivo, à parte que a arguir;
>
> II – se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.

Portanto, nestes dispositivos acima mencionados, tem-se as regras que conferem eficácia probatória aos documentos públicos e particulares.

Tendo em vista que a prova documental é um dos meios de prova com maior eficácia probante e que demonstra muitas vezes maior clareza acerca dos fatos controvertidos da lide, a prova documental revestida de fé pública, conferida ao tabelião, quem confecciona a Ata Notarial garante níveis maiores de segurança jurídica para o principal destinatário da produção das provas, o Juiz onde aplicará a esta regra do livre convencimento motivado, concedendo a Ata Notarial o valor probante que julgar adequado.

A utilização da Ata de procedência Notarial em processos das mais variadas esferas jurisdicionais é crescente, apesar de ainda pouco difundida entre os populares leigos, uma vez também que se tratando de legislação ela ainda se encontra de certa forma omissa e defasada com relação a sua utilização, onde no próprio Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) há

expressa disposição sobre "provas" em sua parte geral, fazendo-se menção somente à subespécie notarial de escritura pública, porém omite a ata notarial (Art. 215 CC/2002). Já em processo evolutivo, o novo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL,2015) faz menção do uso da ata notarial como eficiente meio probante o que a partir de então esta passa a ser mais introduzida e aplicada em lide processuais, como traz o Art. 384 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) em:

> Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.
>
> Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Em "A ata notarial, a prova e o Novo código de Processo Civil", destaca-se o que trazem Erika Kazumi Kashiwagi e Monica Bonetti Couto em:

> [...] destaca-se ainda a regulamentação da ata notarial, instituto objeto do presente estudo e de grande valor probatório para a dinâmica processual civil, na medida em que, a partir da promulgação do NCPC, passou a ser considerado como meio de prova típico, equiparando-se a todos os meios de prova existentes e admitidos em direito. [...]

E além de todo processo evolutivo que a legislação aplicável na utilização da ata notarial vem sofrendo, o Art. 216-A acrescentado à Lei de Registros Públicos, Lei Complementar 6.015 de 1973 (BRASIL, 1973) faz expressão menção a nova modalidade de usucapião, modalidade esta extrajudicial, realizada em cartório o que inova mais uma vez se tratando e celeridade e economia processual e para fazer jus a esse pedido é obrigatório a ata notarial lavrada em tabelionatos para conferir segurança jurídica suficiente para se atestar tudo que se faz necessário às prerrogativas e circunstâncias da usucapião extrajudicial.

## 3 Considerações finais

Ante todo o exposto, este presente artigo foi objeto de pesquisa, análise, conceituação e características, desde os mais diversos meios de provas inseridos e admitidos dentro do ordenamento jurídico, seus princípios e o enfoque principal sobre Ata Notarial como meio probante, desde suas mais diversas modalidades à efetiva análise jurisprudencial, doutrinária e legislativa acerca da sua utilização e aplicabilidade em determinados casos objetos de lides processuais das mais diversas esferas jurisdicionais.

Foi necessário e de extrema relevância a busca de jurisprudências e legislação apta a tratar do tema da presente pesquisa, uma vez que a Ata notarial ainda pouco difundida popularmente, pois trata-se de um assunto escasso na legislação, por ter passado por processo evolutivo em sua conceituação e efetivação no ordenamento jurídico. Porém tem ganhado cada vez mais espaço dentro do ordenamento jurídico por se tratar como um ótimo meio de prova na solução de processos judiciais, devido a sua fé pública.

Contudo, verifica-se a importância da aplicabilidade e viabilidade da Ata Notarial à partir da legislação e jurisprudências que os tribunais de justiça citam sobre a forma como estes aplicam e entendem como viáveis a utilização deste tão importante meio probante.

## Referências

BORTOLOTTO, R. R. **Ata notarial: o que é, para que serve e como utilizá-la!** Publicado em: 30/03/2017. Fonte: Bortolotto Advogados Associados. Disponível em: http://www.bortolloto.adv.br/blog/index.php/2017/03/30/ata-notarial-o-que-e-para-que-serve-e-como-utiliza-la/ Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais... **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. Código de Processo Civil. Código de processo Civil de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015 e atualizado pela Lei 13256/2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 13 jan.2023

BRASIL. Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 13 jan. 2023

CYRINO, R. R. *Artigo* **"Novo modelo de tata notarial de usucapião extrajudicial"** *por Rodrigo Cyrino.* Fonte: ANOREG/BR. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/2018/02/27/artigo-modelo-de-ata-notarial-de-usucapiao-extrajudicial-de-acordo-com-o-novo-provimento-no-65-2017-do-cnj-por-rodrigo-reis-cyrino/ Acesso em: 15 jan. 2023

DIDIER JR., Fredie, & BRAGA, P. S. **Curso de Direito Processual Civil**, v.2. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DIDIER JR., Fredie, & BRAGA, P. S. (2019). **Curso de Direito Processual Civil**, v.2. Em F. D. JR., P. S. BRAGA, & R. A. DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil*, v.2 (pp.50, 51). Salvador: JusPODIVM.

KASHIWAGI, E. K., & Couto, M. B. (16 de Junho de 2019). **A ATA NOTARIAL, A PROVA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. *Revista Scientia Iuris, ISSN: 14156490 p. 29. Publicação: Núm. 22-3, November 2018.* Disponível em: VlexBrasil: https://www.app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,XM,EA+content_type:4/Ata+Notarial/BR/vid/749054057 Acesso em: 15 jan. 2023.

MARQUESIN, T. **As esp*écies de provas sob a ótica do N*ovo CPC**. Disponível em: DireitoNet: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10378/As-especies-de-provas-sob-a-otica-do-Novo-CPC Acesso em: 15 jan. 2023

RODRIGUES, Marcelo (2019). **Código de normas dos serviços notariais e de regostro do estado de Minas Gerais**, 3ª Ed. Belo Horizonte RECIVIL. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual**. V.1. 57ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

Capítulo 21

# NOVAS TECNOLOGIAS, DANOS DIGITAIS E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NA ERA DIGITAL

Thiago Loyola[1]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.315-332

## 1 Introdução

Nas últimas três décadas a sociedade tem passado por uma série de transformações que tem causado grandes impactos na maneira como interagimos nas mais variadas dimensões da convivência humana. O avanço da tecnologia trouxe reflexos na própria percepção do tempo cronológico, criando uma sensação de imediatismo e revelando uma espécie potencializada de carência por atenção, novos hábitos e elevado senso de pertencimento coletivo com a economia colaborativa.

A percepção das mudanças ocorridas nos últimos 20 anos nos leva a uma reflexão, pois os costumes sociais impõem a todos nós um norte, um direcionamento. A repetição de padrões de comportamento é decorrente de uma série de estímulos, muitos controlados por quem detém posição dominante da economia, dos meios de produção e, especialmente do fluxo de informações que são consumidas diariamente como se fossem verdades absolutas. Tal fato gera uma ausência de aprimoramento de senso crítico coletivo e, ao revés, pode causar influência negativa (muitas vezes imperceptível) nos padrões de comportamentos sociais, com insistentes repetições de "verdades absolutas" que são usadas para manipular a vontade das pessoas.

Este cenário obriga os agentes do direito a enxergarem uma nova realidade, onde as partes envolvidas se revelam ainda desequilibradas, cada vez mais hipossuficientes tecnicamente nas relações jurídicas envolvendo

1 Advogado; Professor Universitário; Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/RJ, Coordenador da Pós-graduação online de Direito do Consumidor da Escola Superior de Advocacia ESA Nacional; Coordenador do Procon da Universidade Candido Mendes – UCAM Ipanema; Membro do Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor – BRASILCON.

tecnologias, o que demanda um trabalho preventivo, justificando algumas intervenções do Poder Judiciário nas relações privadas para que se busque uma nova harmonização dos interesses envolvidos, sem perder de vista a vulnerabilidade agravada dos cidadãos.

Esta nova sociedade da informação, verdadeira Era Digital, impõe a todos uma sensação de fragilidade e até mesmo impotência quando sofremos os seus impactos negativos, especialmente quando somos atingidos por problemas causados pelo uso (direto e indireto) de tecnologias. Neste ambiente onde as pessoas se apresentam hipervulneráveis[2] é necessário que haja a cada vez mais a integração de normas jurídicas, com verdadeiro diálogo das fontes normativas, para que se extraia uma proteção adequada na prevenção e enfretamento dos "novos problemas".

A pandemia da Covid-19 acelerou o desenvolvimento de muitas tecnologias disponibilizadas para a população através de aplicativos para uso nos smartphones, notebooks e tablets. Tal fato acelerou a disrupção[3] digital, ao mesmo tempo que alterou muitos dos costumes sociais, com reflexos que justificam uma nova interpretação e aplicação de certas normas jurídicas.

Com a pandemia aumentou exponencialmente o volume das transações no comércio eletrônico, resultado direto da privação de contato social provocada pelas limitações do combate à COVID-19. A limitação do convívio acelerou muito a utilização dos dispositivos tecnológicos, trazendo uma série de novos e intrigantes problemas.

Superadas estas observações que são o ponto de partida para as provocações que este trabalho pretende fazer, o artigo busca fomentar um pensamento crítico do uso dos instrumentos jurídicos e a sua adequada aplicação ao casos concretos. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é uma das principais bases normativas para o enfrentamento de muitos dos problemas surgidos em ambiente digital, mas não é o único, devendo ser usado como ponto de partida na análise, mas em aplicação conjunta com outras bases normativas, como por exemplo a Lei Geral da

2 Denis Verbicaro, citando Barocelli, afirma que: "a hipervulnerabilidade não é necessariamente uma condição permanente. São circunstâncias sociais, culturais e pessoais de certos grupos em um momento e lugar específico que exigem um olhar diferenciado para garantir sua proteção. Desconsiderar o contexto e as circunstâncias interindividuais de cada grupo é contrariar a própria aplicação do princípio da igualdade substancial. A hipervulnerabilidade, consequentemente, não é absoluta, deve-se considerar o caso concreto, as características de cada um, o tempo e lugar do grupo em análise.

3 Disrupção se caracteriza como o processo de otimização de algumas funções e recursos, através de tecnologias, as quais se mostram mais acessíveis a um público em geral.

Proteção de Dados Pessoais, o Marco Civil da Internet, o Código Civil, o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Este diálogo das fontes é a base para o correto reconhecimento dos problemas e das regras jurídicas que devem ser aplicadas para a sua solução, em um sistema de complementariedade, respeitados os demais valores juridicamente vitais para a manutenção da Ordem Econômica vigente, protegida pelo conteúdo inserido no artigo 170 da CRFB/88.

A ideia não é esgotar o tema, mas contribuir para sua análise crítica, pela necessária aplicação das regras jurídicas conectadas com seu verdadeiro sentido, afastando a aplicação literal, superficial e isolada de algumas normas, que muitas vezes são usadas para a proteção dos interesses econômicos de grupos reduzidos, que buscam o exercício abusivo da sua posição dominante na relação contratual.

Importante que novas provocações sejam feitas para ampliar o debate deste tão importante tema, mudando o eixo de análise que em muitas vezes ficava ligado à literalidade de determinado texto jurídico e preso somente à uma base normativa, reduzindo a discussão e impedindo a expansão e adequada aplicação de muitos institutos. A aplicação do sistema de responsabilidade civil objetiva se mostra o instrumento mais adequado ao enfrentamento dos novos desafios da Era Digital, período em que todas as operações pessoais, corporativas e governamentais são feitas de maneira automatizada, com a troca de informações em volume e velocidade inéditas na história.

## 2 Novas tecnologias e seus reflexos na vida social

As transformações dos nossos costumes na sociedade da informação em grande parte foram provocadas pelo avanço tecnológico, com sensíveis mudanças no nosso comportamento. Muitos dos recursos existentes hoje não estavam disponíveis e as interações ocorriam predominantemente de modo presencial ou por meio de comunicação escrita. Com o avançar do tempo a vida passou a ser impactada pelas novas formas de comunicação, especialmente as trazidas pelo uso da internet.

As mídias físicas aos poucos foram sendo substituídas pelas digitais. O que era físico, material e corpóreo passou a ser virtual, imaterial e este fato trouxe muitos impactos para o direito e para a economia. O acesso aos conteúdos até então disponibilizados em mídias físicas (CDs, fitas VHS, pendrives) foi substituído pelo remoto via bluetooth ou wi-fi, encurtando

distâncias e gerando novos modelos de exploração econômica de negócios.

O avanço tecnológico impacta a vida privada e coletiva, traz profundas mudanças sociais e corporativas, extinguindo e oportunizando a criação de novos negócios. Podemos citar as mudanças ocorridas na indústria fotográfica, no audiovisual e com mais destaque no entretenimento e nas telecomunicações. Em tempos de economia colaborativa e do compartilhamento[4], há gradual substituição na aquisição de ativos e incremento de novos modelos de negócio para uso em tempo parcial. A locação de bens para uso em tempo fracionado tornou menos atraente o tradicional modelo de propriedade, com reflexos sociais, jurídicos e econômicos. Novas forma de contratar e de consumir, bem como o surgimento de novos e até então imprevisíveis problemas.

Com a evolução da internet houve o surgimento e fortalecimento de novas fontes de negócios e de acesso à informação; muitos blogs e sites foram criados por pessoas que não faziam parte da mídia *mainstream,* em um movimento que democratizou o seu acesso.

A noção de pertencimento e de voz ativa propiciou a consolidação de novos meios de consumir produtos e conteúdos digitais, grande parte sem remuneração direta, fato que expandiu a base de seguidores. Tal fato diminuiu a influência das grandes redes e tradicionais grupos de comunicação, mas não impede que seu poder de atuação capture boa parcela destes novos mercados, uma vez que a presença das grandes empresas no mundo virtual é a cada dia maior.

As novas tecnologias devem ser usadas sempre a favor do desenvolvimento intelectual, cultural e econômico dos países, sem desconectarem-se do dever de assegurar a proteção dos hipervulneráveis. Neste sentido, é necessário que sejam aprimorados instrumentos de regulação, acompanhamento e punição de abusos. Calibrar esta intervenção não é medida fácil, desafia constante análise e aprimoramento do senso crítico dos seus usuários, que devem ter sempre assegurada a proteção de seus direitos.

O objetivo deste trabalho é fomentar o debate sobre a adequada proteção dos consumidores em ambiente digital e a compatibilização do desenvolvimento tecnológico e econômico, uma provocação para fortalecer os instrumentos existentes e promover o efetivo diálogo das

4 Podemos citar as plataformas de streaming Spotify, Deezer, Netflix, Globoplay, PrimeVídeo. Também empresas de transporte individual como UBER e 99, além das plataformas de intermediação de hospedagem como Airbnb.

fontes normativas.

## 3 Nativos digitais, novos danos e desafios da economia colaborativa

As mudanças que as novas tecnologias causam na sociedade são muitas vezes "silenciosas", incorporadas à nossa rotina e passam despercebidas, como se fossem naturais. A percepção deste fato é muito subjetiva e depende de uma série de fatores, muitos ligados à idade da pessoa e suas experiências sociais ao longo de sua vida.

As novas gerações já convivem com os reflexos das novas tecnologias, pois incorporadas desde seu nascimento revelam uma sensação de naturalidade, de ter sido sempre daquela forma, diminuindo eventuais questionamentos que em geral são feitas por pessoas mais experiente, mais vividas. Os nativos digitais são aquelas pessoas que já nasceram na denominada sociedade da informação, onde o uso de computadores, de dispositivos eletrônicos conectados à internet e das interações em ambiente digitais são comuns e tradicionalmente utilizados por seus pares, criados com acesso a vários recursos tecnológicos, incorporados ao seu dia a dia, tanto na esfera privada familiar, quando em sociedade, no lazer e na educação escolar.

Esta expressão "nativos digitais" foi utilizada Marc Prensky em 2001, para debater métodos de educação em sala de aula. Ele observava que os métodos usados por professores na década de 1980 não apresentavam mais os mesmos efeitos em crianças que tinham acesso em casa a dispositivos eletrônicos, especialmente computadores, videogames e outras mídias interativas. De outro lado temos os chamados imigrantes digitais, que são aquelas pessoas que nasceram até a década de 1980, mas se adaptaram ao uso das novas tecnologias.

A digitalização das relações contratuais é uma tendência, como pode ser observado nos serviços bancários, que migraram para um uso por meio de aplicativos e comunicação virtualizada, onde predominam os *smart contracts* celebrados e os modelos de atendimento virtual baseados em unidades remotas de atendimento (URAs). Esta comodidade também revela um possível problema: acentua a hipervulnerabilidade dos consumidores, facilita a captura indevida de dados pessoais[5] e a aplicação

5 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados / Danilo Doneda. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters

de fraudes digitais.

Sobre a importância da proteção dos dados pessoais vale citar os ensinamentos de Danilo Doneda:

> A proteção dos dados pessoais, ainda que fundamentada pelo preceito constitucional, deve se valer de uma estratégia integrada em que são utilizados diversos instrumentos de tutela, que compõem uma série de manifestações específicas em diversas áreas. A maleabilidade e facilidade de adaptação a novos cenários e à inovação suscitados pela ação da tecnologia é uma característica de instrumentos regulatórios mais "soft", como normas deontológicas, códigos de autorregulação e outros, das quais o direito deve se utilizar, especialmente quando os instrumentos tradicionais ao seu alcance podem se demonstrar demasiado lentos ou desproporcionais para uma tutela eficaz.

Importante neste ponto reforçarmos a importância de reconhecermos a disparidade de forças entre as partes envolvidas e a aplicação simultânea e coordenada de normas jurídicas protetivas. Em razão da relação desequilibrada é necessário o aprimoramento e a exigência do efetivo cumprimento dos deveres de segurança impostos aos empresários pelos artigos 6º, 8º e 14 da Lei nº 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Em tais situações os riscos envolvidos na operação devem ser assumidos pelos empresários, que devem absorver os prejuízos de situações fraudulentas sem culpa do consumidor, caracterizando o fortuito interno, parte do risco operacional.

A cada dia aumentam as relações comerciais que utilizam plataformas eletrônicas para celebrar negócios. A escolha deste ambiente pelos empresários está diretamente ligada a redução de custos e o potencial de atingir público sem os limites de barreiras geográficas.

Dados obtidos junto pela ABRANET - Associação Brasileira de Comércio Eletrônico informam que o e-commerce no Brasil no ano de 2022 atingiu um faturamento de R$ 169.59 bilhões, um crescimento aproximado de mais de 18 bilhões em relação ao faturamento de 2021.[6]**.** Este crescimento de aproximadamente 5% em 2022, na comparação com o ano de 2021, foi o reflexo de cerca de 368,7 milhões de pedidos e um ticket médio de R$ 460,00 por cliente. As compras pela Internet representam hoje mais de 10% de todo o segmento do varejo nacional. [7]

---

Brasil, 2019.

6 https://www.santosesantana.com.br/gestao-de-riscos-operacionais-e-controles-internos

7 https://www.abranet.org.br/Noticias/Comercio-eletronico-gerou-R$-169,6-bilhoes-em-vendas-em-2022-4181.html?UserActiveTemplate=site&UserActiveTemplate=mobile#.Y9faQnbMLcc

O valor movimentado no comércio eletrônico nacional em 2022 tende a ser superado a cada ano, fato que indica que a interpretação das normas jurídicas deve ser feita na busca pela compatibilização do desenvolvimento econômico e da proteção dos consumidores, além do desenvolvimento de uma série de práticas de governança responsável, em expresso atendimento da Teoria da Qualidade[8].

Antonio Herman e Benjamin, expoente desta teoria, defende que:

> A teoria da qualidade deve se adaptar às expectativas legítimas de nosso tempo digital, assim em caso de simbiose entre produto e um serviço, o conjunto que demonstra a qualidade adequada e esperada. "[...] a teoria da qualidade do CDC é, como em todo o Código, ex vi art. 1º, regra especial para as relações de consumo, sobrepõe-se às regras gerais do Código Civil, e o diálogo das fontes entre o CDC e o CC só pode ser a favor do consumidor, e não contra, em se tratando de relações de consumo. (g.n)

Este dever de proteção e segurança efetiva é necessário para o adequado desenvolvimento de novos negócios na sociedade da informação. As interações pessoais e profissionais estão cada vez mais ligadas ao uso de tecnologias, com grande exposição dos nossos dados pessoais, verdadeiro petróleo nos dias atuais. Não é efetiva a existência de uma suposta autorização que não seja precedida de prévia e adequada informação sobre a sua fruição e riscos, pois o consentimento do consumidor deve refletir a sua vontade livre, consciente e bem informada, verdadeira expressão que garanta a sua autodeterminação, não somente concordância genérica aos termos padronizados.

O aumento do número de golpes virtuais é um indicativo da fragilidade dos nossos sistemas de educação para o consumo, revelam a deficiência de mecanismos que assegurem a efetividade dos deveres de segurança imposto pelas normas que dão base ao Diálogo das Fontes. São inúmeros os casos de fraudes digitais, podendo citar as clonagens de perfis em redes sociais, utilização indevida de dados pessoais sensíveis em golpes bancários e no comércio eletrônico, obtenção de acesso fraudulento com o envio de e-mails e mensagens manipuladas, conhecidas como *phishing*, capazes de obter dados pessoais sigilosos que são usados para a prática de delitos.

Deve existir uma necessária atuação preventiva por parte dos

8 BENJAMIN, Antonio Herman V. Notas sobre a teoria da qualidade no Código de Defesa do Consumidor: uma homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Revista de Direito do Consumidor, vol. 131. ano 29. p. 21-44. São Paulo: Ed. RT, 2020.

fornecedores, que precisam informar de modo prévio e ostensivo as possibilidades de fraude e aprimorar a comunicação para evitar prejuízos ao mercado. Ainda há uma tentativa de fugir da responsabilidade pelos golpes, em geral tentando imputar às vítimas um comportamento descuidado, pois supostamente os serviços bancários são seguros e impossíveis de serem fraudados, sendo a senha e os meios de acesso aos sistemas de responsabilidade exclusiva do consumidor. Tal afirmação é equivocada e não poder ser compreendida como absoluta, pois são inúmeros os casos levados ao Poder Judiciário em que são reconhecidas operações irregulares, atípicas e que ao final devem ser canceladas e não cobradas pelos consumidores, verdadeiras vítimas da fragilidade do sistema de segurança disponibilizado.

Não adianta fazer campanha na internet, publicar informes em jornais de grande circulação, se não forem aprimorados os meios de segurança na análise das operações. É com o reconhecimento da vulnerabilidade e da hipossuficiência técnica das vítimas que o Poder Judiciário deve analisar as especiais característica do caso concreto, reforçando o dever de inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor.

O aumento do uso dos aplicativos, uma das principais vertentes da economia do compartilhamento[9], gera novas situações que desafiam os tradicionais institutos jurídicos, criados em outro momento histórico. A consolidação de um modelo de negócios lastreado na chamada economia colaborativa, ou compartilhada contribuiu para o fortalecimento de um movimento econômico onde as pessoas são capazes de compartilhar produtos umas das outras, tendo a internet como facilitadora da comunicação e da circulação de bens inativos. Neste sentido vale transcrever parte das lições de Fábio Schwartz:

> A economia compartilhada é impulsionada, basicamente, pelas plataformas digitais que funcionam como agentes intermediários entre a oferta e a demanda no mercado de consumo. Neste novo modelo há um elemento essencial imaterial para o sucesso do negócio, que são a fé e a confiança. E, em determinados negócios da economia de partilha, a fé e a confiança são os elementos responsáveis pela criação de expectativas seguras sobre a qualidade e durabilidade dos produtos e serviços oferecidos. Apesar de o consumidor não conhecer o fornecedor real, a marca e a reputação do agente intermediário é suficiente.

Neste sentido é importante que a interpretação das regras existentes seja feita com um olhar contemporâneo e de suas especiais características.

9 SCHWARTZ, Fabio. A economia compartilhada e a responsabilidade do fornecedor fiduciário. Revista de Direito do Consumidor. vol. 111. ano 26. p. 221-246. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 20.

Aos poucos a forma de interação social tem sido substituída por uma comunicação digital e customizada, nossos dados são coletados, tratados e armazenados em várias bases e o uso indevido destas informações pode caracterizar ilícitos na esfera cível, administrativa e penal. Com a coleta irregular de dados os fornecedores não mais projetam um modelo geral de marketing para os seus clientes, agora usam informações pessoais capturadas na internet para maximizar o potencial de convencimento, fazem publicidade direcionada especificamente para grupos de clientes e até mesmo usam avançadas técnicas de *neuromarketing*.

A nossa privacidade ficou cada vez mais ameaçada, inúmeras são as táticas de obtenção indevida e não autorizadas de informações pessoais com fins comerciais. Se antes tínhamos que nos preocupar com spams e "vírus" enviados por e-mails com links suspeitos, agora precisamos estar atentos à irregular captura de informações realizadas por diversos aparelhos eletrônicos com suporte da internet e das redes wi-fi. É comum que após uma conversa entre amigos, ou mesmo pesquisa no google, que surjam convites e ofertas via e-mail, mensagens de celular, banners em sites com anúncios ligados aos temas conversados[10], que obviamente não são coincidências e sim programação intencional.

## 4 Redes sociais, dever de segurança das informações e o diálogo das fontes como método de solução dos conflitos e compensação dos danos digitais

A teoria do diálogo das fontes busca "mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão". É nesse ponto que a Teoria do Diálogo das Fontes deverAá ser utilizada, interpretando o sistema jurídico como único, harmônico e coordenado entre si, onde a criação ou aplicação de uma norma não suplantaria outra, mas estabelecendo uma complementaridade, em nítida superação dos critérios clássicos de hierarquia, anterioridade e especialidade[11].

Vale citar trecho do artigo escrito sobre o tema por Carlos Alexandre Moraes[12]:

10 Casos da Smart Tv da Samsung e da Alexa, que espionava as conversas domésticas e as enviavam a uma central, supostamente para aprimorar a experiência de comando de voz do usuário.

11 https://www.migalhas.com.br/depeso/300568/teoria-do-dialogo-das-fontes-na-relacao-de-consumo-e-o-seu-reconhecimento-jurisprudencial

12 http://genjuridico.com.br/2018/05/23/a-aplicacao-da-teoria-do-dialogo-das-fontes-no-

> Bruno Miragem adverte que a aplicação do diálogo sistemático de coerência, poderá ocorrer da seguinte maneira:
>
> a) **no caso do diálogo sistemático de coerência, preserva-se o âmbito de aplicação de ambas as leis, evitando a sobreposição, utilizando como critério o fundamento teleológico das normas (no caso da comparação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, expressando o primeiro um "direito de iguais", segundo a tradição moderna do direito civil, e o segundo um "direito entre desiguais" fundado no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como fundamento para sua proteção**). Portanto, uma divergência quanto ao seu campo de aplicação, a fomentar, inclusive, interpretação mais restrita de consumidor (denominada interpretação finalista), e consequente redução do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor a situações em que presente a vulnerabilidade do sujeito a ser protegido.

Cláudia Lima Marques[13], de forma precisa, afirma que:

> O uso da expressão do mestre, "diálogo das fontes", é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada "coerência derivada ou restaurada" (cohérencedérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e a microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a "antinomia", a "incompatibilidade" ou a "não coerência".

Nesta linha de raciocínio, a aplicação das regras protetivas do CDC deve sempre ser realizada quando estivermos diante de uma relação de consumo, independentemente da existência de regra mais atual ou mais especializada. Negar a base, a aplicação e proteção do núcleo do CDC, equivale a proposital cegueira, ignorância intencional e seletiva, afastando seu microssistema e prestigiando o exercício abusivo de posição dominante na relação. A interpretação deve ser feita através das lentes do sistema protetivo, não sob um prisma excessivamente legalista e fincado no Código Civil, distante das reais características de caso concreto.

A nossa sociedade está muito influenciada pelo conteúdo das redes sociais, onde a aparência parece ter mais valor que o conteúdo. Isso acontece tanto nas comunicações de caráter pessoal e sem interesse comercial, quanto naquelas ligadas à busca por vantagens econômicas. Para muitos "parecer ter" ou "parecer ser" valem muito mais que efetivamente reproduzir

direito-do-consumidor-brasileiro

13 MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.)

verdadeiramente a imagem projetada, isso explica o forte impacto e enorme influência nos seguidores e comportamentos fúteis como pagar ao proprietário de um helicóptero para tirar fotos na aeronave, locação de veículos de luxo e imóveis caros para sustentar uma imagem supostamente de sucesso, mas desconectadas da realidade, projeções fantasiosas e táticas de convencimento para captar clientes, fãs ou seguidores.

Ostentar nas redes sociais para muitos é sinal de riqueza, sucesso, cria identificação com o público e alavanca novos negócios. Neste ponto é importante tecer uma provocação: será que uma celebridade que atua como influenciadora digital deve responder pelo conteúdo divulgado? Até que ponto a vantagem econômica obtida gera responsabilidade na reparação de eventuais prejuízos? Respostas que demandam mais análises das circunstâncias do caso, mas que sob a ótica da legislação consumerista poderão ser melhor respondidas. A princípio, entendo que são solidariamente responsáveis, especialmente quando tinham ou deveriam ter a capacidade de avaliar a veracidade do conteúdo divulgado, do contrário, serão imunes à eventual responsabilização e podem causar muitos danos em razão do seu potencial de influenciar hábitos de consumo.

A visão tradicional da jurisprudência sinalizava ausência de reponsabilidade da celebridade na maior parte dos casos, mas tal entendimento deve ser revisto por conta do alto grau de propagação do conteúdo postado em redes sociais e do potencial lesivo na manutenção da exibição de conteúdo irregular.

Guilherme Martins[14] entende que:

> A responsabilidade civil dos prestadores de serviços nas redes sociais virtuais pelos danos à pessoa humana decorrentes do meio é objetiva, na forma do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, **não se podendo admitir a inexistência de um dever geral de vigilância, sob pena de um retrocesso em direção à culpa, em plena era do risco**. (g.n).

Nas redes sociais devem ser aplicadas as regras de reponsabilidade objetiva, pois as plataformas atuam como habitualidade e mediante remuneração (ainda que indireta, vantagens econômicas e anúncios publicitários), devendo assumirem os riscos de seu negócio. Nos casos de conteúdo ofensivo postado pelo usuário, em que pese a previsão constante no art. 19 do Marco Civil da Internet, o risco assumido deve se sobrepor à

14 MARTINS, Guilherme Magalhães, Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet / Guilherme Magalhães. Martins; prefácio Gustavo Tepedino; apresentação Claudia Lima Marques. -- 2. ed. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

eventual conduta culposa. Neste sentido se manifesta João Victor Rozatti Longhi[15]:

> Desta feita, a responsabilidade civil por danos sofridos em sede das aplicações de redes sociais, em que pesem regras especiais que a princípio afastariam do sistema predominante nas relações de consumo, deveria partir da lógica da responsabilidade de natureza objetiva. **Afinal, como o modelo de negócios do provedor é baseado no fomento à inserção e extração de dados pessoais pelo consumidor, os riscos assumidos são ainda maiores. Bem como são maiores os proventos por meio da cessão de espaços para publicidade e da prática do chamado marketing comportamental ou dirigido**.

Evidente que há grande interesse econômico envolvido no uso das redes sociais, verdadeira vitrine para exposição de produtos e serviços. Negar que exercem forte influência na produção de conteúdos e insistir que seria meros exibidores de anúncios semelhantes aos "classificados" dos jornais impressos é um retrocesso, é propositalmente fechar os olhos para uma nova forma de comunicação e negar seus impactos na vida das pessoas. A manipulação dos algoritmos usados para promover os anúncios visa sempre o alcançar o melhor resultado econômico, muitas vezes em detrimento dos deveres de transparência e lealdade contratuais, verdadeira atuação desconectada da boa-fé e que deve ser duramente combatida. A forma de funcionamento do *Instagram* não é aleatória, não é comandada pela vontade dos seus usuários, mas obedece a comandos despersonalizados que buscam sempre direcionar os anúncios em busca de maximizar suas margens de lucro[16].

O acesso às postagens é muito facilitado pela intenção comercial dos produtores de conteúdo, desenvolvedores de tecnologia, departamentos de marketing das empresas, expondo uma coletividade de pessoas à vontade de grandes corporações. O que antes já foi um espaço de divulgação de ideias pessoais sem fins lucrativos hoje se tornou uma plataforma para uma infinidade de negócios, muitos deles aparentemente gratuitos. A produção de conteúdo sem remuneração direta esconde uma indústria de análise de dados que busca sempre aumentar a capacidade de influência e geração de oportunidades de negócios, sem controle prévio e capaz de causar sérios danos a vários grupos de pessoas.

15 LONGHI, João Victor Rozatti, Responsabilidade civil e redes sociais: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e *fake news* / João Victor Rozatti Longhi. - Indaiatuba, pág. 163, SP Editora Foco, 2020.

16 Neste sentido fica a dica para assistirem o vídeo chamado o Dilema das Redes (https://www.netflix.com/br/title/81254224 ), que fez uma abordagem crítica sobre o assunto.

O "anonimato" que a internet aparentemente garante não pode ser obstáculo intransponível na busca pela solução de conflitos e da responsabilização exemplar dos envolvidos. Neste aspecto, a proteção das vítimas assume relevante destaque, com o reconhecimento da superação da análise da conduta culposa[17] dos envolvidos e da imposição da responsabilidade objetiva e dos riscos voluntariamente assumidos. Muitos danos à reputação são provocados com o uso de perfis falsos em redes sociais, bem como episódios de cyberbullyng, pornografia de vingança

Quando as pessoas usam a internet e as redes sociais é necessário que as suas legítimas expectativas sejam protegidas, coibindo comportamentos abusivos e desprovidos de boa-fé. Muitas pessoas cometem crimes e provocam prejuízos a terceiros em ambiente virtual acreditando que estarão imunes, escondidas pelo pretenso anonimato de um perfil falso, mas se enganam os que acreditam que não haverá como identificá-las e localizá-las no mundo real para responsabilizá-las. Várias são as decisões recentes de tribunais superiores que obrigam os administradores das redes a fornecer elementos de identificação de seus usuários, como o ip ou dados cadastrais usados na abertura das contas. Tais medidas tem se revelado eficazes, ainda que gerem uma série de debates jurídicos ligados ao local e autoridades competentes para analisar o caso, soberania dos países envolvidos e das punições previstas em seus respectivos ordenamentos. São os chamados *hard cases,* cuja aplicação demanda um cuidado ainda mais elevado.

Vale destacar a importância de monitoramento das relações que estão sendo desenvolvidas por meio do uso de sistemas de modelos de inteligência artificial, das *machine learnings,* e do desenvolvimento dos metaversos.

Há uma infinidade de pesquisas em curso sobre o emprego de dispositivos que trabalham com algum modelo de inteligência artificial, desde a indústria até o seu uso pelo Poder Judiciário. Várias ferramentas e aplicativos são desenvolvidos para aprimorar a capacidade humana de enfrentar e superar obstáculos, buscando uma gestão e ação mais eficiente, menos impactante e nociva ao planeta.

O desenvolvimento destas tecnologias busca a solução para muitos dos problemas atuais e o uso da internet de alta velocidade, de 5G, é essencial para a evolução de um ecossistema digital com grande tráfego de dados, propícios ao uso da tecnologia ligada à Internet das Coisas (IoT). Com esta

17 Vale ler a tese de Doutoramento na USP do professor Marcos Catalan: A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual.

tecnologia muitas coisas podem ser conectadas por redes wi-fi e sensores, a serem utilizados nas mais diversas áreas e setores da economia. A automação na indústria e nas residências é constante, mas esta superexposição dos nossos dados pessoais deve ser feita de modo seguro, evitando a coleta e a utilização não autorizada dos nossos dados por terceiros.

Quase todas as pessoas possuem um smartphone, virtual extensão do nosso corpo, dispositivo em que estão armazenadas diversas informações pessoais, desde agenda telefônica com os nossos contatos, as fotos pessoais e íntimas, nossos e-mails e mensagens de comunicação, além de aplicativos para uso doméstico e profissionais. O acesso ao seu conteúdo é desejado por golpistas, que de posse de tais informações podem realizar uma série de negócios jurídicos, bem como manifestações de cunho pessoal que podem ser caracterizadas como ilícitas, com aplicação de punições nas esferas cível, administrativa e criminal.

A tecnologia é meio de desenvolvimento social, pode assegurar um espaço para o exercício regular da liberdade de expressão, de manifestações religiosas, de aprimoramento pessoal, profissional e cultural, mas o seu uso também pode ser o instrumento para uma infinidade de prejuízos, muitas vezes chamados de danos digitais.

Muitos são os desafios que se apresentam, como podemos citar as questões ligadas ao uso do ChatGPT (*Chat Generative Pre-trained Transformer*) tecnologia de *Open AI* que está sendo cada vez mais usada e que possibilitará um rápido aumento da base de conhecimento, bem como a expansão do número de usuários. Com esta tecnologia as pessoas podem buscar informações em uma base de dados que usa inteligência artificial, que é alimentada constantemente por outros usuários, simulando uma conversa em um chat com um "robô", obtendo respostas que tendem a ser mais precisas e completas que as obtidas no google, por exemplo.

O uso desta ferramenta está causando vários debates, pois a utilização indiscriminada e sem limites pode gerar muitos problemas, como pessoas que podem indevidamente se apropriarem de produção autoral e ideias alheias, falsificando a criação de trabalhos acadêmicos, quase inteiramente produzidos exclusivamente pela inteligência artificial. Aqui o problema reside, mais uma vez, no uso irregular da tecnologia, não nela mesma. Um exemplo do uso desta ferramenta é a resposta que a inteligência artificial deu para a seguinte pergunta: quais os riscos no uso do ChatGPT?, obtida no site openai.com[18].

18 https://chat.openai.com/chat- consultado em 29\01\2023.

> 1 - o ChatGPT é treinado com base em dados da internet e pode conter informações imprecisas ou desatualizadas.
>
> 2 - Vulnerabilidade à manipulação de dados: o ChatGPT pode ser alimentado com informações falsas ou tendenciosas, resultando em respostas erradas.
>
> 3 - Ausência de contexto: o ChatGPT pode fornecer respostas inadequadas se não entender o contexto da pergunta.
>
> 4 - Proteção de privacidade: o uso do ChatGPT pode envolver a divulgação de informações pessoais.

Existem várias possibilidades de uso para programas desta natureza e o tempo vai mostrar o grau de monitoramento, bem como a intervenção que deve ser empregada na regulação desta tecnologia. Ainda está em desenvolvimento, mas com a formação de uma base de dados cada vez maior tende a ser muito utilizada, com níveis de reposta muito precisas.

Cada caso deve ser analisado diante das suas especiais características, para que as pertinentes e adequadas bases legais sejam adotadas. A tecnologia em si não causa danos, mas seu uso indiscriminado e irregular pode gerar a obrigação de reparar integralmente os danos causados, independentemente da existência de culpa. Aqui o sistema da responsabilidade civil objetiva deve ser aplicado, prestigiando a tutela da vítima em detrimento do uso de novos recursos tecnológicos.

## 5 Conclusão

Os danos que são causados pelo uso das novas tecnologias impõe a todos uma análise coordenada do direito para calibrar a adequada medida de intervenção nas relações privadas necessária a garantir a harmonização entre os interesses do mercado e dos consumidores, expostos a uma série de questões que desafiam as tradicionais regras da relações contratuais e da responsabilidade civil.

O conteúdo de um aparelho de telefone celular pode elucidar crimes, resolver conflitos empresariais, servir de meios de educação e aprimoramento intelectual, localizar e salvar pessoas em tragédias, organizar e viabilizar negócios e escoamento de produção industrial e até mesmo proteger bens imateriais que hoje podem ser objeto de uma herança digital[19], situação até então impensável poucos anos atrás.

19 Sobre o tema, indico o livro: Herança digital: controvérsias e alternativas / Aline de Miranda

Este trabalho, ainda que minimamente, busca provocar uma análise crítica da aplicação dos institutos jurídicos e suas normas às situações fáticas contemporâneas e os danos digitais. Uma tentativa de alertar os agentes do direito a enxergarem uma realidade que impõe a adoção de uma hermenêutica jurídica antenada aos valores contemporâneos e dos princípios nos quais o sistema jurídico está sedimentado.

As inovações são sempre bem-vindas, mas a sua aplicação, bem como os seus reflexos na sociedade devem ser objeto de estudos e monitoramento constantes, para calibrar a interpretação e aplicação das regras jurídicas. Somente com a casuística será possível enxergar o adequado grau de intervenção nas relações privadas, sempre com o reconhecimento e proteção da parte hipervulnerável.

Neste sentido, as regras básicas contidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor devem sempre ser utilizadas para a solução dos casos em tela, seja sob a ótica individual, bem como a sua dimensão coletiva. Também devem ser aplicadas as regras contidas no Código Civil, no Marco Civil da Internet, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, bem como em qualquer outra base normativa, independente de hierarquia jurídica.

A hipervulnerabilidade dos cidadãos em ambiente digital deve ser sempre reconhecida como ponto de partida na análise das especiais características do caso, o diálogo das fontes se apresenta como método de integração capaz de aprimorar a busca pela solução dos conflitos. A internet, ambiente em que tudo se sabe e nada é esquecido, é local propício à exploração das nossas fragilidades e em que nos revelamos mais expostos, razão pela qual deve ser monitorada e devem ser adotadas as melhores e mais eficientes medidas preventivas.

A velocidade do desenvolvimento tecnológico se mostra mais rápida que a produção de regras jurídicas, ainda que aprimoradas pela jurisprudência. Tal fato impõe ao intérprete e aplicador do direito a busca pela solução de casos (ainda sem previsão legal específica) com o uso da analogia e dos costumes, aplicando as medidas protetivas e punitivas como se ambiente físico tivessem ocorrido.

Aos poucos a legislação vai se atualizando, comportamentos serão tipificados e as nuances da sociedade serão refletidas na produção destas novas regras, de conteúdo predominantemente principiológico, flexíveis e

Valverde Terra. Carolina Brochado Teixeira, Livia Teixeira Leal. - Indaiatuba : Editora Foco, 2021. ... et al.

preparadas para enfrentar os novos desafios.

E que estas novas regras sejam influenciadas pelas bases protetivas aplicáveis ao direito das relações de consumo, vanguardista na aplicação de tipos abertos e principiológicos, multidisciplinares e flexíveis, sempre na busca pela harmonização dos interesses econômicos do mercado, compatíveis com a necessária tutela dos hipervulneráveis, em constante diálogo de complementariedade.

Novas e mais evoluídas regras serão criadas, mas sua aplicação deve ser simultânea ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, protagonista jurídico do nosso tempo e rejuvenescido na superação de cada desafio que as novas tecnologias apresentam.

## Referências

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no direito do consumidor no Brasil In: GRUNDMANN, Stefan; BALDUS, Christian; LIMA MARQUES, Claudia; MENDES, Laura S.; GSELL, Beate; JAEGER Jr.; DIAS, Rui P.; MOURA VICENTE, Dário. Direito privado e desenvolvimento econômico: estudos da DLJV e da Rede Alemanha--Brasil de pesquisas em direito do consumer sobre o direito privado no século XXI. Porto Alegre: Orquestra, 2017. p. 164-179.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados / Danilo Doneda. 2. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães, Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet / Guilherme Magalhães. Martins; prefácio Gustavo Tepedino; apresentação Claudia Lima Marques. -- 2. ed. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. -- (Biblioteca de direito do consumidor)

NETTO, Felipe Braga. Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa / A. Barreto Menezes Cordeiro ... (et al.); coordenado por Felipe Braga Netto ... (et al.]. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

OPICE BLUM, Renato, Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck, Direito digital / Patricia Peck Pinheiro. - 7.

ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 760 p.

ROSENVALD, Nelson e MARTINS, Guilherme. Responsabilidade civil e novas tecnologias /... (et al.] ; coordenado por Guilherme Machia Martins, Nelson Rosenvald. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

SCHWARTZ, Fabio. A economia compartilhada e a responsabilidade do fornecedor fiduciário. Revista de Direito do Consumidor. vol. 111. ano 26. p. 221-246. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 20

TERRA, Aline de Miranda. LEAL, Lívia Teixeira. Herança digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.=

ZAMPIER, Bruno. Bens digitais: Cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais / Bruno Zampier. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

Capítulo 22

# DIREITO DO CONSUMIDOR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: COMO ESTES INSTRUMENTOS TÊM INFLUENCIADO AS REDES SOCIAIS E O *E-COMMERCE?*

*Walter José Faiad de Moura*[1]
*Igor Rodrigues Britto*[2]
*Érica Saad Machado*[3]

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.333-347

## 1 Introdução

Desde que começou a ser discutida no Congresso Nacional, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) tem gerado grande repercussão no território nacional. O Brasil, no entanto, não foi o primeiro país a regulamentar a proteção de dados pessoais.

A União Europeia editou, em maio de 2018, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), que é considerada a legislação mais avançada do mundo na área de tratamento de dados pessoais, tendo sido, inclusive, inspiração para a LGPD[4].

Nova Zelândia, Japão e Argentina também possuem regulamentações consideradas altamente adequadas acerca da proteção de dados pessoais, de acordo com dados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro[5].

Em um cenário mundial em que a internet domina o cotidiano de grande parte da população, a proteção de dados é uma medida fundamental.

---

1 Advogado. E-mail: walter@wmaa.com.br

2 Advogado. E-mail: igor.britto@idec.org.br

3 Advogada. E-mail:e.machado@wmaa.com.br

4 RAMOS, Pedro Henrique. Direito e Mídia Digital: melhores práticas. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

5 Serpro. Disponível em >https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/mapa-da-protecao-de-dados-pessoais> Acesso em 28/12/2022.

Nas palavras da professora Ana Frazão, não é exagero dizer que "na atualidade, todos os aspectos da vida humana, tanto em sua dimensão individual, como em sua dimensão coletiva, são direta ou indiretamente afetados pela coleta e pelo tratamento de dados"[6].

A importância do tratamento de dados pessoais é tamanha que, não obstante a publicação da LGPD, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2020, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387, a proteção de dados como um direito fundamental autônomo[7].

Na decisão que referendou a medida cautelar, proferida pela Relatora, Ministra Rosa Weber, assim restou consignado:

> 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. **Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade** (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020) (grifou-se).

No ano de 2022, a proteção dos dados pessoais passou a integrar o rol de direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, com a seguinte redação: "LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais".

A referida Emenda Constitucional incluiu, ainda, o inciso XXVI ao art. 21 e o inciso XXX ao art. 22 da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, da competência executiva e da competência legislativa privativa da União, para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais[8].

A análise da referida tutela sob as lentes da proteção jurídica dos

6 CUEVA, Ricardo Villas Bôas, FRAZÃO, Ana, coordenação. Compliance e Políticas de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 6387 MC-Ref, Relator(a) ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-270 DIVULG 11-11-2020, PUBLIC 12-11-2020.

8 Art. 21. Compete à União: [...] XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022). Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXX - proteção e tratamento de dados pessoais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

consumidores é quase que indissociável, seja pela constatação de que a maior parte das violações dessa natureza ocorre no tráfego jurídico, de mercado (relações fornecedores e consumidores), seja porque as primeiras noções de proteger tais bens coincidiu com o advento da proteção consumerista.

De fato, quase três décadas antes da publicação da LGPD, surgia no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), que já previa a proteção de dados, posteriormente inserida e especificada na LGPD.

Tem-se, na técnica legislativa, que a ideia de Código significa uma lei mais densa e sistemática, que abrange não apenas diferentes ramos jurídicos, como também uma gama mais complexa de atos e fatos jurídicos (em suas respectivas áreas do mercado)[9]. Com o crescimento da utilização da internet, o Código do Consumidor passou a ser aplicado também às relações ali travadas, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça[10].

A edição da LGPD, que tem como um de seus fundamentos a defesa do Consumidor (art. 2º, VI), veio para incrementar a tutela dos direitos do consumidor, prevista no CDC. Os direitos advindos das duas leis devem, portanto, ser compatibilizados pelo intérprete[11].

Antes da edição da LGPD, ainda em 2014, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), também estabeleceu regras para o tratamento de dados pessoais no âmbito da internet. A referida lei estabelece como um dos princípios basilares da internet a proteção de dados pessoais, "colocado em pé de igualdade com princípios como a liberdade de expressão e manifestação de pensamento e a proteção da privacidade, conforme o artigo 3º da lei"[12].

É indubitável, portanto, que desde os anos 90 há uma forte base legal para a proteção de dados pessoais e do consumidor no direito brasileiro. Mas, quando se trata de uso das redes sociais e de comércio eletrônico, será que essa legislação é suficiente?

---

9 BESSA, Leonardo Roscoe. Código de Defesa do Consumidor Comentado. São Paulo: Forense, 2020.

10 A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1444008 / RS. Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 25/10/2016, DJe 9/11/2016.

11 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais | vol. 1009/2019 | Nov / 2019 DTR\2019\40668.

12 Jus. Disponível em: >https://jus.com.br/artigos/83487/a-protecao-de-dados-pessoais-ja-e-uma-realidade-mesmo-a-lgpd-nao-entrando-em-vigor> . Acesso em 13/01/2023.

## 2 Entre o dilema de uma liberdade absoluta na rede mundial de computadores e a opção correta pela regulação, mesmo que mínima

A interação de toda uma sociedade com novas formas de comunicação trazidas pela rede mundial de computadores e os aparelhos de telefonia móvel, já constituem fato histórico que, embora recente, está bem compreendido pelas mais diversas áreas de conhecimento (sociologia[13], psicologia social[14], economia[15] e, entre nós, as ciências jurídicas).

Uma curiosa linha comum entre os diversos campos de conhecimento diz respeito com a perspectiva inicialmente almejada de que o ambiente virtual seria um *locus* absolutamente livre, desregulado e se possível inerte às limitações do cotidiano da realidade concreta. Entretanto, com poucos anos de interatividade, constatou-se que a rede mundial de computadores, dinâmica e incandescente, acaba por repetir ou reproduzir atos e fatos das relações materiais humanas, tanto em seus aspectos positivos quanto nos prejudiciais (e, entre estes últimos, a violação a direitos de pessoas, sobretudo no campo das relações de consumo).

A ambiência idealizada como livre e isenta de malogros, na verdade, revela-se cada vez mais próxima de um verdadeiro *panoptismo*[16] antevisto por Michel Foucalt, anos antes do *boom* da virtualidade. Isso porque, transitar pelos links da *web* não significou (nem significa) navegar em *mar de rosas*, mas, ao contrário, ter contato com uma teia de controle de dados, informações, etc., cuja resultante não só vulnerabiliza o usuário como também o torna objeto de diversas interações econômicas.

Em outras palavras, parece que o desejo de liberdade plena sucumbiu com a insegurança da rede e do uso indiscriminado (senão criminoso) de dados pessoais, o que ensejou alguma intervenção regulatória e legislativa do Estado para, a partir do balizamento de vetores constitucionais e valorativos, tutelar a proteção e garantias dos indivíduos usuários da rede

13 Nascimento, L. F. A sociologia digital: um desafio para o século XXI. *Sociologias*, *18*, p. 226, 2016.

14 Rodrigues, A., Assmar, E. M. L., e Jablonski, B. *Psicologia social*. Editora Vozes. p. 35, 2022.

15 Castells, M. *A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade*. Ed. Zahar. P. 118, 2003.

16 Diferentemente de um ambiente livre, pode-se reinterpretar Foucault para compreender a internet como uma arquitetura que pode aprisionar seus usuários, pré-definindo suas relações, manipulando seus dados para fins alheios à finalidade de quem, inocentemente, apenas acessa um serviço, posta fotos, adere a plataformas de *games*, etc. BOYNE, Roy. Post-panopticism. **Economy and Society**, v. 29, n. 2, p. 291, 2000.

(sobretudo em relações tipicamente de consumo).

Uma vez que o fato social se defronta com normas legais que reorientam as condutas e posturas em ambientes virtuais, agora, a navegação dos internautas recebe, de fato, influência dos novos instrumentos legislativos que aportaram no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Advirta-se que a evolução normativa não se deu como um fenômeno natural, mas, ao contrário, nasceu de grandes embates e conflito de interesses entre quem defende os consumidores/internautas e os grandes provedores e empresas, que defendem uma internet livre e sem regras, ao argumento de que a criação dessas normas de proteção geraria custos adicionais e impróprios às relações econômicas (o que não passa de uma falácia).

## 3 Os instrumentos de proteção legais, as redes sociais e o *e-commerce*

De acordo com o art. 5º, I da LGPD, dado pessoal é a "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável". Esse dado, que pode ser obtido por meio de diversas técnicas, é utilizado, dentre outros fins, para a realização de publicidade comportamental.

Acessado qualquer sítio eletrônico, este emite um arquivo conhecido como *cookie*, que fica armazenado no celular ou no computador do indivíduo, de onde é obtido[17].

É a obtenção desses dados que permite, por exemplo, que uma pessoa de São Paulo receba anúncios de restaurantes de sua cidade, ou que o algoritmo do *Instagram* recomende *posts* que tenham relação com o conteúdo que o indivíduo costuma consumir naquela rede social.

Esse é o atual modelo de negócios, a nova modalidade de marketing direcionado, no qual "se você não paga pelo produto, você é o produto". Esta frase, cuja autoria é incerta, foi repetida pelo cientista da computação Tristan Harris, no documentário O Dilema das Redes, da *Netflix*.

Assim, ao utilizar de forma "gratuita" uma rede social, a contraprestação se dá pelo oferecimento de informações pessoais.

A conversão dos dados pessoais em marketing é utilizada para prever, antecipadamente, as escolhas dos consumidores, sugerir anúncios e

17 CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; SCHERTEL, Laura Mendes; coordenação. Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

influenciar as estratégias publicitárias das empresas[18].

O grande problema que envolve a utilização de dados pelas lojas online e pelas redes sociais é a forma como esses dados são tratados. Não são poucos os casos de vazamentos de dados noticiados pela mídia, nos quais milhões de pessoas têm as suas informações pessoais divulgadas na internet.

Recentemente, em janeiro de 2023, a Meta, conglomerado que detém o *Facebook*, o *Instagram* e o *Whatsapp*, dentre outras empresas, foi multada em 390 milhões de euros pela Comissão Irlandesa de Proteção de Dados (DPC, na sigla em inglês) por violar a RGPD[19].

De acordo com a DPC, a empresa violou obrigações de transparência, bem como utilizou-se de uma base jurídica equivocada para processar dados pessoais para fins de publicidade direcionada.

A sanção foi aplicada pelo regulador irlandês porque a empresa americana possui sua sede europeia na República da Irlanda.

Problemas tais como o relatado não acontecem apenas longe daqui. O Brasil ocupa o 6º lugar no ranking de países com mais vazamentos de dados no mundo[20].

Em janeiro de 2022, por exemplo, o Banco Central divulgou uma nota na qual comunicou que dados pessoais sensíveis vinculados a chaves PIX, que estavam sob a responsabilidade da empresa Acesso Soluções de Pagamento, foram vazados[21].

Os casos relatados demonstram a importância da regulamentação do tratamento dos dados pessoais, especialmente quando todos os aspectos da vida humana são afetados por eles.

É de vital importância que sejam aplicadas, conjuntamente, as normas de defesa dos consumidores, considerando que estes são diretamente atingidos pelo mercado de dados, com a personalização de anúncios que

18 MAIOLINO, I. ; TIMM, L. B. ; MARQUES, L. A. . Desafios para a defesa do consumidor, proteção de dados e concorrência: necessidade de coordenação entre os sistemas. In: Danilo Doneda; Laura Schertel Mendes; Ricardo Villas Bôas Cueva.. (Org.). Lei geral de proteção de dados (Lei n 13.079/2018): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 1, p. 91-115.

19 UOL Notícias. Disponível em >https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2023/01/04/meta-volta-a-ser-multada-pela-ue-por-nao-proteger-dados-de-usuarios.htm> Acesso em 05/01/2023.

20 IstoÉ Dinheiro. Disponível em >https://www.istoedinheiro.com.br/seguranca-de-dados-brasil-e-o-6o-pais-com-mais-vazamentos-diz-pesquisa/> Acesso em 05/01/2023.

21 Jota. Disponível em >https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/vazamentos-de-dados-no-brasil-28012022> Acesso em 05/01/2023.

transbordam de cada rede social ou sítio eletrônico que é aberto em seu computador ou aparelho celular.

Ademais, o comércio eletrônico, por meio das diversas lojas virtuais existentes, cresce exponencialmente. As empresas chinesas *Shein* e *Shopee* enviam, diariamente, milhares de pacotes de encomendas para todo o mundo. Cada consumidor que efetua uma compra nas referidas lojas precisa fornecer diversas informações pessoais, tais como endereço, e-mail, número de cartão de crédito.

Outra gigante do varejo, a americana *Amazon* efetua milhares de entregas diárias apenas no Brasil, realizando o tratamento de dados de milhões de brasileiros. Esses dados são conectados, ainda, à Alexa, inteligência artificial da empresa que é comandada por voz.

Por meio dos comandos, a Alexa é capaz de realizar tarefas simples, como programar alarmes, abrir e fechar cortinas, acender a luz, e tarefas complexas, como realizar compras dentro da *Amazon*, rastrear pedidos já realizados e conectar-se a outras Alexas, utilizando-se, portanto, de dados para entrar em residências diversas.

A relevância do armazenamento de dados é tamanha que um aparelho de assistente virtual Alexa já foi solicitado como testemunha de um crime, nos Estados Unidos, pela possibilidade de ter captado o áudio do ambiente no momento do cometimento do homicídio[22].

De acordo com o porta-voz da *Amazon*, Leigh Nakanishi, os alto-falantes Echo, aparelhos equipados com a assistente virtual Alexa, gravam apenas pequenos trechos de áudios, após serem ativados pelo comando de voz, mas não ficam 'espionando' conversas privadas.

É nítido que o uso de dados pessoais facilita a vida cotidiana, daí, novamente, a importância da regulamentação e fiscalização das operadoras de dados. Causa comodidade deparar-se com anúncios que sejam do nosso interesse enquanto consumidores, bem como ver publicações recomendadas nas redes sociais que tenham conteúdo que consideremos relevante.

O dilema que as pessoas vivem no mercado de consumo, entre o desejo de fornecer seus dados pessoais (ou de autorizar seu uso) para receber algum tipo de benefício comercial, e o sentimento de receio quanto ao nível de segurança do tratamento desses dados (especialmente quanto ao risco de vazamento), pode ser muito bem exemplificado no Brasil na experiência de compra de medicamentos em farmácias, aqui adotado

22 O Globo. >https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/assistente-virtual-alexa-vira-testemunha-em-caso-de-homicidio-nos-eua-24060465> Acesso em 05.01.2023.

ilustrativamente.

Grandes redes de farmácias brasileiras têm como prática atual solicitar o número de CPF de seus clientes no ato da compra de medicamentos, sob a justificativa de que isso permitirá a concessão de um desconto no preço do produto[23]. Por maior que tenha sido o esforço dessa categoria empresarial em dar mais transparência aos seus processos de tratamento de dados, é notório que nenhuma informação significativa é apresentada para as pessoas, no ato da compra, sobre qual será a finalidade real de uso e o tratamento dado a esses dados pessoais pelas empresas.

Em 2021, o Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor notificou extrajudicialmente a rede de farmácias *Droga Raia* e a *Abrafarma* (Associação Brasileira das Redes de Farmácias e Drogarias), após relatos de pessoas que foram impelidas a fornecer a impressão digital em unidades daquela rede[24]. Na ocasião, o Idec pleiteou a interrupção de práticas que violem a LGPD e pediu esclarecimentos sobre a existência da prática de coleta e de uso desses dados sensíveis, além de questionar o padrão de segurança no tratamento das informações associadas.

Alguns dias depois, o grupo econômico *Raia Drogasil* respondeu publicamente que paralisou a solicitação de biometria para liberação de descontos em suas lojas, alegando que "a iniciativa causou desconfortos" e que "a *Droga Raia,* a *Drogasil* e todas as demais empresas de seu grupo econômico não comercializam, em hipótese alguma, as informações pessoais de clientes a terceiros"[25].

A acertada atitude do Idec demonstrou preocupação com o cumprimento da LGPD e impediu que a rede de farmácia continuasse praticando o ato de coleta de impressão digital, sem esclarecer aos consumidores para qual fim se destinaria a medida.

Vê-se, quanto a este ponto, mais um lado positivo na regulamentação e fiscalização da proteção de dados prevista na lei, que permite que o cidadão saiba o que está acontecendo para que tenha ferramentas para avaliar os riscos da sua exposição à tecnologia.

A LGPD impôs expressamente, para as plataformas digitais e empresas que utilizem estratégias de venda, dentre outras, a obrigação de:

23 Inset. Disponível em >https://www.inset.com.br/dinheiro/entenda-por-que-farmacias-e-lojas-pedem-seu-cpf-e-os-riscos-por-tras-disso> Acesso em 18/01/2023.

24 Idec. Disponível em >https://idec.org.br/release/idec-questiona-coleta-de-impressao-digital-em-farmacias> Acesso em 18/01/203.

25 Idec. Disponível em >https://idec.org.br/idec-na-imprensa/droga-raia-e-drogasil-desistem-de-pedir-biometria-para-liberar-descontos-0> Acesso em 18/01/2023.

i) solicitar autorização expressa para uso dos dados do titular; ii) informar de forma clara ao titular sobre os dados que serão coletados; iii) indicar a finalidade específica para coleta e uso dos dados; iv) informar quando houver compartilhamento dos dados coletados com outras empresas; v) eliminar os dados, após o término do seu tratamento, caso o titular dos dados não queira que permaneçam disponíveis.

Apesar das empresas, principalmente as gigantes do setor tecnológico, ainda estarem se adaptando à nova era de uma fiscalização mais robusta e intensificada com relação ao tratamento de dados, é possível perceber que algumas mudanças já estão sendo realizadas.

Uma notória influência das leis de proteção de dados nas redes sociais, por exemplo, é a recente comunicação feita pelo *TikTok*. O aplicativo chinês afirmou que irá explicar para os seus usuários o porquê de recomendar determinado vídeo.

Segundo a empresa, a estratégia faz parte do esforço do *TikTok* de ser mais transparente acerca de como o algoritmo de escolha de conteúdo funciona[26].

Alguns meses antes, em agosto de 2022, a Meta anunciou como funciona a distribuição de vídeos no *Facebook*, como aumentar o engajamento, a originalidade e a monetização, dentre outras dicas para divulgar melhor o funcionamento da plataforma[27].

Tais ações coadunam-se com o princípio da transparência, previsto no art. 6º, inc. VI da LGPD e no art. 12, item 1 do RGPD, que assim determinam, respectivamente:

> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...]
>
> VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
>
> Artigo 12.
>
> Transparência das informações, das comunicações e das regras para exercício dos direitos dos titulares dos dados
>
> 1. O responsável pelo tratamento toma as medidas adequadas para

26 Axios. Disponível em >https://www.axios.com/2022/12/20/tiktok-explain-video-recommendations-algorithm?utm_source=thenewscc&utm_medium=email&utm_campaign=referral> Acesso em 30.12.2022.

27 Facebook. Disponível em >https://www.facebook.com/formedia/blog/understanding-video-distribution-on-facebook> Acesso em 30.12.2022.

> fornecer ao titular as informações a que se referem os artigos 13.o e 14.o e qualquer comunicação prevista nos artigos 15, 22 e 34 a respeito do tratamento, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças. As informações são prestadas por escrito ou por outros meios, incluindo, se for caso disso, por meios eletrônicos. Se o titular dos dados o solicitar, a informação pode ser prestada oralmente, desde que a identidade do titular seja comprovada por outros meios.

A violação das obrigações constantes na LGPD que derem causa a dano patrimonial, moral, individual ou coletivo pode gerar ao controlador ou operador de dados o dever de reparação, nos termos do art. 42. Esse dever apenas será afastado, nos termos do art. 43, quando o agente comprovar que: i) que não realizou o tratamento de dados que lhe é atribuído; ii) que não houve violação à legislação de proteção de dados; ou iii) que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Todas essas mudanças, apesar de serem incipientes, revelam o início de uma nova era, onde o respeito à privacidade, transparência, liberdade e responsabilização deve ser observado por empresas, governos e pelos próprios cidadãos.

Com o avanço da tecnologia, é ingênuo pensar que a utilização dos dados pessoais irá pausar ou diminuir em decorrência da regulamentação e da aplicação de sanções. O que se espera é que a sociedade adquira maior conhecimento sobre como é feita a utilização de suas informações. A LGPD, nesse sentido, garante que o controle do usuário sobre toda a cadeia de tratamento deve ser garantido pelos agentes de tratamento[28].

Esse controle por parte do usuário, que a LGPD busca garantir, propõe-se a reduzir a assimetria jurídica, técnica e econômica que existe entre a pessoa e o agente de tratamento de dados, tal como já ocorre em outras legislações, como a consumerista e a trabalhista[29].

## 4 Considerações finais

Nestas breves reflexões, buscou-se demonstrar a importância da regulamentação da proteção de dados pessoais e da defesa do consumidor, especialmente quando esses dados se tornaram o bem mais valioso para as empresas.

28 Migalhas. Disponível em >https://www.migalhas.com.br/depeso/298736/os-desafios-do-brasil-na-nova-era-da-protecao-de-dados-pessoais-e-da-privacidade>. Acesso em 08.01.2023.

29 Idem.

A normatização no campo da internet não confronta com valores constitucionais, mas, ao contrário, decorre de um necessário movimento de Estados soberanos que perceberam, a partir de seus órgãos legiferantes, a pertinência de impor limites a determinados atores econômicos em virtude da preservação de sujeitos vulneráveis (sobretudo consumidores) expostos a violações aos seus direitos.

A regulamentação do tratamento de dados, diferentemente do que aduzem os grandes provedores e empresas, também não confronta com os valores econômicos. A conhecida argumentação de que a intervenção na proteção de dados pode levar as empresas a crises financeiras é antiga e falaciosa. O ajuizamento da ADI 2591[30], quando da entrada em vigor do CDC, é um exemplo claro da já batida utilização desses argumentos. Um dos fundamentos utilizados pelos autores da referida ação foi de que aplicação do CDC às relações envolvendo as instituições financeiras geraria uma onerosidade excessiva às instituições. Entretanto, o que vemos na atualidade é o crescimento exponencial na rentabilidade dos bancos brasileiros[31].

No Brasil, ao passo em que o direito do consumidor já está consolidado como instrumento de defesa dos cidadãos, por meio dos diversos órgãos de proteção, bem como do Poder Judiciário, a proteção dos dados pessoais ainda precisa avançar quando se trata de sua autoridade nacional.

Ainda assim, considerando que a União Europeia editou a RGPD, que inclusive serviu de inspiração para a brasileira LGPD, grandes empresas mundiais já começaram a efetuar algumas modificações em seu comportamento, buscando melhorar as suas políticas de tratamento de dados e, consequentemente, evitar sofrer as sanções previstas na legislação do continente europeu.

Considerando as graves sanções também previstas na LGPD, a tendência é que, cada dia mais, as empresas brasileiras busquem se adequar à nova realidade trazida pela legislação. Ademais, trata-se de respeitar um direito fundamental - o de proteção de dados pessoais, além, de diversos outros direitos e princípios trazidos pela nova legislação, alguns dos quais já possuem previsão constitucional.

30 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2591 MC-Ref, Relator(a) CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-29.09.2006.

31 Uol. Disponível em https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2022/04/30/por-que-bancos-brasileiros-estao-entre-os-mais-rentaveis-do-mundo.htm. Acesso em 20.01.2023

As redes sociais e o comércio eletrônico proporcionam lazer, praticidade e até mesmo trabalho para milhares de pessoas. A tendência é que a utilização e o tratamento de dados pessoais seja cada vez maior. Assim, além de uma legislação consistente, é preciso que ela seja, de fato, aplicada, para que não se torne mais uma lei inócua.

Entretanto, com os exemplos vistos no presente artigo, o que se tem notado como tendência mundial é a fiscalização intensa e a aplicação de sanções pesadas, que façam com que as empresas percebam a gravidade de não observar a legislação e busquem a preservação dos dados dos usuários.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre. **5 grandes vazamentos de dados no Brasil e suas consequências.** Disponível em: >https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/vazamentos-de-dados-no-brasil-28012022> Acesso em: 05 jan. 2023.

ASSIS, Daniel Araújo de; ELIEZER, Cristina Rezende. Matchmakers e a personalização de ofertas em plataformas digitais: um diálogo entre direito do consumidor e proteção de dados. In: ELIEZER, Cristina Rezende; LANA, Henrique Avelino; SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho (Org). **Direito e Tecnologia.** Santo Ângelo, Editora Metrics, 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado.** São Paulo: Forense, 2020.

BOYNE, Roy. Post-panopticism. **Economy and Society**, v. 29, n. 2, p. 291, 2000.

CASTELLS, M. *A.* **Galáxia Internet:** reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. Ed. Zahar. P. 118, 2003.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; SCHERTEL, Laura Mendes; coordenação. **Lei Geral de Proteção de Dados.** São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance e Políticas de Proteção de Dados.** São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

FACEBOOK. **Understanding Video Distribution on Facebook.**

Disponível em >https://www.facebook.com/formedia/blog/understanding-video-distribution-on-facebook> Acesso em: 30 dez. 2022.

FISCHER, Sara. **TikTok to explain why videos are recommended to users.** Disponível em >https://www.axios.com/2022/12/20/tiktok-explain-video-recommendations-algorithm?utm_source=thenewscc&utm_medium=email&utm_campaign=referral> Acesso em: 30 dez. 2022.

IDEC. **Idec questiona coleta de impressão digital em farmácias.** Disponível em >https://idec.org.br/release/idec-questiona-coleta-de-impressao-digital-em-farmacias> Acesso em: 18 jan. 2023.

IDEC. **Droga Raia e Drogasil desistem de pedir biometria para liberar descontos**. Disponível em >https://idec.org.br/idec-na-imprensa/droga-raia-e-drogasil-desistem-de-pedir-biometria-para-liberar-descontos-0> Acesso em 18/01/2023.

ISTO É DINHEIRO. **Segurança de dados:** Brasil é o 6º país com mais vazamentos, diz pesquisa. Disponível em >https://www.istoedinheiro.com.br/seguranca-de-dados-brasil-e-o-6o-pais-com-mais-vazamentos-diz-pesquisa/> Acesso em: 05 jan. 2023.

MAIOLINO, I. ; TIMM, L. B. ; MARQUES, L. A. . Desafios para a defesa do consumidor, proteção de dados e concorrência: necessidade de coordenação entre os sistemas. In: Danilo Doneda; Laura Schertel Mendes; Ricardo Villas Bôas Cueva.. (Org.). Lei geral de proteção de dados (Lei n 13.079/2018): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 1, p. 91-115.

MIGUEL, Fernando Gomes. **Os desafios do Brasil na nova era da proteção de dados pessoais e da privacidade.**

Disponível em: >https://www.migalhas.com.br/depeso/298736/os-desafios-do-brasil-na-nova-era-da-protecao-de-dados-pessoais-e-da-privacidade>. Acesso em; 08 jan. 2023.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, vol. 1009/2019, Nov /2019, DTR\2019\40668.

NASCIMENTO, L. F. A sociologia digital: um desafio para o século XXI. **Sociologias**, *18*, p. 226, 2016.

O GLOBO. **Assistente virtual Alexa vira testemunha em caso de homicídio nos EUA.** Disponível em >https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/assistente-virtual-alexa-vira-testemunha-em-caso-de-homicidio-nos-eua-24060465> Acesso em 05.01.2023.

PICON, Rodrigo. **A proteção de dados pessoais já é uma realidade mesmo a LGPD não entrando em vigor.** Disponível em: >https://jus.com.br/artigos/83487/a-protecao-de-dados-pessoais-ja-e-uma-realidade-mesmo-a-lgpd-nao-entrando-em-vigor>. Acesso em: 13 jan. 2023.

RAMOS, Pedro Henrique. **Direito e Mídia Digital:** melhores práticas. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

RODRIGUES, A., Assmar, E. M. L., e Jablonski, B. **Psicologia social.** Editora Vozes. p. 35, 2022.

SCHULMAN, Gabriel. **A proteção do consumidor digital em face das redes sociais.** Disponível em: >https://www.conjur.com.br/2021-dez-01/garantias-consumo-protecao-consumidor-digital-face-redes-sociais>. Acesso em: 30 dez. 2022.

SOUZA, Isabella. **Entenda por que farmácias e lojas pedem seu CPF e os riscos por trás disso.** Disponível em: >https://www.inset.com.br/dinheiro/entenda-por-que-farmacias-e-lojas-pedem-seu-cpf-e-os-riscos-por-tras-disso> Acesso em: 18 jan. 2023.

SERPRO. **Em que "estágio" estamos?** Confira o mapa da proteção de dados pessoais no mundo. Disponível em >https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/mapa-da-protecao-de-dados-pessoais> Acesso em 28/12/2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1444008 / RS. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DIVULG DJe 9/11/2016, PUBLIC 10/11/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 6387 MC-Ref, Relator(a) ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-270 DIVULG 11-11-2020, PUBLIC 12-11-2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2591 MC-Ref, Relator(a) CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-29.09.2006.

UOL NOTÍCIAS. **Meta volta a ser multada pela UE por não proteger dados de usuários.** Disponível em >https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2023/01/04/meta-volta-a-ser-multada-pela-ue-por-nao-

proteger-dados-de-usuarios.htm> Acesso em 05/01/2023.

UOL NOTÍCIAS. **Por que bancos brasileiros estão entre os mais rentáveis do mundo?** Disponível em https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2022/04/30/por-que-bancos-brasileiros-estao-entre-os-mais-rentaveis-do-mundo.htm. Acesso em 20.01.2023

Capítulo 23

# OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ABORDAGEM SOBRE A ACELERAÇÃO OCASIONADA PELA PANDEMIA

*Lainy Costa Linhares*
*Liliane Cristina de Castro*
*Walter Felipe Morais Silva*

DOI: 10.46550/978-65-5397-090-8.349-364

## 1 Introdução

Conforme muito se afirma diariamente pelos profissionais do direito e pela sociedade em geral, o judiciário está abarrotado! De acordo com os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça no anual "Justiça em Números" do ano de 2021 (ano base 2020), o número de processos pendentes no Brasil em dezembro de 2020 era de 75,4 milhões, sendo que nos doze meses do supramencionado ano, foram ajuizados 25,8 milhões de novos casos.

Estes números demonstram que os antigos autos físicos, com inúmeros apensos, se tornaram inviáveis, tendo restado clara a obrigatoriedade da implementação de sistemas virtuais.

Apesar disso, o poder judiciário caminhava a passos lentos para a inovação tecnológica até que, de forma brusca, a pandemia do Covid-19 teve início e tais reinvenções se fizeram não somente necessárias, mas inevitáveis para possibilitar a continuidade da prestação jurisdicional, tendo em vista a suspensão dos atendimentos presenciais no intuito de evitar a disseminação do vírus.

Ainda segundo os dados levantados pelo CNJ durante o ano de 2020, 3,1% do total de novos processos foram ajuizados fisicamente, enquanto 21,8 milhões de novos processos eletrônicos foram iniciados. Ademais, todas as categorias de justiça (estadual, federal, militar, eleitoral e trabalhista) e em todas as instâncias, iniciaram procedimentos de virtualização dos processos físicos.

Além da virtualização dos processos, outros mecanismos foram adotados durante o ápice da pandemia para movimentar o sistema processual e possibilitar o acesso à justiça, garantido constitucionalmente.

A Resolução nº 345, de 9 de outubro de 2020 apresentou a iniciativa do "Juízo 100% Digital", autorizando os tribunais a adotar medidas para que a tramitação dos processos se desse de forma exclusivamente virtual, além disso, possibilitou que em casos que fossem necessários a realização de algum procedimento de forma presencial, os demais atos seguiriam de forma eletrônica sem qualquer prejuízo.

Através da Resolução nº 385, de 6 de abril de 2021 também foram instituídos os "Núcleos de Justiça 4.0", estes possibilitam a resolução de conflitos específicos sem a necessidade de comparecimento das partes de forma física aos fóruns ou tribunais, através de uma audiência.

A tramitação do processo por esse sistema é de escolha facultativa da parte autora que opta por ela no momento da distribuição processual, porém, é irretratável, não podendo posteriormente ser revista, já a parte ré possui o direito de se opor a escolha de tramitação por esse meio, até a primeira manifestação feita por advogado ou defensor público e, em caso de oposição, o feito deverá ser remetido ao juízo físico competente.

Em relação ao atendimento, o projeto "Balcão Virtual" regulamentado pela Resolução nº 372, de 12 de fevereiro de 2021, criou um canal de atendimento virtual entre os jurisdicionados e as secretarias judiciais, possibilitando assim um contato direto entre estes no período em que, anteriormente ao início da pandemia, era realizado o atendimento presencial.

Já em primeiro de junho de 2021, foi aprovado pelo Plenário do CNJ ato normativo que alterou a Resolução 322/2020, a fim de permitir que os membros da advocacia possam realizar despachos virtuais com os magistrados, devendo o tribunal proferir resposta dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, informando o dia e a hora para atendimento, com exceção das situações que forem urgentes.

Com a implementação de tais recursos, a necessidade de comparecimento presencial aos fóruns e tribunais se tornou rara, praticamente todos os atos podem ser realizados de forma remota inclusive audiências e sessões de julgamentos, além disso, alguns procedimentos básicos necessários ao desdobramento processual, que antes eram realizados de maneira manual pelos servidores, com a implantação do processo judicial eletrônico, passaram a ser realizados pelo próprio sistema. Nesse

sentido:

> Além de o acompanhamento processual ser realizado online, com intimações feitas de forma automática aos advogados por e-mail, o velho hábito de ir até o Fórum onde tramitava o processo de interesse – em horário comercial, para protocolizar uma petição -, deixou de existir. Com conexão à internet, essa ação passou a ser realizada de qualquer local e em qualquer horário. No sistema eletrônico, tarefas antes realizadas necessariamente por servidores públicos também deixaram de existir, como a triagem processual para lançamento do próximo trâmite. O agendamento de atos processuais de forma automática – citações eletrônicas, designação de audiências, intimações e notificações – reduziu drasticamente o trabalho dentro das secretarias, deixando espaço para que os servidores pudessem se ocupar de outras atividades. (BARBOSA, 2018, p. online).

Nota-se que, a citação acima foi escrita em momento anterior à pandemia e já era possível perceber as facilidades da implementação dos sistemas virtuais no meio jurídico. A aceleração trazida pela pandemia, certamente trouxe um imensurável avanço aos operadores do direito, pois, evita o dispêndio de tempo com deslocamento e traz agilidade na tramitação dos feitos, além de incentivar a cooperação entre os mesmos, sempre em busca de celeridade e economia processual.

No que concerne à seara penal, consoante ao já mencionado, a aceleração na modernização e os avanços tecnológicos causados pela pandemia do Covid-19, evidenciaram uma maior celeridade na instrução e julgamento dos feitos, que operou uma vazão de processos superior ao convencional, acarretando uma resolução de causas no Poder Judiciário como jamais vista antes.

Apesar dos dados do ano de 2021 ainda não estarem disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, é evidente que, na prática, houve um aumento significativo na jurisdição "online", impactando diretamente no dia a dia forense criminal.

Isso se deve ao fato de que os agentes envolvidos (Advogados, Ministério Público e o próprio Estado Jurisdição), dispuseram de muitas vantagens nesta nova modalidade, não apenas no aumento em relação à velocidade processual, mas também na economicidade no que diz respeito ao tempo e gastos financeiros em geral.

A título de exemplo, o transporte do réu preso e o deslocamento até o fórum para o acompanhamento de uma audiência presencial, com a chegada da modalidade por videoconferência, todo dispêndio que acarreta essa condução, quer seja gastos com transporte, quer seja a retirada de

agentes de segurança do complexo penitenciário são poupados e remetidos para outros fins.

Outrossim, na perspectiva do advogado criminalista, considerando que os atos processuais podem ser praticados de forma virtual e eletrônica, o que é feito sem qualquer tipo de empecilho, pode-se afirmar que está havendo uma grande oportunidade para o aumento na cartela de clientes, visto que com a implementação do sistema digital, o patrono poderá expandir sua atuação para outros locais e estados, podendo até mesmo entrevistar os clientes reclusos sem maiores dificuldades, coerentemente respeitando as diretrizes de segurança, sem dúvidas tornando mais ágil e eficaz o trabalho do advogado criminalista.

Tratando também do que concerne o ponto de vista do réu, que na maioria das vezes se encontra privado da liberdade e aguardando julgamento no interior do cárcere, trazer maior celeridade a condução do processo, com toda certeza traz grandes benefícios, gerando uma maior eficiência ao princípio da celeridade processual, que é o divisor de águas, e que fará alcançar outra base principiológica, a duração razoável do processo, ocasionando efetividade na resposta estatal devida ao caso criminal dirimido.

Entretanto, quando a temática é relacionada ao rito processual do Tribunal do Júri, o entendimento e ângulos de visão são outros, não no que tange ao acesso aos autos eletrônicos, mas sim quanto à possibilidade do julgamento em plenário ser virtual, temática que causa embate, quanto a violação ou não ao princípio da plenitude de defesa, previsto constitucionalmente.

O princípio da plenitude de defesa, está previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enuncia que é assegurada à instituição do júri a plenitude de defesa. Mas para que se possa compreender melhor a respeito desse princípio é necessário abordar o que trazem os doutrinadores.

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci (2020), a plenitude de defesa se difere da ampla defesa compreendida nos processos criminais comuns, sendo o primeiro mais amplo que o segundo, considerando todo o sistema processual adotado pelo Tribunal do Júri:

> Enquanto aos réus em processos criminais comuns assegura-se a ampla defesa, aos acusados e julgados pelo Tribunal do Júri garante-se a plenitude de defesa. Os vocábulos são diversos e também o seu sentido. Amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo

é, evidentemente, mais forte que o primeiro. (NUCCI, 2020, p. 155).

Nesse espeque, é evidente que aqui reside uma exceção que já vem sendo analisada e discutida no âmbito forense, que trata da impossibilidade de haver a fase de julgamento em plenário, ou seja, a segunda fase do critério bifásico, por videoconferência, ou outro meio que não seja o presencial.

Não pretendendo esgotar o conteúdo a respeito, mas unicamente exemplificando, o Tribunal do Júri carrega, além da plenitude de defesa, uma série de particularidades que o torna deveras impossível de ocorrer por meio virtual.

Dessemelhante aos julgamentos emitidos por juízes togados em geral, a decisão imotivada da banca de jurados, o qual normalmente é composta por pessoas leigas e que em sua grande maioria são persuadidas por atos, falas, gestos, vestimentas e algemas, requer da defesa e da acusação uma atuação mais contundente, os permitindo invocar e conjurar argumentos que fogem da esfera jurídica.

No laborar da realidade, as palavras de Paulo Rogério de Oliveira (2021) vivificam o supracitado, expondo na ocasião o óbice discorrido:

> Não é segredo para ninguém que milita na seara criminal, que uma minoria de magistrados togados, em algumas situações, tomam suas decisões impelidos pelo clamor social, ou outrora pela pressão midiática dos meios de comunicação, entre outros motivos extra autos. Portanto, imagine-se os juízos leigos que servem ao júri, quando diante de um julgamento virtual se veem na inglória obrigação de dizer da absolvição ou da condenação de uma pessoa presa em um presídio qualquer, a qual já carrega naturalmente todos os estigmas e preconceitos por estar inclusa no sistema prisional. (OLIVEIRA, 2021, p. online).

Portanto, apesar da vantagem auferida nos processos criminais comuns, o julgamento em plenário presencial é, de fato, imprescindível para a garantia dos direitos fundamentais constitucionais da acusação e, principalmente, da defesa, afastando a aluvião de recursos interpostos nos atafulhados Tribunais de Justiça Estaduais, por veredictos traspassados de vícios, incertezas e interpretações equivocadas, que deveras precisam ser diminuídos e não ampliados.

Traçar esse período de mudança histórica, trará imenso ganho do ponto de vista estratégico, sendo importante avaliar a forma como o Poder Judiciário atuou no período de pandemia, considerando os números de entrega e resolução dos processos, devendo manter essas inovações no novo mundo normal pós-pandêmico que estamos começando a vivenciar.

Porém, também será de extrema necessidade que os atos em

que a presença física das partes se mostra indispensável para garantir o contraditório, a ampla defesa e os demais princípios garantidos em nossa carta magna, permaneçam como sempre foram mantendo o movimento nos corredores dos fóruns e tribunais brasileiros.

## 2 A utilização nos Tribunais da "IA" Inteligência Artificial

Um outro modelo de avanço tecnológico, que já ocorria antes mesmo da pandemia do Covid-19, todavia, passou a ter mais visibilidade após a crise sanitária, trata-se da temática da inteligência artificial "IA" no campo jurídico, apesar de ainda ser um tema bastante controverso, já existem diversos exemplos de utilização da IA na esfera jurídica, que tem mostrados inúmeros benefícios para um Judiciário mais eficiente.

A IA aplicada ao Judiciário, permite como exemplo, a extração de informações legais relevantes, que auxiliam o Julgador a identificar de forma muito mais rápida, falhas na elaboração de contratos, de argumentos centrais da matéria em discussão, entre outras questões que são basilares para fundamentação das decisões judiciais. Documentos com milhares de páginas podem ser decodificados em minutos, tornando a leitura do julgador mais célere e eficaz.

Entretanto, as controversas voltadas a aplicação da Inteligência Artificial no campo jurídico, ainda limitam sua utilização, principalmente em razão da falta de uma regulamentação clara de como deve ser seu manuseio. Com isto, entende-se que, para uma maior aderência a aplicação da IA neste campo, é necessário que ocorra sua regulamentação legislativa. De forma a obter-se maior segurança jurídica quanto aos limites da utilização da Inteligência Artificial como auxiliar do Poder Judiciário, de modo que, não ocasione em uma utilização descontrolada e venha a ferir diretos.

Entende-se, portanto que, a inteligência artificial deve ser sim utilizada, porém, de forma acessória, sendo indispensável que haja uma validação humana. Sobre a utilização da IA, temos que:

> Tendo em vista que a realidade do poder judiciário do Brasil é marcadamente caracterizada pela alta demanda de processos nas inúmeras comarcas espalhadas pelo país, aliada à falta de juízes e servidores, é interessante refletir que a situação dos órgãos judiciais pode melhorar com o uso de meios tecnológicos. A utilização de inteligências artificiais [...] é mais um exemplo de como estas melhorias podem e servem para dar mais celeridade aos processos, de tal modo

> que os servidores e magistrados consigam direcionar tempo e energia para resolver outras questões procedimentais no âmbito judicial. (CUSTODIO E SANTOS, 2020, p. online).

Como exemplo prático do benefício de utilização da IA, temos o E-proc, um sistema de processo eletrônico que fora criado pelo TRF4. Por meio do sistema de Inteligência Artificial o E-proc já consegue decodificar as iniciais que são protocoladas e proferir uma checagem quanto ao assunto que fora atribuído pelo patrono da causa está correto com o tema discutido na inicial.

De forma que, o sistema consegue evitar erros de distribuição, auxiliando na celeridade processual. De acordo com MARTINS (2021), só em 2019, este sistema de IA chegou a prevenir que 65.536 processos fossem distribuídos para juízo incompetente, o que com toda certeza, economizou muito trabalho para os serventuários e magistrados.

De acordo com balanço publicado em 2019[1], o Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu, no citado ano, 90.039 processos, sendo 20.125 originários e 69.914 recursais. É nesse sentido que nem mesmo a Suprema Corte Brasileira escapou dos laços da Inteligência Artificial.

Em dezembro de 2017 o STF, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), iniciou o Projeto Victor, nome este dado em homenagem a Victor Nunes Leal, falecido em 1985, ex-ministro do STF (1960 – 1969), em razão de ter se destacado como grande responsável pela sistematização jurisprudencial do Tribunal em súmulas, facilitando desde então a aplicação de precedentes.

O Victor, popularmente conhecido como "robô do STF", foi apresentado em 2018 pelo diretor-geral da Suprema Corte, Eduardo Toledo, no II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia, ocorrido na capital brasileira.

O propósito da ferramenta, de acordo com seu projeto inicial, seria fazer uma separação e classificação das peças do processo judicial, identificando os primordiais temas de repercussão geral da Corte. Logo, é no Núcleo de Repercussão Geral que inicia o trabalho do inovador sistema tecnológico.

Basicamente, é feita a identificação do tema de repercussão geral em cada processo, indicando ao Presidente do STF quais deles têm Repercussão

1 Dado obtido por intermédio de informativo publicado em 2019 pela Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) à época, Ministro Dias Toffoli. Disponível para acesso em: https://www.conjur.com.br/dl/stf-fecha-2019-acervo-306-mil-processos.pdf.

Geral. Essa análise é feita em poucos segundos, analise esse que feita por um servidor lhe demandaria horas. Quanto à separação e classificação das peças processuais, o que antes levaria em média 30 (trinta) minutos para ser completado por um servidor do órgão, com a finalidade de realizar a mesma operação, o Victor despenderia em torno de 05 (cinco) minutos.

Percebe-se que eficiência da IA é enorme, e que a tendência é que a cada ano a seção de Tecnologia da Informação do Supremo Tribunal Federal vá aprimorando o processo de aprendizagem da funcionalidade do sistema, inserindo padrões sobre temas de repercussão geral ainda não inseridos, fazendo com que a própria máquina aprenda com sua específica atuação.

Em relação a softwares como o do Projeto "Victor", Renato Leite expõe que:

> Trata-se de sequências pré-definidas de comandos automatizados que, com base em dados pessoais e não pessoais, chegam a conclusões que podem sujeitar alguém a uma determinada ação, a qual pode ou não ter impacto significativo na sua vida. Em sistemas mais complexos, como os que se valem de aprendizado de máquina, essas sequências pré-definidas podem ser alteradas de acordo com as variáveis usadas como substrato, e também pelas conclusões intermediárias. Essa natureza adaptativa tem se tornado mais comum, graças a complexos sistemas de inteligência artificial e aprendizado de máquina capazes de influenciar as conclusões intermediárias – a ponto de não ser mais possível prever os resultados finais ou entender sua lógica subjacente. (LEITE, 2018, p.02).

Apesar de a Inteligência Artificial denominada "Victor" oferecer encurtamentos em procedimentos específicos no dia a dia forense, e ainda estar em constante evolução e investimento para sua melhoria, importante destacar que a "atividade-fim" da Suprema Corte, ou seja, o julgamento dos litígios, continuarão nas mãos dos Ministros, e que a ferramenta de IA, somente tem o condão de organizar e auxiliar no trato com a grande demanda que recebe.

Importante salientar que a implantação e criação da Inteligência Artificial dependem de mecanismos modelos que são nada mais do que representações abstratas de um processo real, ou seja, trata-se de uma forma de simplificação de casos complexos. Essa simplificação também depende do programador, que efetua a seleção de quais informações que deverão se transformar na base do sistema de IA, sendo essas informações utilizadas para solucionar casos futuros.

Deveras se considerar, que o sistema não deixa de estar condicionado

nas escolhas do próprio programador, escolhas essas que refletem quais sãos as prioridades, concepções e objetivos do mesmo, não deixando de haver uma subjetividade latente. Nesse sentido:

> Repita-se o que a doutrina vem afirmando com certa insistência: a utilização da tecnologia digital na prática jurídica pode trazer – e, em alguns casos, já traz – vários benefícios, embora todos sejam mecânicos. O advogado, o juiz e o promotor não são, dessa forma, prescindíveis. O que se está a oferecer no mercado das startups e da inteligência artificial é, na essência, o mesmo que um personal computer (PC) podia dispor em termos de coleta, organização e de cruzamento de dados em seus primórdios, na década de 80. O entusiasmo, a euforia são justificáveis, portanto, na idêntica medida do encantamento que tomou conta dos ouvintes de rádio quando o aparelho trouxe para dentro de suas casas um repertório musical antes inimaginável. Isso no início do século passado. Não se trata de reduzir o impacto tecnológico do Direito 4.0, mas dar a ele a dimensão justa. A revolução digital é bem-vinda, mas é preciso lembrar que atrás de cada algoritmo de inteligência artificial há um especialista de inteligência humana. Pois bem, isso pode soar desprezível para as ciências exatas, mas não para as ciências jurídicas. Imagine que os valores morais, éticos e sociais do desenvolvedor permaneçam incutidos no algoritmo mesmo quando ele deixa as planilhas de cálculo e é transferido para o núcleo de decisões de um software. Ou seja, se o que se espera de um robô-juiz é a objetividade em seus julgamentos, é oportuno consignar que ele carrega toda a subjetividade de seu criador. (NUNES; MARQUES, 2019, p. online).

Portanto, reafirma-se que a utilização da Inteligência Artificial no Judiciário deve ser exclusiva para fins de apoio ao julgador e não como substituição a esse, sendo imprescindível uma regulamentação clara quanto aos limites de sua aplicabilidade. Sob pena de engessar o Direito e replicar injustiças.

## 3 Considerações finais

A introdução abrupta da tecnologia nos tribunais, impulsionada pela pandemia e pela necessidade de dar prosseguimento aos processos judiciais, trouxe inúmeros benefícios como os narrados acima, que sem nenhuma dúvida, garantiram a continuidade da prestação jurisdicional e até mesmo proporcionou grande celeridade aos atos, tendo em vista as facilidades do mundo digital.

Todavia, para tudo existem dois pontos de vista, dois lados de uma mesma moeda. É importante vislumbrar também os pontos negativos da inserção acelerada da justiça tecnológica. Para que isso seja possível é

necessário considerarmos os diferentes cenários em que vivem as pessoas de nosso gigantesco país.

O Brasil é um país gigantesco, existindo regiões paupérrimas com praticamente zero acesso à internet, para essas pessoas, um Judiciário cem por cento digital tornaria o acesso à justiça um tanto quanto impossível. A questão do acesso à justiça em meio a virtualização dos sistemas e os jurisdicionados que se encontram em situação de vulnerabilidade social, é um tema que necessita de grande atenção. Para isso, entende-se necessário uma análise do ponto de vista Constitucional.

De um lado, temos a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que garante o acesso à justiça utilizando os seguintes termos "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", tratando-se portanto, de um direito fundamental e de outro, segundo estudo realizado pelo Instituto Locomotiva e da consultoria PwC, 33,9 milhões de brasileiros não possuem acesso à internet.

Ignorar tal realidade seria desrespeitar o preceito trazido pela Carta Magna e também o compromisso firmado pelo Brasil no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, da qual é signatário e que traz em seu Artigo 14:

> Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. (PACTO, 2018, p. online).

Diante disso, é preciso analisar de que maneira será possível ao Poder Judiciário manter sua informatização, levando em consideração todos os pontos positivos trazidos pela tecnologia, conforme já mencionado, sem deixar à deriva os brasileiros que ainda não possuem acesso aos meios virtuais. Nesse sentido:

> A computação e internet facilitam a administração da justiça, mas o acesso do cidadão aos mesmos ainda é mais precário do que à saúde e educação […] desta forma, se mais amplas reformas não forem tentadas, incluindo uma democratização dos recursos computacionais, estes passarão a servir de instrumento para uma maior ainda elitização do acesso à justiça. (FONTAINHA, 2002, p.7).

Uma outra elucidação, quanto ao abrupto avanço tecnológico que o Judiciário vem sofrendo, é quanto à necessidade de profissionais multifacetários, que sejam capazes não apenas de apresentar soluções jurídicas, mas também, de lidar com a tecnologia para conseguir dar andamento aos processos, utilizando de softwares complexos.

Não é difícil encontrar nos tribunais profissionais mais antigos de carreira, que não possuem conhecimento tecnológico e que se viram em uma situação delicada e em grande desvantagem frente aos jovens profissionais, mais adaptados com o mundo tecnológico, sendo necessário, a busca de conhecimento noutras áreas além do Direito.

Além dos servidores, outro exemplo de profissionais que sofreram os impactos do início brusco da utilização ampla e única dos meios tecnológicos como forma de dar andamento aos processos judiciais em meio a pandemia foram os advogados, em especial, os com mais tempo de atuação, que estavam acostumados as petições impressas, ao comparecimento nas secretarias, a análise dos autos físicos e as audiências presenciais.

Estes profissionais se viram, não somente, tendo que aprender as inovações do mundo tecnológico para exercer sua profissão, mas também, tendo que orientar seus clientes a respeito das mesmas, o que não era nada comum de acontecer, tornou-se uma necessidade latente e desenfreada.

Outra razão que leva a se ver tantas críticas a essa revolução tecnológica no Judiciário, está pautada na desconfiança com o desconhecido e o medo do novo. Como prova têm se mostrado expressivos os aumentos de impugnações nas audiências virtuais, sob argumentos repetidos que tentam aduzir uma afronta a plenitude de defesa nas audiências realizadas de forma virtual.

Um exemplo nesse sentido, foi o julgamento proferido no Habeas Corpus 590.140 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujas alegações pautavam no argumento de que a audiência virtual inviabilizava a plena defesa do acusado em processo penal. Entretanto o STJ entendeu que a crise sanitária mundial é de fato algo excepcional, e que autoriza a realização de atos processuais por sistema áudio visual, sem que isso configure

cerceamento de defesa.

Além disso, não se pode deixar de mencionar, que são necessárias certas medidas compensatórias, para que realmente essa modalidade não traga prejuízo às partes, como por exemplo, que os atos sejam praticados em tempo real, que a conexão esteja estável, para que seja possível fazer da audiência virtual, meio idôneo aos fins desejados.

Em relação a implementação da "IA" – Inteligência Artificial no Poder Judiciário, também é importante ressaltarmos a linha tênue que separa a necessidade de auxílio por meio desses sistemas, no sentido de facilitar e acelerar certos procedimentos que não precisam ser realizados por seres humanos e a substituição da força de trabalho do operador do direito.

Como bem sabemos, o direito é dinâmico, ele se adequa e evoluiu de acordo com a realidade, aquilo que é ou não aceito pela sociedade, ou aquilo que era e não é mais considerado adequado ou vice e versa. Sendo notório que aqueles que não se adaptam as mudanças, são dizimados pela própria evolução, conceito básico da evolução dos seres vivos no planeta terra.

Um exemplo claro de mudança trazida pela evolução do pensamento social, é a descriminalização do adultério, que através da Lei 11.106/2005 deixou de ser considerado crime, tendo sido retirado do Código Penal a pena de quinze dias a seis meses de detenção para a prática e a evolução do direito das mulheres, que a partir da mudança de visão sobre o papel desempenhado pelas mulheres na sociedade, levou a Carta Magna a consolidar a igualdade entre homens e mulheres e outros tantos direitos alcançados pela população feminina desde então.

Diante disso, o verdadeiro trabalho dos operadores do direito, é analisar o caso concreto, as peculiaridades de cada situação, de cada acontecimento, dos sujeitos envolvidos, as motivações, os argumentos, o contraditório, a ampla defesa, dentre tantos outros aspectos únicos de cada processo. Análise que jamais poderá ser substituída pela tecnologia sem que isso acarrete num direito totalmente engessado e consequentemente muito menos justo.

Além disso, não se pode deixar de destacar o fato de que a Inteligência Artificial é uma máquina e estas estão propensas a falhas e defeitos, destarte:

> A preocupação em estabelecer princípios para disciplinar o uso da inteligência artificial, em especial no sistema de Justiça, é justificada.

> Em que pese os sistemas inteligentes sejam úteis para acelerar a marcha processual e otimizar o tempo de trabalho dos serventuários dos tribunais, substituindo o esforço humano em atividades repetitivas, que passam a ser realizadas pela IA, seu funcionamento não está livre de falhas, havendo risco de comportamentos imprevisíveis causados por defeitos de configuração ou programação, os quais podem ocorrer de forma contínua e rotineira, bem assim de intercorrências associadas a vieses que precisam ser tomados em consideração. A confiabilidade do modelo ou função construída depende fortemente da qualidade dos dados utilizados e a escolha da técnica e evolução do algoritmo, pois o sistema se adapta e aprende na medida em que as informações vão sendo acumuladas.
>
> Nesse passo, importa colocar em discussão a concepção equivocada de que a inteligência artificial teria uma aura de infalibilidade, talvez pela característica de grande eficiência na execução das atividades que lhe são submetidas. A inteligência artificial não possui as características de um intelecto humano, não é capaz de refletir criticamente, tudo o que a máquina faz é seguir as instruções providas pelo ser humano, razão pela qual, se essas instruções forem defeituosas esse defeito repercute no funcionamento do algoritmo, além do que se os dados catalogados contiverem vieses, os métodos estatísticos do algoritmo podem reproduzi-los, levando a decisões discriminatórias.(DANTAS; BRAZ, 2022, p. 17-18).

Nesse sentido, tem surgido pelo país projetos de lei no intuito de definir os limites para utilização da Inteligência Artificial no Brasil, como o PL nº 21/02020 proposto pelo deputado Eduardo Bismarck (PDT-SP) que visa garantir que o uso da inteligência artificial respeitará os direitos humanos e os valores democráticos e o PL nº 5.051, de 2019, proposto pelo Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN) que tem por objetivo definir que a "IA" será sempre utilizada como auxílio à decisão humana, vedando assim a produção de decisões pelos sistemas virtuais.

Todavia, apesar das críticas, não se pode negar que a tecnologia já é parte do sistema jurídico, e mesmo que sua introdução tenha sido bruscamente acelerada em razão do cenário pandêmico, não se pode olvidar que tal situação trouxe enormes oportunidades, principalmente para a advocacia iniciante, estando mais adaptados às novas tecnologias e mais receptiva as mudanças.

Conclui-se que é indispensável não ceder ao medo do novo, é preciso olhar para frente, enxergar os benefícios a longo prazo, observar que mudar é preciso e natural na evolução da humanidade. Que toda a evolução tecnológica trazida pela pandemia do Covid-19 foi, apesar de abrupta e imprevisível, importantíssima para a percepção social da latente

necessidade de trazer novos mecanismos que possam sustentar a era da Judicialização.

Entendendo que a mudança é incontrolável, o que se tem a ser feito é proteger o respeito as matrizes do Direito e trabalhar para que seja possível a conciliação de novas ferramentas tecnológicas em consonância com as diretrizes normativas.

## Referências

BARBOSA, Luciana. **Processos físicos e eletrônicos: você sabe a diferença?** Advise blog, 2018. Disponível em: > https://blog.advise.com.br/processos-eletronicos-e-fisicos/>. Acesso em: 22 de Abril de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números digital**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 05 abr. 2022.

CUSTÓDIO, Leonardo Rulian; SANTOS, João Vitor de Jesus. **Magistratura Em Tempos de Pandemia:** A Tecnologia e o Teletrabalho Como Ferramentas Utilizadas Pelos Juízes 26 Em Busca da Magistratura Tecnológica Desejada. Assegurando a Preservação e Continuação da Prestação Jurisdicional. 2020. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2021/07/Magistratura-em-tempos-de-pandemia-a-tecnologia-e-o-teletrabalho-como-ferramentas-utilizadas-pelos-Juizes-em-busca-da-Magistratura-tecnologica-desejada-assegurando-a-preservacao-e-contin.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.

DANTAS, F. W. S,; BRAZ, G. F. **Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro.** Revista Jurídica Portucalense. 2022. Disponível em: https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/26296. Acesso em: 08 de maio de 2022.

DECRETO Nº 592, DE 06 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional Sobre Direitos** Civis e Políticos.

Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 09 abr. 2022.

LEITE, Renato. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?.** Instituto Igarapé, 2018. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf. Acesso em: 03/05/2022.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Acesso à Justiça e pandemia**. Revista Juz Navigandi. Teresina, ano 26, n. 6412, 20 jan. 2021. Dispo nível em: https://jus.com.br/artigos/88048. Acesso em: 27 abr. 2022.

MARTINS, Isabela Pereira. **RESENHA DO ARTIGO INTITULADO "INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO**. Disponível em: https://zenodo.org/record/5524699#.Ymm9DujMLIU. Acesso em: 27 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. **ALGORITMO:** O RISCO DA DECISÃO DAS MÁQUINAS. Disponível em: https://www.academia.edu/40593161/TECNOLOGIA_X_DIREITO_Algoritmo_o_risco_da_decis%C3%A3o_por_m%C3%A1quinas?from=cover_page. Acesso em: 08 mai. 2022.

OAB NACIONAL. **CNJ atende OAB e regulamenta Gabinete Virtual para garantir atendimento à advocacia**. Disponível em: https://www.oab.org.br/noticia/58918/cnj-atende-oab-e-regulamenta-gabinete-virtual-para-garantir-atendimento-a-advocacia. Acesso em: 09 abr. 2022.

OLIVEIRA, Paulo Rogério. O Tribunal do Júri em tempos de pandemia: Da adaptação ao cerceamento de defesa. Jus, [S.l.], jul. 2021. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/91686/o-tribunal-do-juri-em-tempos-de-pandemia-da-adaptacao-ao-cerceamento-de-defesa#:~:text=Pela%20proposta%20do%20CNJ%2C%20as,Secret%C3%A1rio%20de%20Audi%C3%AAncia%20estariam%20no. Acesso em: 06 abr. 2022.

PWC. **O abismo digital no Brasil**. Como a desigualdade de acesso à internet, a infraestrutura inadequada e a educação deficitária limitam nossas opções para o futuro. Disponível em: https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html. Acesso em: 09 abr. 2022.

SÁ, Acácia Regina Soares de. **O Poder Judiciário em tempos de pandemia de Covid19.** Brasília, 2021. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhaseprodutos/artigosdiscursos-eentrevistas/artigos/2021/opoderjudiciarioemtemposdepandemiade-covid19 1#:~:text=O%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20passou%20por,com%20a%20presteza%20e %20efici%C3%AAncia. Acesso em: 27 abr. 2022.

TEIXEIRA, Íria Helena Bertolin; PANTALEÃO, Mariana Tiba; SALOMÃO, Luiza Beltrame, CATARINO, Tamires Faria Catarino; ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. **Novas tecnologias no mundo jurídico: há espaço para os iniciantes na carreira?**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-fev-09/opiniao-novas-tecnologias-mundo-juridico-pos-covid-19. Acesso em: 09 abr. 2022.

# POSFÁCIO

O Direito não é uma disciplina a ser tratada de forma estanque, afastada de outros conteúdos. Pelo contrário. O Direito só se firma como área da ciência na medida em que regula as diversas relações sociais que estabelecemos em nosso dia a dia.

Vivemos atualmente em uma sociedade em que o *digital* está cada vez mais presente, ora nos unindo, ora nos separando; ora propiciando novos empregos, ora acabando com profissões que se tornam obsoletas; ora nos ajudando, ora prejudicando. E é no convívio dessas dualidades que percebemos, cada vez mais, a necessidade da atuação jurídica nos diversos institutos permeados pela tecnologia.

Ao pensar sobre o tema, me veio à mente a seguinte frase de Albert Einsten: "O espírito humano precisa prevalecer sobre a tecnologia". Assim, não se pode olvidar a premência da força e pensamento humanos aliados aos instrumentos modernos.

Os temas centrais tratados por essa obra, quais sejam, Direito, democracia e tecnologia, devem andar *pari passu,* para que um possa fortalecer o outro, sem desencontros ou desavenças, que, em última instância, acabam afetando o convívio social.

Os artigos contidos nessa obra nos dão subsídio para refletir sobre assuntos contemporâneos, que são enfrentados pelos operadores do Direito, e oferecem esteio para a aplicação ao caso concreto.

Então, caro(a) leitor(a), agora que você chegou ao final do livro, vale fazer uma reflexão sobre as proposições trazidas nos artigos aqui compreendidos e, até mesmo, dar a sua própria contribuição em uma obra futura.

Finalizo esse breve texto cumprimentando todos os autores e os organizadores, por estarem contribuindo para o adensamento da pesquisa científica de forma magistral. Parabéns a todos.

*Jéssica Rodrigues Godinho*

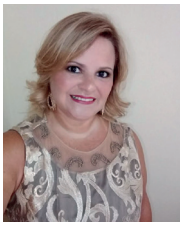
# SOBRE OS ORGANIZADORES



**Cristina Rezende Eliezer:** Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-Graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Pós-Graduada Lato Sensu em Gestão de Projetos pelo Centro Universitário de Formiga - UNIFOR/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduanda em Letras pelo Centro Universitário Newton Paiva. Foi professora de Direito no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais - IFMG (2010 a 2013). Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Atualmente é Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Coordenadora-geral da Rede de Egressos do PPGE - UFLA. Coordenadora do Projeto PUCblica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq)- PUC Minas. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Advogada. Pedagoga. E-mail: cristinaeliezer@yahoo.com.br



**Alexandre José Prado Campos e Silva:** Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha – FADIVA. Advogado, Pós-graduado em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Faculdade Cenecista de Varginha – FACECA. Presidente da 20ª Subseção da OAB/MG, Presidente da APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados por 2 mandatos e Procurador do TJD – Tribunal de Justiça Desportiva no ano de 2018. E-mail: alexandreprado.adv@hotmail.com



**Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento:** Advogada. Professora. Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pós-Graduada em Relação Jurídica de Consumo pela Escola Mineira de Direito (EMD). Conselheira Seccional da OAB Minas Gerais. Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). E-mail: anacristinabrandaoadv@hotmail.com

Um conhecido provérbio oriental diz que "tempos difíceis criam homens fortes". O Brasil atravessou, talvez, uma de suas maiores crises econômicas e, mais recentemente, sanitárias de sua história. Juntam-se a isso aspirações autoritárias, com certas ameaças a ruptura do Estado de Democrático de Direito, o pêndulo democrático de Arthur M. Schlesinger Jr. tende para o lado que não desejamos. É dever dos operadores do Direito, através de sua retórica, bem como de estudos aprofundados sobre os mais diversos temas, buscarem a retomada dos ares democráticos para nossa sociedade. O Direito como conhecemos mudou e necessita de seus agentes cada vez mais preparados. Vivemos um tempo com crescentes avanços da tecnologia, com redes sociais dominando os aparelhos eletrônicos e gerando, portanto, necessária tutela jurisdicional adequada, como aborda moderna Doutrina Brasileira ao tratar sobre o chamado "constitucionalismo digital". A presente obra busca aliar a teoria e a prática, conduzindo inúmeros temas atuais e de relevante importância, seja para operadores do Direito voltados a prática, como também a academia. Ambas cada vez mais necessárias para toda sociedade, como Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Visual Law, Direito Penal, Tecnologia e muitos outros.

*João Otávio Fiorentini Rodrigues Nunes*

ISBN 978-6553970908

EDITORA METRICS