



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

1980-0878

DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares



Volume 16 - Número 1 - jan./dez. 2021

UF UNIFIPA
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 16 – Número 1 – jan./dez. 2021

UF UNIFIPA
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 16 – Número 1 – jan./dez. 2021

UF UNIFIPA
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

Conselho de Administração

Presidente: Antonio Hércules

Diretoria Administrativa

Presidente: José Carlos Rodrigues Amarante

Centro Universitário Padre Albino

Reitor: Nelson Jimenes

Pró-Reitora e Diretora de Educação: Cristiane Valéria da Silva Procópio de Oliveira

Pró-Reitora Acadêmica e Pró-Reitora de Graduação: Maria Cláudia Parro

Coordenador do curso de Direito: Luis Antonio Rossi

DIREITO E SOCIEDADE

Editor chefe: Ana Paula Polacchini de Oliveira

Conselho Editorial

Ana Paula Polacchini de Oliveira – Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Carolina Piccolotto Galib – Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCAMP)

Cristiane Miziara Mussi - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ)

Luís Antônio Rossi - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Marcelo Grimone - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Marcelo Truzzi Otero - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Editoração de Revistas

Marisa Centurion Stuchi (Analista Técnico)

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito. - - Vol. 16, n. 1 (jan./dez. 2021) - Catanduva: Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Anual.
ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Centro Universitário Padre Albino. Curso de Direito.
CDD 340

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310 - Catanduva-SP, Brasil.

Tel.:(17) 3522-2405. E-mail:ana_polacchini@yahoo.com.br



Sumário

Apresentação

Os Editores.....05

Artigos

Novas perspectivas do processo de execução de quantia certa no Superior Tribunal de Justiça: as medidas atípicas e a mitigação do rol dos bens impenhoráveis

Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguim Marcus Vinicius dos Santos Novaes, Diego Yukio Nagata, Gabriel Oreste Zuchi Jorge, Geovana Aparecida Paulino Soares, João Victor Montes Mota, Júlia Gavioli Bardella, Leonardo de Souza Damasco, Lívia Beatriz Felix, Paola de Oliveira Berto, Victor Hugo Lopes, Alexandre Fontana Berto07

Averbação pré-executória como meio alternativo de cobrança de tributos

Assuero Rodrigues Neto, Ivana Mussi Gabriel24

Direito digital: de uma teoria geral à inteligência artificial

Alex Vinicius Carmelossi, Ana Beatriz Adami da Cunha, Anderson Renato Mendes de Oliveira, Bruna Soares Pesolito, Cláudia Cavallini, Daniel Monteiro, Fernando Figueiredo, Guilherme Balastegui, Hágata Fernandes Moreira, Igor José Martinez, João Vitor Bertate, João Vitor Theodoro, Lívia Camillo Guerbas, Lorena Amadio Santos Carfaro Teixeira, Luísa Camacho, Luiz Mathias Neto, Matheus Mendes Marques, Thayane Zarbim, Paloma Fernandes Lins, Isabella Souza Rainho de Oliveira Poli, Jefferson Lucas Monsani Alves, Amanda Sanches, Bianca Guilherme de Oliveira, Daisy Carolina Rodrigues da Rocha, Maria Carolina Rascassi, Luís Antônio Rossi37

Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados ao setor privado saúde

Alex Vinicius Carmelossi, Bruno Bifon Barrera, Emilyn Thaire de Faria Marion, Gabriela da Silva Rinaldi, Guilherme Ferreira da Silva, João Vitor Bertate, Luana Alves Porto, Maria Eduarda Bezerra Marcos, Mariana Dellatore de Souza, Matheus Mendes Marques, Paloma Fernandes Lins, Isabella Souza Rainho de Oliveira Poli, Amanda Sanches, Leila Renata Ramires Masteguim, Daisy Carolina Rodrigues da Rocha, Maria Carolina Rascassi55

Lei geral de proteção de dados (lei n. 13.709/2018): impactos nas relações de trabalho

Leila Renata Ramires Masteguim, Gabriela de Sousa Ferreira, Elen Cristina Xavier, Gabriela Rodrigues de Abreu, Amanda Ribeiro Bertin, Gabriel Oreste Zuchi Jorge, Leonardo de Souza Damasco, Luiz Henrique Ramos de Lima, Matheus Mendes Marques, Maria Eduarda Bezerra Marcos, Paola de Oliveira Berto e Kleber Henrique Saconato Afonso.....72

A responsabilidade do empregador diante do limbo jurídico previdenciário trabalhista

Leila Renata Ramires Masteguim85

A eficácia das mudanças legislativas no âmbito da doutrina da proteção integral: um estudo do artigo 23 do ECA

Ana Clara Gomes Balbino, Cláudia Cavallini, Giuliana Valério, Helena Araújo Lúcio Almeida, Ingrid Vitória de Queiroz, Isabela Baptista Olivio, Isadora Gabriel Fernandes, Marcela Scaldelai, Matheus Mendes Marques e Thamy de Fátima Segundo, Ana Paula Polacchini de Oliveira96

O movimento LGBT e a implementação de políticas públicas relativas à diversidade sexual e de gênero: um breve relato

Luis Augusto Guareis dos Santos, Eduardo Serpa Rochi, Gabriely Freitas Dias, Isadora Gabriel Fernandes, Márcia Maria Menin115

O feminismo jurídico como diretriz fundamental para se repensar o direito

Álvaro José Haddad de Souza, Ana Júlia Buniak Pinto, Barbara de Castro, Isabela Baptista Olivio, Isabelle Anastácio, Letícia Nigro da Silva, Mário Quiudini Neto, Luis Augusto Guareis dos Santos e Marcia Maria Menin123

Interrupção voluntária da gravidez: a descriminalização do aborto como elemento de saúde pública

Yuri Martins130

Chamada por trabalhos 146

Apresentação

A revista “DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares” do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) chega a seu décimo sexto volume com dez artigos que se voltam a temas contemporâneos do Direito e que resultam de cuidadosos processos de pesquisa acadêmica.

O curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) reforça seu compromisso institucional e social com o ensino, com a pesquisa e com a extensão ao dar continuidade à organização e publicação de um periódico dessa envergadura, que conta com uma coletânea de textos produzidos cuidadosamente por docentes, egressos e discentes conectados à investigação científica, à abordagem crítica do direito e aos direitos humanos.

Sugerimos uma leitura atenta aos textos desse volume, que inclui as novidades do processo civil, da cobrança de tributos, do direito digital, do direito trabalhista e dos direitos da criança e do adolescente. Aborda, ainda, os direitos LGBT, o feminismo jurídico e os direitos da mulher.

Os direitos fundamentais e a história do direito, linhas de pesquisa do curso de direito da UNIFIPA, orientam os trabalhos de pesquisa desenvolvidos e aqui publicados. A produção aqui trazida promove uma abordagem técnica e crítica da dogmática jurídica e oferece meios para a reflexão e o uso do direito com autonomia.

O artigo que abre esse volume trata do processo civil de execução e mais especificamente da obrigação de pagamento de quantia certa de natureza não alimentar debatida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Intitulado “Novas perspectivas do processo de execução de quantia certa no Superior Tribunal de Justiça: as medidas atípicas e a mitigação do rol dos bens impenhoráveis”, o texto, do grupo coordenado por Alexandre Fontana Berto, é de autoria também de Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguim, Marcus Vinicius dos Santos Novaes, Diego Yukio Nagata, Gabriel Oreste Zuchi Jorge, Geovana Aparecida Paulino Soares, João Victor Montes Mota, Júlia Gavioli Bardella, Leonardo de Souza Damasco, Lívia Beatriz Felix, Paola de Oliveira Berto e Victor Hugo Lopes.

O segundo artigo desse volume, intitulado “Averbação pré-executória como meio alternativo de cobrança de tributos” é de autoria de Assuero Rodrigues Neto e Ivana Mussi Gabriel. O artigo trata da nova forma de cobrança extrajudicial de crédito tributário federal, denominada de averbação pré-executória, criada pela lei federal 13.606/2021.

A temática do direito digital é retratada nos três artigos seguintes. O terceiro artigo desse volume, “Direito digital: de uma teoria geral à inteligência artificial”, divulga o resultado da pesquisa do tema a partir da inteligência artificial e do uso de ferramentas dessa natureza em julgamentos judiciais a fim de possibilitar a utilização ética e não discriminatória como forma de apoio e promoção de justiça.

O texto é de autoria de Alex Vinicius Camelossi, Ana Beatriz Adami da Cunha, Anderson Renato Mendes de Oliveira, Bruna Soares Pesolito, Cláudia Cavallini, Daniel Monteiro, Fernando Figueiredo, Guilherme Balastegui, Hágata Fernandes Moreira, Igor José Martinez, João Vitor Bertate, João Vitor Theodoro, Lívia Camillo Guerbas, Lorena Amadio Santos Carfaro Teixeira, Luísa Camacho, Luiz Mathias Neto, Matheus Mendes Marques, Thayane Zarbim, Paloma Fernandes Lins, Isabella Souza Rainho de Oliveira Poli, Jefferson Lucas Monsani Alves, Amanda Sanches, Bianca Guilherme de Oliveira, Marcus Vinicius dos Santos Novaes, Daisy Carolina Rodrigues da Rocha, Maria Carolina Rascassi e coordenado por Luís Antônio Rossi.

Também orientado por Luís Antônio Rossi, o quarto artigo aplica os “Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados ao setor privado saúde” ao tratar as diretrizes legais aplicáveis ao tema e da importância e

indispensabilidade da proteção dos dados pessoais para às atividades da área da saúde e dos programas de *compliance*. Os autores são: Alex Vinicius Camelossi, Bruno Bifon Barrera, Emilyn Thaire de Faria Marion, Gabriela da Silva Rinaldi, Guilherme Ferreira da Silva, João Vitor Bertate, Luana Alves Porto, Maria Eduarda Bezerra Marcos, Mariana Dellatore de Souza, Matheus Mendes Marques, Paloma Fernandes Lins, Isabella Souza Rainho de Oliveira Poli, Amanda Sanches, Leila Renata Ramires Masteguim, Daisy Carolina Rodrigues da Rocha, Maria Carolina Rascassi.

O quinto artigo desse volume denominado “Lei geral de proteção de dados (lei n. 13.709/2018): impactos nas relações de trabalho” tem como autores, Leila Renata Ramires Masteguim, Gabriela de Sousa Ferreira, Elen Cristina Xavier, Gabriela Rodrigues de Abreu, Amanda Ribeiro Bertin, Gabriel Oreste Zuchi Jorge, Leonardo de Souza Damasco, Luiz Henrique Ramos de Lima, Matheus Mendes Marques, Maria Eduarda Bezerra Marcos, Paola de Oliveira Berto e Kleber Henrique Saconato Afonso, orientador da pesquisa. O texto trata da aplicação da LGPD nas relações de trabalho na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, de modo a conferir transparência à relação e evitar tratamento inadequado de dados por empresas e as consequências jurídicas para a empresa em torno do descumprimento da legislação.

Ainda considerando a temática trabalhista, o sexto artigo da revista é de autoria de Leila Renata Ramires Masteguim com o título “A responsabilidade do empregador diante do limbo jurídico previdenciário trabalhista”. Trata dos casos em que o empregado fica impedido de retornar às atividades laborativas após a alta médica, devido à constatação da incapacidade laboral pelo médico particular do trabalhador ou pelo médico da empresa e da responsabilidade do empregado que se recusa por ação ou omissão a retornar ao trabalho.

O texto seguinte, intitulado “A eficácia das mudanças legislativas no âmbito da doutrina da proteção integral: um estudo do artigo 23 do ECA” é de autoria de Ana Clara Gomes Balbino, Cláudia Cavallini, Giuliana Valério, Helena Araújo Lúcio Almeida, Ingrid Vitória de Queiroz, Isabela Baptista Olivio, Isadora Gabriel Fernandes, Marcela Scaldelai, Matheus Mendes Marques e Thamy de Fátima Segundo. Resulta de pesquisa coordenada por Ana Paula Polacchini de Oliveira e se volta à temática da infância e juventude para tratar direito à convivência familiar e comunitária e das mudanças legislativas pelas quais passou o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente desde a sua edição.

O oitavo artigo desse volume aborda os direitos da população LGBT em momentos históricos distintos e nas três ondas do movimento LGBT. Intitulado “O movimento LGBT e a implementação de políticas públicas relativas à diversidade sexual e de gênero: um breve relato” é resultado do trabalho de pesquisa sob a coordenação da Márcia Maria Menin e com autoria, ainda, de Luís Augusto Guareis dos Santos, Eduardo Serpa Rochi, Gabrieli Freitas Dias, Isadora Gabriel Fernandes.

Em seguida temos o artigo denominado “O feminismo jurídico como diretriz fundamental para se repensar o direito”, texto que considera o contexto do patriarcado e o modo como este ainda impera na cultura jurídica, mesmo diante da Constituição de 1988. Propõe formas mais progressistas para analisar o fenômeno jurídico a partir do feminismo. O texto é de autoria de Álvaro José Haddad de Souza, Ana Júlia Buniak Pinto, Bárbara de Castro, Isabela Baptista Olivio, Isabelle Anastácio, Leticia Nigro da Silva, Mário Quiudini Neto, Luís Augusto Guareis dos Santos e Marcia Maria Menin, coordenadora do grupo de pesquisa.

O décimo artigo da revista, que encerra esse volume, é denominado “Interrupção voluntária da gravidez: a descriminalização do aborto como elemento de saúde pública”. De autoria de Yuri Martins, trata das principais teorias sobre o início da vida humana e do abortamento sob a ótica de saúde pública e dos possíveis reflexos de uma eventual descriminalização do abortamento voluntário.

O compromisso com a qualidade de ensino e as contribuições que a formação jurídica deve oferecer para a comunidade acadêmica e para o desenvolvimento local e regional são reforçados com a “DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares”.

Mais um ano de desafios, acrescidos com os efeitos da pandemia do Covid-19, sejam ante o cenário nacional ou regional. Muitas dificuldades têm sido enfrentadas e a manutenção e incremento de pesquisa acadêmica de qualidade e de consistência contribuem oferecer uma sólida formação, para reforçar importantes práticas profissionais e sociais, promover mudanças sociais.

Os Editores

Novas perspectivas do processo de execução de quantia certa no Superior Tribunal de Justiça: as medidas atípicas e a mitigação do rol dos bens impenhoráveis¹

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professor do curso de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

MARCUS VINICIUS DOS SANTOS NOVAES

Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Pós-graduando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

DIEGO YUKIO NAGATA

GABRIEL ORESTE ZUCHI JORGE

GEOVANA APARECIDA PAULINO SOARES

JOÃO VICTOR MONTES MOTA

JÚLIA GAVIOLI BARDELLA

LEONARDO DE SOUZA DAMASCO

LÍVIA BEATRIZ FELIX

PAOLA DE OLIVEIRA BERTO

VICTOR HUGO LOPES

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), de Catanduva-SP e do Instituto Municipal de Ensino Superior.

Resumo: O objetivo deste trabalho é trazer o caminho que o Superior Tribunal de Justiça tem seguido a respeito do processo de execução, especialmente no que diz respeito à obrigação de pagar quantia certa de natureza não alimentar, no que tange a adoção de medidas executivas atípicas e a mitigação da penhora em relação a verba salarial. O processo de execução no sistema processual brasileiro é estruturado para se obter a satisfação do crédito do exequente e a menor onerosidade possível ao devedor. Todavia, na prática, a satisfação do crédito tem sido dificultosa, seja pelas condutas do executado, seja por um excesso de proteção legal. Em razão desse quadro, o Superior Tribunal de Justiça tem cada vez mais mudando os rumos do processo de execução para pagamento de quantia certa de natureza não alimentar, como a adoção de medidas executivas atípicas, de cunho coercitivo, e a possibilidade de penhora de salário, uma das verbas elencadas pela legislação processual como impenhorável, traduzindo como um movimento para tentativa de torná-lo efetivo.

Palavras-chave: Processo de execução. Medidas executivas atípicas. Penhora de salário.

Abstract: The objective of this work is to bring the path that the Superior Court of Justice has followed regarding the enforcement process, especially with regard to the obligation to pay a certain amount of a non-food nature, regarding the adoption of atypical executive measures and the mitigation of the attachment in relation to the salary amount. The enforcement process in the Brazilian procedural system is structured to obtain the satisfaction of the debtor's credit and the lowest possible cost to the debtor. However, in practice, credit satisfaction has been difficult, either due to the conduct of the executor or due to an excess of legal protection. As a result of this situation, the Superior Court of Justice has increasingly changed the direction of the execution process for payment of a certain amount of a non-food nature, such as the adoption of atypical executive measures, of a coercive nature, and the possibility of wage garnishment, one of the sums listed by the procedural legislation as untenable, translating as a movement to try to make it effective.

Keywords: Enforcement process. Atypical executive measures. Wage garnishment.

¹ O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no projeto de pesquisa PESQDIR2020785 intitulado "Novas perspectivas do processo de execução de quantia certa nos Tribunais: as medidas atípicas e a mitigação do rol dos bens impenhoráveis", no ano de 2020, sob orientação do Professor Mestre Alexandre Fontana Berto, com auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

Introdução

Ao avocar o monopólio da justiça², o Estado oferece o processo como instrumento para resolução dos conflitos. No processo civil, o atual Código (CPC) é construído por duas espécies de processos: conhecimento e execução.

O processo de execução, cuja finalidade é a de satisfazer um crédito ou forçar o devedor ao cumprimento da obrigação, encontra diversas dificuldades para atingir o seu fim, por diversas razões. Seja porque o sistema pode beneficiar sobremaneira o executado, seja porque o próprio executado consegue se valer de meios para driblar as técnicas processuais e a agressividade do processo executório.

Isso pode e será comprovado nos tópicos deste artigo, dando conta que o processo de execução no direito brasileiro, sobretudo o de pagar quantia certa contra devedor, não tem mostrado os resultados que dele se espera, congestionando o Poder Judiciário com processos que se arrastam há anos sem uma conclusão, levando, invariavelmente, às sentenças de extinção por “execução frustrada”.

Diante desse cenário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem atuado de forma diferente e algumas vezes *contra legem*, minimizando ou mitigando disposições legais para buscar a efetividade do processo de execução para pagamento de quantia não alimentar.

Esse o objeto do artigo: demonstrar a mudança de atuação do STJ para satisfação do processo de execução de pagamento de quantia não alimentar, com ênfase na adoção de medidas executivas atípicas, como forma de pressionar, coagir o devedor ao pagamento da obrigação, bem como a penhora de salário, verba inserta no rol dos bens tidos como “impenhoráveis”, pelo CPC.

Breves apontados sobre o processo de execução no direito brasileiro

O processo de execução tem por finalidade a satisfação do inadimplemento de um título executivo, podendo ser judicial ou extrajudicial. Para explicar esta finalidade, devemos, preliminarmente, falar sobre processo de conhecimento. A fase de conhecimento, ou cognitiva, é aquela que declara o reconhecimento do direito, ou seja, tem o poder de julgar e decidir o mérito perante as partes, seguindo a lei, a jurisprudência e os precedentes dos Tribunais Superiores. No processo de conhecimento serão analisadas as provas cabíveis, bem como se necessário, serão requeridas novas provas a serem produzidas e analisadas pelo Juízo competente.

Já o processo de execução vem após a conclusão do processo de conhecimento, pois o que será executado é o título que advém da decisão do processo cognitivo, podendo ser decisão interlocutória, no caso dos alimentos provisórios da ação de alimentos, ou a sentença que transitou em julgado sem recurso com efeito suspensivo. Também pode se deflagrar com um título executivo extrajudicial, que estão elencados no artigo 784 do Código de Processo Civil, documentos pelo qual a legislação atribui força executiva, quando dotados dos requisitos liquidez, certeza e exigibilidade.

O processo de execução deve observar alguns princípios norteadores, dentre os quais, limitando-se ao objeto da presente pesquisa, ressalta-se o princípio da menor onerosidade e o princípio da utilidade. Neste ponto, de acordo com a lição de Leonardo Carneiro da Cunha:

O princípio da menor onerosidade tem por finalidade proteger a boa-fé, ao impedir o abuso do direito pelo credor que, sem qualquer vantagem, opta pelo meio executivo mais oneroso ao executado. Não se trata de princípio que sirva para resguardar a dignidade do executado, já protegida pelas regras que limitam os meios executivos, sobretudo as que preveem as impenhorabilidades. O princípio protege a lealdade processual, servindo para a construção de regras que inibam ou impeçam o comportamento abusivo do exequente.³

² Sem descartar a extensão de jurisdição de órgãos não estatais como as Câmaras arbitrais.

³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 805. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao*

Sobre o princípio da utilidade assim leciona Humberto Theodoro Júnior:

Expressa-se esse princípio por meio da afirmação de que ‘a expressão deve ser útil ao credor’, e, por isso, não se permite sua transformação em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor.

Em consequência, é intolerável o uso do processo executivo apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor.⁴

Importante frisar que a aplicação do princípio da menor onerosidade não deve ser feita de forma indiscriminada, sem qualquer limitação, eis que não pode servir de amparo a calotes de maus pagadores. Cândido Rangel Dinamarco nos ensina que:

Mas as generosidades em face do executado não devem mascarar um descaso em relação ao dever de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver um direito insatisfeito, sob pena de afrouxamento do sistema executivo. É preciso distinguir entre o devedor infeliz e de boa-fé, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias da vida ou dos negócios (Rubens Requião), e o caloteiro chicanista, que se vale das formas do processo executivo e da benevolência dos juizes como instrumento a serviço de suas falcatruas. Infelizmente, essas práticas são cada vez mais frequentes nos dias de hoje, quando raramente se vê uma execução civil chegar ao fim, com a satisfação do credor. Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos. A regra do art. 620 não pode ser manipulada como um escudo a serviço dos maus pagadores nem como um modo de renunciar o Estado-juiz a cumprir o seu dever de oferecer tutelas jurisdicionais adequadas e integrais sempre que possível. A triste realidade da execução burocrática e condescendente, que ao longo dos tempos se apresenta como um verdadeiro paraíso dos maus pagadores, impõe que o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil seja interpretado à luz da garantia do acesso à justiça, sob pena de fadard o sistema à ineficiência e pôr em risco a efetividade dessa solene promessa constitucional (Const., art. 5º, inc. XXXV).⁵

É certo, portanto, que o magistrado deve encontrar um equilíbrio entre os princípios da utilidade e da menor onerosidade, observando-se o princípio da proporcionalidade, a fim de que o processo executório não se constitua em um meio capaz de impedir a satisfação do direito do exequente.

Neste ponto, vale trazer à baila o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno⁶:

Se, de um lado, a tutela jurisdicional executiva caracteriza-se pela produção de resultados materiais voltados à satisfação do exequente, a atuação do Estado-juiz não pode ser produzida ao arripio dos limites que também encontram assento expresso no “*modelo constitucional do processo civil*”. Daí a necessária observância de determinadas restrições e de determinadas garantias no plano do exercício da tutela jurisdicional executiva, por exemplo, a imposição de que os atos executivos recaiam sobre o patrimônio do devedor e não sobre sua pessoa [...] e, mesmo assim, observadas as restrições da expropriação patrimonial com vistas à manutenção de uma vida digna pelo executado e seus familiares [...], tudo com vistas a buscar o necessário e indispensável equilíbrio entre os referidos princípios, dando origem ao que a doutrina costuma referir como “*execução equilibrada*”, que, em foros de princípios constitucionais, tem tudo para significar o resultado concreto da aplicação do chamado “*princípio da proporcionalidade*”.⁶

Assim, tem-se que o princípio da menor onerosidade não pode ser considerado de forma isolada, já que, em sua aplicação, o magistrado deve também considerar os demais princípios informativos do processo de execução, a fim de oferecer a plena satisfação do direito ao exequente,

código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1061.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 263-264.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 63

⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3, p. 62. (grifos do autor)

dentre eles o da máxima utilidade da execução.

Importante destacar o “Princípio da Patrimonialidade” que norteia o processo de execução. Tal princípio tem amparo legal no CPC, em seu Capítulo V, a partir do artigo 789, bem como na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) em seu artigo 5º, LXVII. Segundo se extrai da redação do artigo 789, do CPC, “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Esta responsabilidade é proporcional ao inadimplemento da dívida, havendo o exato adimplemento, não excedendo a obrigação compactuada.

Sua aplicação está ligada ao processo de execução onde o objetivo é unicamente entregar ao credor bem ou direito idêntico ao que obteria com o cumprimento da obrigação. Portanto, o único resultado pretendido é a satisfação da obrigação, por este motivo o devedor somente responderá com seu patrimônio.

Na antiguidade, mais precisamente no Direito Romano, era permitida a execução sobre a própria pessoa do executado, que poderia, por exemplo, virar escravo do credor como forma de pagamento da sua dívida.

Hoje, o artigo 833 do Código de Processo Civil, afasta alguns bens sobre a penhora, havendo uma exceção a responsabilidade sobre o patrimônio como os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal, os salários. Além dos previstos na lei sobre a impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/1990), onde o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil.

Muito se discutiu sobre o fato da responsabilidade pessoal do devedor, onde havia a prisão civil, sendo um modo de compelir o devedor a pagar a dívida. Porém, atualmente só é admitida para execução de prestação pecuniária de alimentos, conforme o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1 entendeu que nem no caso de depositário infiel é possível a prisão civil por dívida, consubstanciando o entendimento no enunciado de sua Súmula Vinculante nº 25 “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Assim, princípio da patrimonialidade traz segurança ao afastamento de cumprimento de execução pessoal, recaindo somente sobre seu patrimônio, observando as devidas exceções, sendo observado o contraditório e a ampla defesa quando oportuno em questões incidentes.

O sistema processual brasileiro prevê algumas espécies de procedimento para a execução, dentre eles: (i) execução para pagamento de quantia certa (ii) execução para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (iii) execução para cumprimento da obrigação de entregar coisa (iv) execução contra a Fazenda Pública e, fora do CPC, (v) execução fiscal.

O objeto deste trabalho científico diz respeito ao processo de execução para pagamento de quantia certa não alimentar. O CPC prevê um procedimento específico em seus artigos 824 e seguintes. Para a satisfação do débito, são previstas algumas técnicas, sobretudo a penhora de bens do devedor, sendo a mais conhecida e utilizada na prática, a penhora *on-line*, pelo sistema SISBAJUD, interligado ao Banco Central, em que é expedida ordem de bloqueio de ativos financeiros nas contas bancárias existentes em nome do devedor.

Processo de execução em números

O Conselho Nacional de Justiça elabora anualmente o *Relatório Justiça em Números*, contendo informações quanto ao desempenho dos órgãos que integram o Poder Judiciário, seus gastos e sua estrutura, inclusive através de gráficos, considerando que os relatórios têm por base os dados coletados no ano anterior.

Pelos dados levantados no relatório acima, identifica-se que o acervo de execuções é maior, ainda que a quantidade de ingresso de processos de conhecimento seja superior, o que demonstra estarem mais estagnadas no Poder Judiciário.

No ano de 2014, os casos novos de execuções só na Justiça Estadual superaram a casa dos 6.000.000, sendo que 2.920.112 se referem às execuções fiscais, de acordo com o demonstrado na Tabela 1⁷:

Tabela 1 – CnExt1º Casos novos de execução de Título extrajudicial no 1º Grau

Tribunal de Justiça	CnExtFisc1º - Casos Novos de Execução Fiscal no 1º grau	CnExtNFisc1º - Casos Novos de Execução de Título Extrajudicial no 1º grau, exceto execuções fiscais	CnExt1º - Casos Novos de Execução de Título Extrajudicial no 1º Grau
Acre	1.496	934	2.430
Alagoas	24.615	2.548	27.163
Amazonas	5.297	2.332	7.629
Amapá	574	1.307	1.881
Bahia	74.084	10.059	84.143
Ceará	20.687	5.789	26.476
Distrito Federal	40.447	10.524	50.971
Espírito Santo	30.210	5.655	35.865
Goiás	99.739	20.359	120.098
Maranhão	5.883	3.268	9.151
Minas Gerais	149.730	37.167	186.897
Mato Grosso do Sul	15.010	4.142	19.152
Mato Grosso	20.927	13.068	33.995
Pará	27.358	3.481	30.839
Paraíba	10.818	2.889	13.707
Pernambuco	84.123	6.691	90.814
Piauí	4.452	1.341	5.793
Paraná	108.562	24.710	133.272
Rio de Janeiro	574.464	16.914	591.378
Rio Grande do Norte	39.148	3.057	42.205
Rondônia	10.729	6.827	17.556
Roraima	599	769	1.368
Rio Grande do Sul	122.551	31.343	153.894
Santa Catarina	146.216	22.425	168.641
Sergipe	19.959	9.702	29.661
São Paulo	1.264.391	116.886	1.381.277
Tocantins	18.043	2.484	20.527
Justiça Estadual	2.920.112	366.671	3.286.783

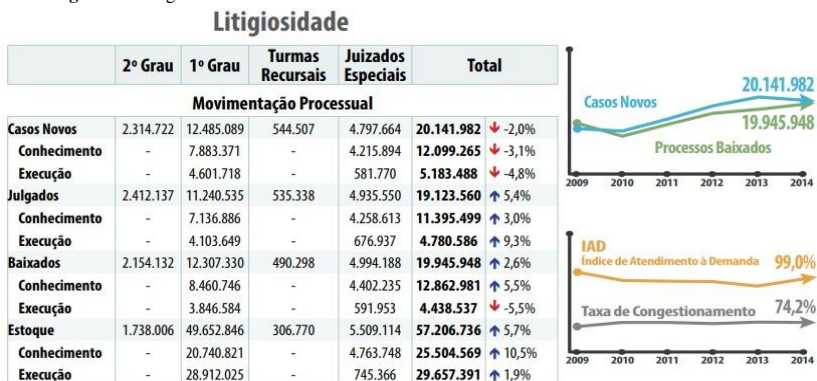
Fonte: Justiça em Números 2015 (ano-base 2014).

No mesmo ano de 2014, foram baixados 3.846.584 do acervo de execução, fazendo-se importante informar que os processos baixados não significa que houve o pagamento, pois sua baixa pode estar relacionada à extinção do processo sem obter o proveito econômico pleiteado (Figura 1)⁸:

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2015: variáveis e indicadores da Resolução n. 76/2009*. Justiça Estadual. Brasília: CNJ, 2015, p. 172. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/ddc698fd91379c539513cf5e2416f131.zip>. Acesso em: 06 abr. 2021.

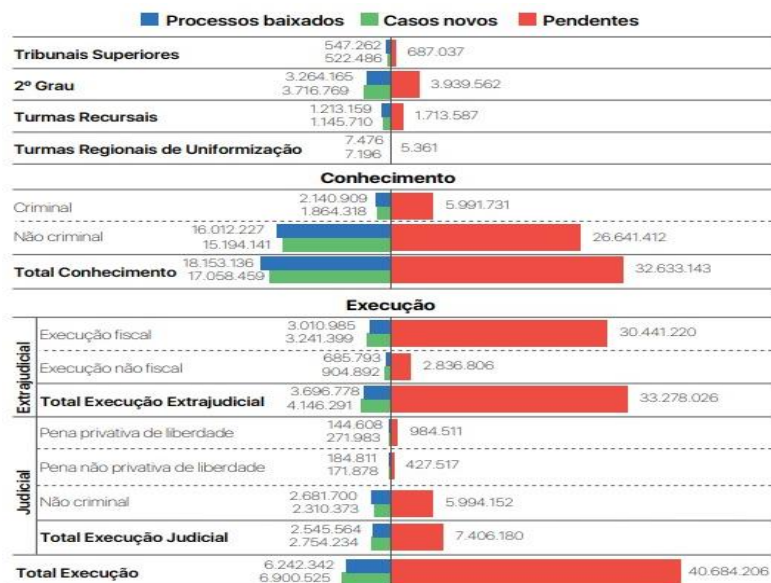
⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2015*. Brasília: CNJ, 2015, p. 115. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2015/09/204bfbab488298e4042e3efb27cb7fbd.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021

Figura 1 – Litigiosidade



Já no ano de 2016, com a vigência do CPC/15, se observa ainda um alto número de processos de execuções pendentes de resolução, sendo a execução um dos fatores da alta taxa de congestionamento e com números baixos de processos encerrados (Figura 2)⁹:

Figura 2 – Dados processuais do Poder Judiciário

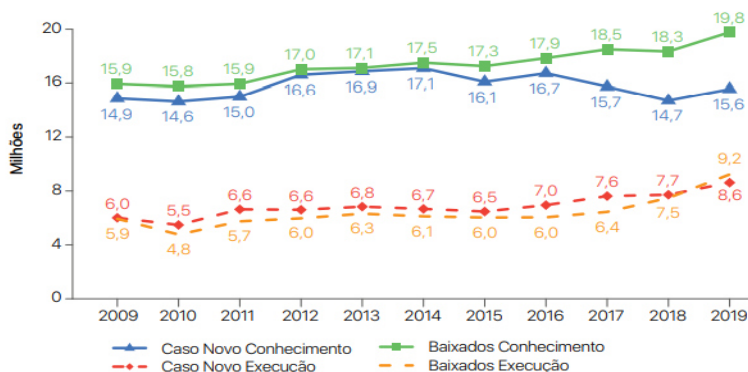


Após anos seguidos com as curvas paralelas entre os processos de execução novos e baixados, em 2018 praticamente se igualaram e no ano de 2019 especialmente, pela primeira vez a quantidade de processos de execução baixados foi maior do que a de casos novos (Figura 3)¹⁰:

⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017*. Brasília: CNJ, 2017, p. 110. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021

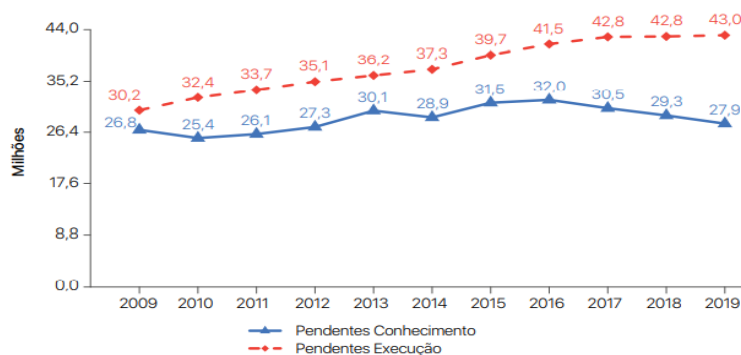
¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*. Brasília: CNJ, 2020, p. 151. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

Figura 3 – Série histórica dos casos novos e baixados nas fases de conhecimento e execução



Porém, por mais que a quantidade de processos baixados tenha aumentado, verifica-se que os altos números de processos de execução pendentes continuam disparados (Figura 4)¹¹:

Figura 4 – Série histórica dos casos pendentes nas fases de conhecimento e execução



Ao final de 2019 o Poder Judiciário contava com 77,1 milhões de processos em tramitação, com uma redução de aproximadamente 1,5 milhão do registrado no ano anterior.

O percentual de casos de execução pendentes em relação ao estoque total de processos em 2019 representa 55,8% do Poder Judiciário, ao tempo que a taxa de congestionamento dos processos na fase de execução é de 82%, tendo ocorrido uma pequena diminuição, já que essa taxa era de 85% em 2018.

O impacto da execução corresponde na Justiça Estadual a 56,8%, na Justiça Federal a 54,3% e na Justiça do Trabalho a 55,1% do acervo total, contendo poucas variações comparadas a 2018, que correspondia a 55,6%, 51,7% e 49,7% respectivamente.

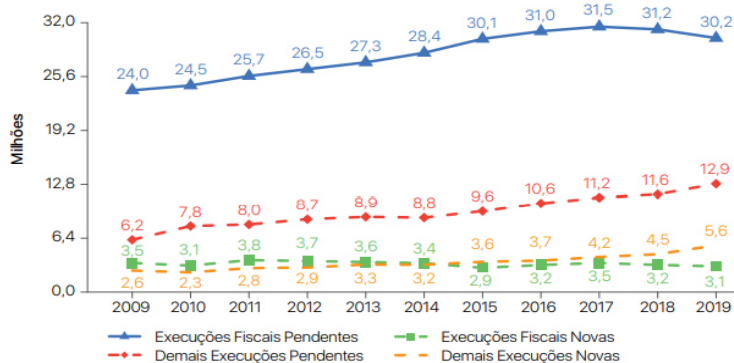
Ressalta-se que as execuções fiscais representam 70% do total de execuções, sendo aproximadamente 39% do total de casos pendentes do Poder Judiciário em 2019. Equivalem a 48% do acervo total em primeiro grau na Justiça Federal, 43% na Justiça Estadual, 2% na Justiça do Trabalho e 5% na Justiça Eleitoral, tendo um leve crescimento comparado ao ano de 2018, em que as taxas eram,

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*. Op. cit.

respectivamente, de 45%, 42%, 2% e 2%. Quanto ao total de processos pendentes no primeiro grau, o percentual de execuções fiscais é de 42%.

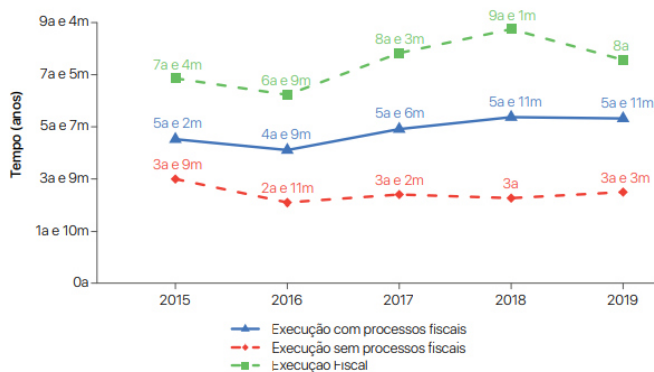
Assim como no total de casos pendentes, ocorreu redução nos processos de execuções fiscais pendentes pelo segundo ano consecutivo (-3,3%) e também no número de casos novos (-5,1%). O aumento dos números de processos baixados associado com a diminuição do acervo acarretou a redução da taxa de congestionamento em 2,9 pontos percentuais em 2019 (Figura 5)¹²:

Figura 5 – Série histórica do impacto da execução fiscal nos processos novos e pendentes



A taxa de congestionamento na execução fiscal, que de acordo com o levantamento feito em 2018 era de 90%, corresponde a 87% do Poder Judiciário no ano de 2019, ao passo que influencia no tempo médio de tramitação, sendo de oito anos a média das execuções fiscais (Figura 6)¹³:

Figura 6 – Série histórica do impacto da execução fiscal no tempo de tramitação do processo baixado na fase de execução



Levando-se em conta os juizados especiais e as varas, foram analisados os índices de produtividade no primeiro grau, tendo os indicadores de desempenho considerado a taxa de congestionamento e o índice de atendimento à demanda.

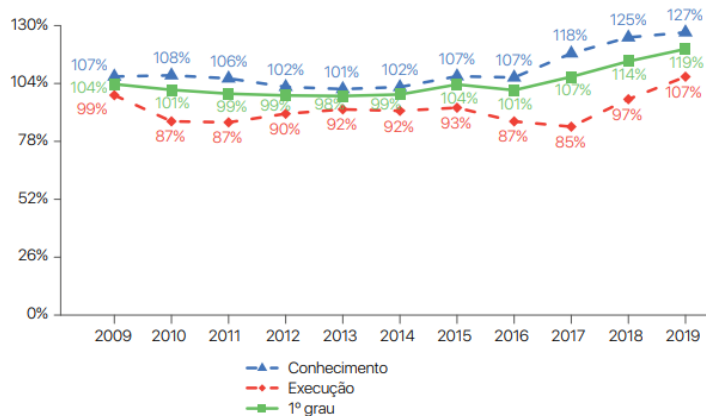
O índice de atendimento à demanda na fase de execução nos últimos anos não vinha atingindo o necessário de 100%, tendo significativo avanço em 2018 e em 2019 esse índice chegou a 107% em

¹² Idem, p. 159.

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*. Op. cit., p. 161.

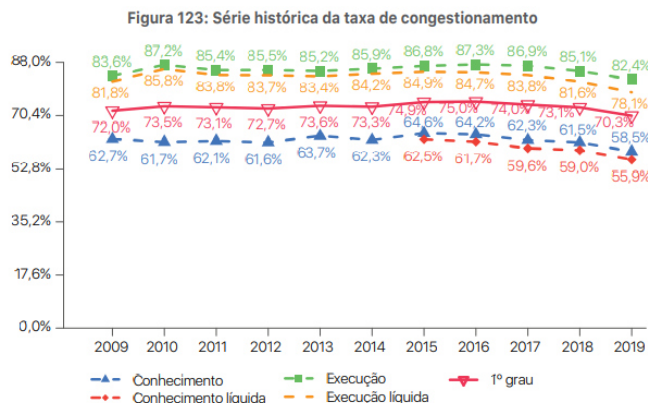
razão da redução nos processos de execução pendentes, já que os números de processos baixados foram superiores aos de casos novos (Figura 7)¹⁴:

Figura 7 – Série histórica do índice de atendimento à demanda



Contudo, é possível analisar que a taxa de congestionamento na fase de execução supera a da fase de conhecimento em todos os segmentos da justiça (Figura 8)¹⁵:

Figura 8 – Série histórica da taxa de congestionamento



Dessa forma, apesar de o relatório mais recente demonstrar que tenha havido maior quantidade de processos de execução baixados, a análise geral dos índices conclui que continuam alarmantes os números de processos de execução pendentes, estando inclinado à dificuldade de atingir a tutela jurídica pleiteada, ainda tendo em vista que em muitos casos o Poder Judiciário esgota os meios previstos em lei e não alcança a pretensão do jurisdicionado.

Expostos o cenário do processo de execução em números no Poder Judiciário brasileiro, que, como visto, se conclui pela pouca efetividade, serão expostas, a seguir, duas posições recentemente adotadas pelo STJ, com a finalidade de tentar resultados mais satisfatórios ao credor.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*. Op. cit., p. 169.

¹⁵ Idem.

A jurisprudência do STJ no processo de execução por quantia certa por dívida não alimentar e as medidas executivas atípicas

Ao longo da história, o processo de execução sofreu diversas reformulações, a depender dos ideais dos governantes. No início do Estado Contemporâneo, o processo de execução era menos agressivo, pois a norma era elaborada no sentido de limitar o poder do Estado na esfera pessoal e patrimonial.

Essa limitação aos poucos foi caindo, uma vez que o processo de execução não dava conta de atingir sua finalidade de satisfação do crédito. Desta forma, medidas executivas foram criadas por lei, para autorizar o Estado-juiz adentrar no patrimônio do devedor para satisfazer o direito do credor. O instituto da penhora, por exemplo, foi cada vez mais aprimorado, podendo recair sobre bens móveis e imóveis.

Não bastassem medidas constritivas, o ordenamento jurídico também aprimorou medidas executivas de coerção, como, por exemplo, a imposição de multa em caso de não cumprimento da decisão judicial (CPC, art. 500) ou por não pagamento voluntário quando após escoado o prazo de 15 dias da intimação em sede de cumprimento de sentença (CPC, art. 523, §1º).

Todavia, essas medidas não foram suficientes. E a problemática é mais evidente quando se verifica os mecanismos utilizados por devedores para esconder seus bens, para que não sejam atingidos pela penhora. Desta forma, o processo de execução ficou cada vez mais ineficiente.

Por conta desse cenário, visando a efetiva garantia dos meios executórios, o Código de Processo Civil deu um passo além da legislação anterior, possibilitando o juiz a adotar todas as medidas indutivas, coercitivas, sub-rogatórias e mandamentais para o cumprimento da decisão judicial, inclusive em se tratando de obrigação de pagar. Desta forma, doutrina e jurisprudência vêm aprimorando o que se convencionou chamar de “medidas executórias atípicas”. A sua função é, para certas situações no processo de execução, coagir o devedor a satisfazer o crédito, inclusive quando se refere a obrigação de pagar. Não se trata de medida que visa adentrar no patrimônio do devedor, mas, sim, forçá-lo, coagi-lo, constrangê-lo ao cumprimento da obrigação. São medidas que atingem o psicológico do devedor.

Essa inovação foi positivada pelo Código de Processo Civil no artigo 139, IV, que autoriza o juiz a “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Essas medidas compõem o que o processualista Olavo de Oliveira Neto denomina como “poder geral de coerção”¹⁶.

Em um primeiro momento, partindo do conceito anteriormente definido, a adoção de medidas executivas atípicas pode apresentar pontos contrastantes com um dos mais importantes princípios da execução, qual seja o da patrimonialidade. Sendo assim, com intuito de extinguir quaisquer dúvidas, o tema será tratado de forma pormenorizada a seguir.

Alfredo de Araújo Lopes da Costa, em sua Obra *Direito Processual Civil Brasileiro*, ao tratar do princípio da patrimonialidade, discorre que “Quando se afirma que toda execução é real, quer-se dizer que, no direito processual civil moderno, a atividade jurisdicional executiva incide, direta e exclusivamente, sobre o patrimônio, e não sobre a pessoa do devedor”¹⁷.

Mencionada definição alinha-se perfeitamente ao artigo 921, III, do Código de Processo Civil, uma vez que tal dispositivo frustra as execuções onde não mais existem patrimônios a serem penhorados, decretando-se a suspensão do processo.

E é exatamente esse ponto que dá origem ao estudo ora realizado.

¹⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo. *O poder geral de coerção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁷ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 4, n. 48, p. 53.

Em muitas situações apresentadas no cotidiano da advocacia, mais precisamente em relação às execuções de quantia certa, o fato de não serem encontrados bens passíveis de penhora não é consequência da falta desses bens pelo devedor, mas sim de uma bem articulada ocultação, o que, infelizmente, como já ressaltado, vem se tornando prática corriqueira.

Por isso, as medidas executivas atípicas são e devem ser cada vez mais necessárias, ressaltando-se, claro, o bom senso e a devida aplicação. Tratam-se, como já apresentado em tópicos anteriores do presente estudo, de medidas com intuito de impelir o devedor a pagar o débito atingindo, por exemplo, seu emocional, de modo que ainda que os bens estejam ocultos ou incessíveis, o devedor os entregue para que o embaraço causado pelas medidas adotadas se cesse.

De fato, o principal objetivo ao serem adotadas as medidas executivas atípicas é a busca por uma maior efetividade no cumprimento de determinada obrigação, sobretudo por terem como regra a aplicação subsidiária, ou seja, apenas quando as demais medidas tidas como típicas já não se mostrarem suficientes e efetivas para a satisfação do direito.

Todavia, ressalta-se que a doutrina processualista não é uníssona quanto a aplicação das medidas executivas atípicas. Alguns, até, classificam sua aplicação como inconstitucional. Para Antônio Carvalho Filho, Diego Crevelin de Sousa e Mateus Costa Pereira, a aplicação das citadas medidas carece de censura, de modo que a parte final do artigo 139, VI, do CPC reclama por “declaração parcial de nulidade sem redução do texto, diante de sua inconstitucionalidade com o disposto no art. 5º, II, XXXIX e LIV, da CF”¹⁸.

De outro lado, grande parte da doutrina admite a aplicação de tais medidas. Dentre os processualistas adeptos, pode-se citar José Miguel Garcia Medina, que, conforme se extrai de sua doutrina, a aplicação das medidas executivas atípicas deve ser temperada, de modo que o princípio das atipicidades dos meios executivos “deve ser aprimorado, definindo-se de modo mais apurado os lindes da atividade jurisdicional”¹⁹.

Não se trata, pois, de um retrocesso na aplicação do princípio da patrimonialidade ou princípio da execução real, mas sim de uma mitigação, em prol do princípio da efetividade, fazendo com que muitas execuções antes frustradas por supostas e contestáveis inexistências de bens passem a cumprir seu objetivo, garantindo ao credor o recebimento do montante devido.

Acerca desse confronto entre os princípios, leciona Freddie Didier Jr:

Logo, o dito princípio não alcança a totalidade do fenômeno executivo, em razão da aplicação do princípio da efetividade. Em algumas obrigações, não se deve, desde logo, converter a obrigação em perdas e danos. Ao credor deve-se garantir tudo aquilo que ele tem direito, de sorte que, tendo direito à execução específica, deve-se promovê-la para que se alcance exatamente aquilo a que tem direito, em prol da própria efetividade da tutela executiva²⁰.

O que se pode concluir, portanto, é que embora o princípio da patrimonialidade seja um dos pilares das execuções no direito moderno, representando clara evolução dos direitos fundamentais na sociedade e no mundo jurídico como um todo, deve ele encontrar óbice no princípio da efetividade quando aquele afetar este, de modo a poderem ser adotadas medidas que vão, psicologicamente, coagir o devedor a adimplir o débito e promover a elevação das taxas de efetividade nas execuções por quantia certa.

¹⁸ CARVALHO FILHO, Antônio; PEREIRA, Mateus Costa; SOUSA, Diego Crevelin. *Réquiem às medidas judiciais atípicas nas execuções pecuniárias*. Londrina: Thoth, 2020. p. 139-140.

¹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 297.

²⁰ DIDIER JR., Freddie Cunha; Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: 5.ª edição*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 68.

O STJ tem reconhecido a legalidade da aplicação das medidas atípicas no processo de execução, desde que comprovada sua necessidade e adequação ao caso concreto, mas como não é possível rever os fatos e provas em grau de recurso (Súmula 7 do STJ), o processo é remetido ao juiz do tribunal de origem, para que este proceda o exame dos fatos e verifique se é possível a adequação de tais medidas dentro dos requisitos, critérios e “diretrizes”.

O entendimento firmado pelo STJ é no sentido de que para a aplicação de medidas atípicas, no processo de execução, é preciso que, diante da excepcionalidade de tais medidas, haja indícios de fraude ao processo, ou seja, de que o executado esteja ocultando seu patrimônio e se esquivando da execução que ora se impõe, e que sejam esgotadas as medidas típicas (princípio da subsidiariedade). Diante desses requisitos, o juiz do tribunal de origem deve aplicar as medidas atípicas, de modo que preferirá sua decisão, fundamentando-a, desde que seja resguardado o contraditório e observado os princípios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade.

É o que se extrai do acórdão do REsp nº 1.782.418/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andriahi, julgado no ano de 2019, onde a Terceira Turma acolheu o recurso para retornar os autos ao tribunal de origem, a fim de que este procedesse novo exame dos fatos de acordo com as premissas e diretrizes assentadas em tal acórdão, de modo que se no caso concreto houvesse algum indício de ocultação de patrimônio e se já tivessem sido esgotadas todas medidas típicas, o juiz aplicaria as medidas atípicas, observando o contraditório e os princípios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade, cujo decisão é assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.

1. Ação distribuída em 10/6/2011. Recurso especial interposto em 25/5/2018. Autos conclusos à Relatora em 3/12/2018.
2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo.
3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).
4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.
5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.
6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.
7. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do exequente de adoção de medidas executivas atípicas sob o singelo fundamento de que a responsabilidade do devedor por suas dívidas diz respeito apenas ao aspecto patrimonial, e não pessoal.
8. Como essa circunstância não se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor – à vista da impossibilidade de esta Corte revolver o conteúdo fático-probatório dos autos – o retorno dos autos para que se proceda a novo exame da questão.
9. De se consignar, por derradeiro, que o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante não estão, em abstrato e de modo geral, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, devendo, contudo, observar-se o preenchimento dos pressupostos ora assentados. Precedentes²¹.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.782.418/RJ, rel. Min. Nancy Andriahi, julgado em 23/04/2019.

Vale ressaltar que frente à medida atípica – legal, adequada, proporcional e razoável – imposta pelo Magistrado, cabe ao executado apresentar outro meio executivo menos gravoso e mais eficaz, de modo que se não o apresentar, ficará sujeito à medida atípica, não podendo afastá-la.

No *Habeas Corpus* nº 558.313/SP, a Terceira Turma do STJ indeferiu o pedido, de modo que negou que a aplicação das medidas atípicas pelo juiz do tribunal de origem fosse inadequada ao caso, e, ressaltou ainda que os executados deixaram de apresentar outra forma executiva, menos gravosa e mais eficaz, conforme lhes imputa o artigo 805, parágrafo único, do vigente Código de Processo Civil.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL CIVIL. CPC/15. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC. RESTRIÇÃO DE SAÍDA DO PAÍS SEM PRÉVIA GARANTIA DA EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ATENDIMENTO ÀS DIRETRIZES FIXADAS PELAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO DO STJ.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, não é cabível a impetração de "*habeas corpus*" como sucedâneo de recurso próprio, salvo nos casos de manifesta ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, quando a ordem poderá ser concedida de ofício. Precedentes.

2. Esta Corte Superior de Justiça, pelas suas duas Turmas da Seção de Direito Privado, tem reconhecido que o acautelamento de passaporte é medida capaz de limitar a liberdade de locomoção do indivíduo, o que pode significar constrangimento ilegal e arbitrário, passível de ser analisado pela via do "*habeas corpus*".

3. A adoção desta medida coercitiva atípica, no âmbito do processo de execução, não configura, em si, ofensa direta ao direito de ir e vir do indivíduo, razão pela qual a eventual abusividade ou ilegitimidade da ordem deve ser examinada no caso concreto.

4. Segundo as diretrizes fixadas pela Terceira Turma desta Corte, diante da existência de indícios de que o devedor possui patrimônio expropriável, ou que vem adotando subterfúgios para não quitar a dívida, ao magistrado é autorizada a adoção subsidiária de medidas executivas atípicas, tal como a apreensão de passaporte, desde que justifique, fundamentadamente, a sua adequação para a satisfação do direito do credor, considerando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e observado o contraditório prévio (REsp 1.782.418/RJ e REsp 1788950/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgados em 23/4/2019, DJe 26/4/2019).

5. *In casu*, a Corte estadual analisou a questão nos moldes estatuidos pelo STJ, não se denotando arbitrariedade na medida coercitiva adotada com fundamento no art. 139, IV, do CPC, pois evidenciada a inefetividade das medidas típicas adotadas, bem como desconsiderada a personalidade jurídica da empresa devedora, uma vez constatada a sua utilização como escudo para frustrar a satisfação do crédito exequendo. 6. Ausência, ademais, de indicação de meio executivo alternativo menos gravoso e mais eficaz pelos executados, conforme lhes incumbia, nos termos do parágrafo único do art. 805 do CPC/2015.

7. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO, INEXISTINDO SUBSTRATO PARA O DEFERIMENTO DA ORDEM DE OFÍCIO²².

A aplicação das medidas atípicas deve ser examinada caso a caso e não de forma genérica, de modo a evitar a supressão de direitos fundamentais, esse é o entendimento do STJ, conforme explanado no acórdão do RHC 97.876/SP, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado no ano de 2018, onde a Quarta Turma conheceu parcialmente o recurso, de modo que não concedeu a apreensão do passaporte do executado, uma vez que não haviam sido esgotadas todas as medidas tradicionais de satisfação do crédito, e, concedeu a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado, ao justificar que tal medida não impedia o executado do direito de ir e vir, apenas causava alguns embaraços, ressaltando que o indeferimento da apreensão do passaporte e o deferimento da retenção da CNH, se aplicam ao caso em questão e que não poderia ser aplicado de modo genérico em outros casos.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 558.313, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 23/06/2020.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.

1. O *habeas corpus* é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o *habeas corpus* via processual adequada para essa análise.

3. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa.

4. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável.

5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica.

6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual.

7. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental.

8. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir.

9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária.

10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do *habeas corpus*, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do *habeas corpus*, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.

12. Recurso ordinário parcialmente conhecido.²³

O principal motivo pela ineficácia dos meios tradicionais de execução é que eles estão preestabelecidos, de modo que o executado poderá se adiantar a tais procedimentos para fraudar a execução. Em razão disso que, fez-se necessário ao legislador ampliar o papel do juiz, para que fique este aplique o que entender necessário e adequado para que torne o processo eficaz.

Portanto, diante do caráter excepcional e da inteligência do dispositivo, não há uma lista das medidas executivas atípicas em nosso ordenamento, de modo que cabe ao arbítrio do juiz fazer o que

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 97.876, rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018.

for necessário e adequado para o executado seja compelido a satisfazer o direito de crédito do exequente.

Pelo que se tem visto da atuação dos juízes frente a ocasiões como essa, são exemplos de aplicação de tais medidas (i) a restrição de dirigir veículo automotor através da suspensão da CNH, (ii) a restrição de saída do país sem prévia garantia da execução, (iii) a proibição da participação do executado em concursos públicos, (iv) o bloqueio de cartão de crédito, (v) a proibição de abertura de novos cartões de crédito ou qualquer outro tipo de linha de crédito

A penhorabilidade do salário

O Código de Processo Civil, em seu artigo 833, inciso IV, dispõe acerca da impenhorabilidade – dentre outras verbas – dos salários e vencimentos, ressalvado o caso em que a dívida consistir em prestação alimentícia ou exceder à importância de cinquenta salários mínimos mensais, caso em que a penhora será possível, nos termos do § 2º, do mesmo artigo.

Não se olvida que, a partir de uma interpretação teleológica da norma, o legislador tenha optado por resguardar o patrimônio mínimo do devedor, garantindo a sua dignidade humana. No entanto, o dispositivo acabava protegendo não somente os hipossuficientes, mas também aqueles que detinham verba salarial de alto valor, mas não poderiam ser afetados pela constrição judicial.

Partindo dessa premissa, o Superior Tribunal de Justiça passou a permitir a flexibilização da impenhorabilidade prevista no artigo 833 do Código de Processo Civil, de modo a permitir a penhora de verbas salariais, ainda que não se encaixe nas situações abarcadas pelo § 2º do referido dispositivo.

A Corte Especial, no julgamento do EREsp nº 1.582.475/MG²⁴, decidiu que para excepcionar a impenhorabilidade dos vencimentos e salários previstas no artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil, se faz necessário preservar percentual de tais verbas para prover o sustento e a dignidade do devedor e de sua família. Em outras palavras: só poderá ser efetivada a penhora quando restar demonstrado que a constrição não afetará a subsistência do executado, nem daqueles que dele dependem.

Oportuno consignar, neste ponto, que não há percentual definido para o alcance da penhora, sendo necessária a análise da natureza da obrigação; o valor do salário ou vencimento; e que – como dito – a restrição não afete a subsistência do devedor e de sua família.

Em que pese o STJ permitir a flexibilização da impenhorabilidade prevista no artigo 833, IV, do Código de Processo Civil, por vezes não o faz em razão da impossibilidade de análise da matéria fática apresentada, o que afrontaria a Súmula 7 do tribunal.

Confira-se, a propósito, precedente nesse sentido, por ocasião do julgamento do AgInt no REsp nº 1.888.552/SP, de relatoria do Ministro Raul Araújo, julgado em 07/12/2020:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA DE VENCIMENTOS POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DIGNIDADE DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA NÃO COMPROVADA. REEXAME.

SÚMULA 7 DESTA CORTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a regra geral da impenhorabilidade dos vencimentos, dos subsídios, dos soldos, dos salários, das remunerações, dos proventos de aposentadoria, das pensões, dos pecúlios e dos montepios, bem como das quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal poderá ser excepcionada, nos termos do art. 833, IV, c/c o § 2º do CPC/2015, quando se voltar: I) para o pagamento de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida; e II) para o pagamento de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 1.582.475, rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 03/10/2018.

pelo executado forem superiores a 50 salários mínimos mensais, ressalvando-se eventuais particularidades do caso concreto. Porém, em ambas as situações acima citadas, deverá ser preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família.

2. No caso, a Corte de origem asseverou que não restou comprovado pelo exequente que o bloqueio dos vencimentos no percentual pleiteado não comprometeria o sustento e a dignidade da parte executada. Na hipótese, a pretensão de revisar tal entendimento demandaria revolvimento fático-probatório.

3. Agravo interno a que se nega provimento²⁵.

Seguramente, a mitigação da impenhorabilidade das verbas salariais representa um marco para a efetivação do processo executivo, de modo a fazer valer a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição. Uma execução que não é efetiva representa clara afronta à tutela jurisdicional garantida pela Constituição da República. Todavia, como dito linhas atrás, é certo que o próprio Superior Tribunal de Justiça encontra óbices na aplicação de tais medidas.

Nesse ínterim, convém mencionar também que a Corte Especial, no julgamento do REsp 1.815.055/SP²⁶, decidiu não ser possível efetuar a penhora de salário em execução cujo objeto seja o pagamento de honorários advocatícios, contrariando o disposto no artigo 85, §14, do CPC, que prevê a natureza alimentar dos honorários do advogado.

Conclusão

Como demonstrado nos itens anteriores, o processo de execução em nosso país é pouco eficaz, seja porque, diante da realidade de nossa sociedade, a legislação processual é mais protetora ao devedor, seja porque o próprio devedor consegue meios para burlar eventuais penhoras que possam atingir seu patrimônio.

Por conta desse cenário, o STJ tem se movimentado no sentido de tentar garantir o resultado da execução para pagamento de quantia de natureza não alimentar, seja adotando técnicas oriundas de um poder geral de coerção (utilização de medidas executivas atípicas), seja flexibilizando o rol dos bens tidos como impenhoráveis pelo CPC, como a possibilidade de penhora de salário.

Acerca das medidas executivas atípicas (medidas de coerção, constrangimento, psicológica), a sua aplicação deve seguir requisitos: *(i)* esgotamento das medidas executivas típicas; *(ii)* indícios de que o devedor possui patrimônio; *(iii)* a partir do caso concreto, a adoção de medida que será eficaz para forçar o devedor a cumprir a obrigação; *(iv)* decisão fundamentada acerca da adoção da medida executiva atípica e *(v)* respeito ao contraditório, de modo a intimar o devedor acerca da medida e oportuniza-lo escolher outro meio menos gravoso para cumprir a obrigação.

Quanto à possibilidade de penhora de quantia oriunda de salário, o STJ tem firmado os seguintes requisitos, partindo, sempre, do caso concreto: *(i)* penhora em percentual que não atinja a dignidade humana do devedor (esse limite deve ser de até 30%) e *(ii)* que o montante bloqueado seja razoável em relação à remuneração do devedor, sem que afete a sua subsistência e de sua família.

Conclui-se, portanto, que, tanto a adoção das medidas executivas atípicas quanto à penhora de quantia oriunda de salários em se tratando de execução de quantia de natureza não alimentar, possuem critérios específicos e são medidas excepcionais, não podendo ser aplicadas de modo genérico, indistinto. Deve-se, sempre, analisar o caso concreto e serem aplicadas em situações excepcionais, de modo a não atingir a dignidade do devedor e, ao mesmo tempo, possibilitar a satisfação do crédito.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1.888.552*, rel. Min. Raul Araújo, julgado em 07/12/2020.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl. no REsp nº 1.815.055*, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/10/2020.

Referências

- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. p. 62.
- CARVALHO FILHO, Antônio; PEREIRA, Mateus Costa; SOUSA, Diego Crevelin de. *Réquiem às medidas judiciais atípicas nas execuções pecuniárias*. Londrina: Troth, 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015*: Variáveis e Indicadores da Resolução n. 76/2009. Justiça Estadual. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/ddc698fd91379c539513cf5e2416f131.zip>. Acesso em: 06 abr. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2015/09/204bfab488298e4042e3efb27cb7fd.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 805. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIDIER JR, Fredie, CUNHA; Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: 5: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.
- COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. IV. n. 48.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- OLIVEIRA NETO, Olavo. *O poder geral de coerção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Referências jurisprudenciais

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.782.418/RJ*, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/04/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 558.313*, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 23/06/2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 97.876*, rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EResp nº 1.582.475*, rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 03/10/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp nº 1.888.552*, rel. Min. Raul Araújo, julgado em 07/12/2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl. no REsp nº 1.815.055*, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/10/2020.

Obras consultadas

- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRUSCHI, Gilberto. *Recuperação de crédito*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MONTANS DE SÁ, Renato. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Averbação pré-executória como meio alternativo de cobrança de tributos

ASSUERO RODRIGUES NETO

Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP; Mestrando em Desenvolvimento no Estado Democrático do Direito - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP; Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Damásio Educacional; Especialista em Direito Imobiliário pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP; e graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - USP. Atualmente é Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Município de Palmares Paulista da Comarca de Santa Adélia; e Oficial Interino do Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas do Município da sede da Comarca de Santa Adélia. Professor de graduação em Direito, no curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino – UNIFIPA, Catanduva-SP; Professor de pós-graduação lato sensu em Direito Notarial e Registral, na Faculdade Unyleia; Professor do curso preparatório para concursos da Academia SPCM. Autor de artigos jurídicos e do livro “Responsabilidade civil dos delegatários dos serviços extrajudiciais”.

IVANA MUSSI GABRIEL

Formada na Universidade Estadual Paulista (UNESP), professora universitária, advogada tributarista, especialista em Direito Tributário pelo IBET, mestre em Direito Constitucional pela ITE/Bauru. É autora dos livros: Direito Financeiro, Direito Administrativo e Direito Tributário para Concursos Públicos e idealizadora das cartilhas educativas do Controle Social dos Gastos Públicos.

Resumo: A manutenção da máquina estatal e a promoção dos direitos sociais dependem de recursos que, cada vez mais, decorrem da tributação. Para o incremento da arrecadação tributária no Estado Fiscal, em 10 de janeiro de 2018, com a Lei federal 13.606, é criada uma nova forma de cobrança extrajudicial de crédito tributário federal, denominada de averbação pré-executória, que concede a Procuradoria da Fazenda Nacional a prerrogativa de, no caso de inadimplemento do contribuinte, determinar a indisponibilidade de bens e direitos, antes mesmo da execução fiscal. A Portaria PGFN 33/18 que, por sua vez, regulamenta o instituto da averbação, busca minimizar o desconforto inerente à indisponibilidade para o contribuinte.

Palavras-chave: Estado fiscal. Averbação pré-executória. Portaria PGFN 33/18

Pre-enforceable registration as an alternative means of collecting taxes

Abstract: The maintenance of the state machine and the promotion of social rights depend on resources that increasingly result from taxation. To increase the tax collection in the Fiscal State, on January 10, 2018, with the Federal Law 13.606, a new form of extrajudicial collection of federal tax credit is created, called pre-enforceable registration, which grants the National Treasury Attorney the prerogative of, in the event of default by the taxpayer, determining the unavailability of assets and rights even before tax enforcement. PGFN Ordinance 33/18, which in turn regulates the registration institute, seeks to minimize the discomfort inherent in the unavailability for the taxpayer.

Keywords: Fiscal status. Pre-execution registration. Ordinance PGFN 33/18

Introdução

No século XVIII, os maiores pensadores iluministas defenderam um modelo de Estado verdadeiramente abstencionista, inclusive em matéria econômica. A organização e a atuação do setor produtivo eram orientadas pela "mão invisível" defendida por Adam Smith, ou seja, pelas forças naturais do mercado. Assim, os indivíduos podiam exercer com liberdade qualquer atividade econômica, visando exclusivamente o lucro e o próprio bem-estar, com a menor presença possível do Estado, de acordo com a expressão "*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*"¹.

A crise do liberalismo, contudo, decorreu do individualismo exacerbado, da atuação sem peias dos detentores de capital, da concentração da riqueza nas mãos desses representantes da burguesia, o que ocasionou para imensa massa da população, em especial, para os camponeses e proletariado, uma situação de miséria dantesca e intoleráveis sofrimentos. As leis naturais da economia e do mercado foram incapazes de resolver a distribuição de riqueza produzida, pelo menos em um nível suficiente para assegurar a todos uma existência digna e justa.

No contexto de exploração da classe trabalhadora pelos detentores do capital, Leo Huberman, na obra "História da Riqueza do Homem", retrata o testemunho desesperado de artesãos na Inglaterra do século XVIII que, com o surgimento das máquinas e do sistema fabril, viram-se na miséria.

¹Significa "deixar fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só".

Pergunta: Tem filhos?

Resposta: Não. Tinha dois, mas estão mortos, graças a Deus!

Pergunta: Expressa satisfação pela morte de seus filhos?

Resposta: Sim. Agradeço a Deus por isso. Estou livre do peso de sustentá-los, e eles, pobres criaturas, estão livres dos problemas desta vida mortal.²

Diante da necessidade de atuação do Estado no setor econômico, para corrigir os abusos do poder econômico, surgiu, no início do século XX, o Estado Social ou Estado Providência. Este modelo de Estado intervencionista preocupou-se em desenvolver políticas públicas ativas e prestações sociais positivas nas áreas de saúde, educação, previdência, emprego e assistência social, assegurando igualdade de oportunidades a todos. Nas lições de Dalmo de Abreu Dallari:

Assumindo amplamente o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos, o Estado vai ampliando sua esfera de ação. E a necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo de proveito com o menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado.³

Esse modelo “paternalista” de Estado, por sua vez, começa a entrar em crise, tornando-se financeiramente inviável. Como assegurar os recursos para manutenção do Estado, sobretudo, dos direitos sociais? Daí surge, no final do século XX, o denominado Estado de Direito Democrático e Social ou Estado Subsidiário, que exige a participação da sociedade e do Estado, numa relação de interdependência, de mútuo apoio, com a noção maior de deveres constitucionais fundamentais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 adota o modelo de Estado de Direito Democrático e Social, disposto a superar as lacunas e os excessos dos modelos anteriores (Liberal e Social), no seu Preâmbulo e nos objetivos do artigo 3º, inciso I, de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Todos devem, portanto, colaborar de forma desinteressada para satisfação das necessidades públicas.

O pagamento dos tributos é, portanto, um dever constitucional fundamental, inerente ao Estado. Não deve ser compreendido como “meramente um sacrifício, mas sim, uma contribuição necessária para que o Estado cumpra suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos⁴”.

A respeito dos deveres fundamentais, que não estão expressos na Constituição Federal de 1988, assevera Leandro Paulsen:

Porém, embora o art. 5º da Constituição componha o capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, só elenca direitos nos seus setenta e oito incisos; dever, nenhum. A visão paternalista do Estado, como ente capaz de promover por si só direitos sociais a prestações, todavia, é insustentável. Desconhecer ou negar importância ao fato de que o Estado constitui simples instrumento da sociedade e que não atua senão nos limites da sua capacidade contributiva, é postura ingênua e irresponsável (irresponsabilidade política e fiscal). A possibilidade de o Estado garantir e promover direitos pressupõe que a sociedade lhe alcance meios para tanto.⁵

A manutenção da máquina estatal, assim como a promoção dos direitos sociais, depende de recursos financeiros que, cada vez mais, decorrem da tributação. Embora o dever fundamental de pagar tributos não seja explícito no artigo 5º da Constituição de 1988, é preciso ter bem claro, alerta

²HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 20. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 189.

³DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 237.

⁴TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 13.

⁵PAULSEN, Leandro. *Capacidade colaborativa*. Princípio de direito tributário para obrigações acessórias e de terceiros. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014. p. 19.

Leandro Paulsen⁶, “que não é apenas nos direitos que devemos buscar os deveres, mas no conjunto do sistema constitucional que coloca os princípios a serem observados e os objetivos a serem perseguidos”.

A respeito do dever fundamental de pagar impostos, a própria Declaração dos Direitos do Homem e de Cidadão de 1789, no artigo 13, assim previa: “para manutenção da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”.

Para o professor da Faculdade de Direito de Coimbra, José Cassalta Nabais, o homem que cumpre o dever de pagar tributos, que é um dever constitucional fundamental,

[...] não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente numa [...] ordem de liberdade limitada pela responsabilidade. Enfim, um sistema que confere primazia, mas não exclusividade, aos direitos em face aos deveres fundamentais, ou socorrendo-nos de K. STERN, um sistema em que os direitos fundamentais constituem a essência da liberdade e os deveres fundamentais o seu correctivo⁷.

Pode-se afirmar que, atualmente, é a arrecadação tributária sobre renda, patrimônio e consumo que constitui a principal fonte de financiamento do Estado. Isso porque, quem tem a possibilidade de auferir renda, deter patrimônio e realizar consumo, na expressão de Regina Helena Costa⁸, tem poder de contribuir para as despesas do Estado, porque todas são manifestações da capacidade contributiva. O Brasil, portanto, é considerado um Estado Fiscal, assim compreendido como “o Estado cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos⁹”.

Partindo-se do pressuposto de que a “tributação é inafastável¹⁰”, o presente trabalho pretende tratar, de forma despretensiosa, com intuito de estimular debates, dos contornos da averbação pré-executória, um importante meio alternativo de cobrança de tributos, que se dá na via administrativa, especificamente nas Serventias de Registro Imobiliário, para fins de incremento da arrecadação estatal e publicidade a terceiros interessados na aquisição dos bens de devedores da Fazenda Nacional.

Averbação pré-executória como novo meio alternativo de cobrança de tributos

Consabido, o sujeito passivo que cai na impontualidade quanto ao cumprimento de seus deveres tributários fica logo sujeito à execução fiscal.

As execuções fiscais, conforme Relatório “Justiça em números 2020¹¹”, do Conselho Nacional de Justiça, são a principal causa de morosidade do Poder Judiciário. Considerando os processos de execução em tramitação no Judiciário nacional, as execuções fiscais correspondem aproximadamente 87% do total dos casos. Significa dizer que, de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados. Isso demonstra o tamanho do gargalo das execuções fiscais no Brasil.

Esse velho mecanismo de satisfação forçado do crédito tributário, com a constrição patrimonial do executado, não se tem mostrado efetivo. Daí se pensar no fortalecimento da cobrança

⁶Op. cit., p. 20.

⁷NABAIS, José Cabalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 31.

⁸COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

⁹Op. cit., p. 191-192.

¹⁰PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 25.

¹¹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Justiça em números 2020*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

dos créditos tributários na via administrativa, para fins de incremento da arrecadação estatal, como o protesto de títulos executivos inadimplidos (Lei 12.767/12), a inscrição do nome do devedor no CADIN (Lei 10.522/08) e, para o presente trabalho, a averbação pré-executória (Lei 13.606/18).

Em 10 de janeiro de 2018, com a Lei federal 13.606, é criada uma nova forma de cobrança extrajudicial ou administrativa do crédito tributário federal, denominada de averbação pré-executória. A referida Lei 13.606/18, dentre tantas alterações, inseriu os artigos 20-B e 20-E na Lei 10.522/02. A principal alteração está no artigo 20-B, §3º, inciso II, com a criação da averbação pré-executória, a saber:

Art.20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados.

[...]

§ 3º Não pago o débito no prazo fixado no caput deste artigo, a Fazenda Pública poderá:

[...]

II-averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.

[...]

Art.20-E. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional editará atos complementares para o fiel cumprimento do disposto nos arts 20-B, 20-C e 20-D desta lei. (Grifo nosso).

A averbação pré-executória constitui novo mecanismo de cobrança administrativa de créditos tributários, adotado pela Procuradoria da Fazenda Nacional, no caso de inadimplemento do contribuinte, que acarreta a indisponibilidade de seus bens e direitos, antes mesmo da propositura da execução fiscal.

Em outras palavras, a Procuradoria da Fazenda Nacional fica autorizada a requerer, perante os Oficiais de Registro de Imóveis, que seja averbado na matrícula de imóveis de titularidade do contribuinte inadimplente, a notícia de que o crédito tributário foi inscrito em dívida ativa da União, sem que a execução fiscal tenha sido proposta, bloqueando seus bens e direitos.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5886/DF, firmou posicionamento no sentido de ser legítima a averbação pré-executória, porém declarou inconstitucional um dos seus efeitos previstos na lei: a indisponibilidade dos bens do devedor pela Fazenda Pública.

Averbar é ato de registro em sentido amplo, praticado nas Serventias de Registro Imobiliário, na matrícula de um imóvel, publicizando a existência da certidão de dívida ativa (CDA) e, por força da Lei, tornando o bem indisponível. É certo que o procedimento da averbação pré-executória deságua no Serviço de Registro de Imóveis, sem embargo de todas as demais iniciativas serem de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional. É o que se depreende do artigo 20-B da Lei 10.522/02.

A Lei 13.606/18 criou um novo mecanismo de garantia para fins de satisfação do crédito tributário, além dos previstos no artigo 183 do Código Tributário Nacional. As garantias expressas no artigo 183 do Código Tributário Nacional, como o próprio nome diz, visam garantir que o ente político tributante satisfaça o seu crédito, ainda que o contribuinte não queira ou não tenha condições de fazê-lo.

CTN. Art.183. A enumeração das garantias atribuídas neste Capítulo ao crédito tributário não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei, em função da natureza ou das características do tributo a que se refiram.

Nas palavras de Luís Eduardo Schoueri, “o Código Tributário Nacional, trata de proteger o crédito tributário, oferecendo ao Estado meios para assegurar que seja cumprida obrigação tributária pelo passivo”¹². Pode-se afirmar, portanto, que a natureza jurídica da averbação pré-executória é de ônus real, exatamente por dar publicidade à existência da dívida fiscal do proprietário do imóvel, além de tornar o bem indisponível, constituindo uma nova garantia para satisfação do crédito tributário.

Como dito pela Lei 13.606/18, com a averbação pré-executória, tem-se a indisponibilidade de bens e direitos, titularizados pelo contribuinte, independente de autorização judicial. Antes da Lei 13.606/18, contudo, para o bloqueio de bens e direitos do devedor, era preciso aguardar a execução fiscal ou a medida cautelar fiscal, sendo a indisponibilidade determinada tão somente pelo juiz. Agora, a Procuradoria da Fazenda Nacional, pela primeira vez, pode fazê-la administrativamente e por meio eletrônico.

Importante não confundir a indisponibilidade - efeito da averbação pré-executória, de natureza administrativa, com as indisponibilidades do artigo 185-A do Código Tributário Nacional e da Medida Cautelar Fiscal da Lei 8397/92, que são judiciais.

O artigo 185-A¹³ do Código Tributário Nacional, inserido pela Lei Complementar 118/2005, atribui expressamente à autoridade judiciária competente o poder de determinar a indisponibilidade se, na execução fiscal, o devedor citado não paga a dívida e não apresenta bens à penhora no prazo legal, nem são encontrados bens penhoráveis em razão de prova de frustração de diligências.

A decretação de indisponibilidade do artigo 185-A do Código Tributário Nacional, como observa Leandro Paulsen¹⁴, depende da presença de três requisitos: citação, não apresentação de bens à penhora e frustração das diligências para encontrar bens penhoráveis, cabendo ao fisco, nesse último caso, a prova da realização de diligências (verificar bens junto ao registro de imóveis, departamento de trânsito) e da frustração daquela. É, inclusive, o que dispõe a Súmula 560 do Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

No mesmo sentido, tem-se a indisponibilidade judicial de bens e direitos decretada na Medida Cautelar Fiscal, nos termos da Lei 8.397/92, que ocorre antes ou concomitante à execução fiscal, desde que o fisco demonstre risco de frustração da execução fiscal, ou seja, alguma das hipóteses do artigo 2º da Lei 8.397/92, como dilapidação, evasão, dificuldade para localizar o devedor. Quer-se, com a medida cautelar fiscal, obstar negócios realizados pelo devedor tributário que possam comprometer a satisfação do crédito tributário.

Diferentemente do artigo 185-A do Código Tributário Nacional e da Medida Cautelar Fiscal da Lei 8.397/92, o artigo 20-B da Lei 10.522/02 atribui à Procuradoria da Fazenda Nacional o poder de tornar indisponíveis os bens e direitos do devedor, sem qualquer ingerência do Poder Judiciário, incorrendo em uma inconstitucionalidade já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 886/DF.

Vale ressaltar que o propósito da averbação pré-executória é legítimo porque consiste em garantir o pagamento do crédito tributário e, mais, dar publicidade a terceiros interessados (pretensos adquirentes) na aquisição dos bens em que conste a averbação dando a notícia em desfavor do seu titular, como será visto no próximo capítulo.

¹²SHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 891.

¹³Art. 185-A. *Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.*

¹⁴Op. cit., p. 287.

¹⁵Dispõe a Súmula 560 do Superior Tribunal de Justiça: *A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN pressupõe o exaurimento de diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofício aos registros públicos do domicílio do executado, ao DENATRAN ou DETRAN.*

O serviço de Registro de Imóveis como órgão de publicidade de situações jurídicas relevantes

Historicamente, os direitos obrigacionais, com eficácia real-imobiliária, sempre foram cercados de alguma insegurança, ante a incerteza gerada pela ausência de um repositório único de informações acerca da situação física e jurídica do imóvel e de seus proprietários¹⁶.

Até então, a segurança do adquirente de imóveis seria “débil, afinal, ressentíamos da falta de um cadastro nacional único de ações em curso. Os distribuidores se fracionam em múltiplas circunscrições territoriais. O costume culmina por remeter o adquirente ao *standart* informacional básico de coletar apenas as certidões de processos ajuizados no domicílio do titular e do local em que se situa o bem de raiz. Todavia, se pendesse processo contra o alienante em outro local (dentre os 5.570 municípios brasileiros) ou, se houve alterado o domicílio, infelizmente as certidões obtidas serão frágeis”¹⁷.

É precisa a lição de Loureiro sobre a publicidade do Registro de Imóveis, ao defini-la

[...] como a garantia dos direitos reais inscritos e, tal como estão inscritos, da pessoa que consta como titular registral; e ainda como garantia da tutela dos interesses daqueles que, confiando nas informações constantes do Registro, realizam negócios jurídicos imobiliários. A publicidade registral, assim, é uma presunção de veracidade e integridade do registro para todo aquele que confia no registro e inscreve o título de aquisição do imóvel. Por publicidade registral se entende a publicidade jurídica que é obtida por meio da inscrição de um título específico em um órgão denominado Registro¹⁸.

A publicidade das situações jurídicas assentadas no Registro de Imóveis está intimamente ligada à potencialidade de tornar seu conteúdo eficaz *ultra partes*, ou *erga omnes*. Uma vez evidenciado, tal atributo pode e deve contribuir como uma ferramenta eficaz na segurança do tráfego da propriedade imobiliária e, via de consequência, dos direitos dos credores dos alienantes de tais direitos¹⁹.

A Lei n. 13.097/2015 positivou o princípio da concentração das informações, buscando proporcionar maior segurança jurídica nas relações que envolvam os bens imóveis. Com as alterações introduzidas, eventuais interessados ficam dispensados do ônus de buscar informações nos distribuidores judiciais, bastando-lhes consulta à matrícula do imóvel.

Com efeito, o que se depreende da leitura do artigo 54 e parágrafo único da Lei 13.097/15 é que: a) todas as informações referentes ao bem imóvel e aos titulares de direitos a ele relativos devem constar obrigatoriamente na matrícula; b) fica estabelecido um ônus para aquele que quer ter seu direito garantido em virtude de uma ação judicial ou procedimento administrativo, seja ela real, pessoal ou já em fase de execução, de maneira que não tomando as providências necessárias, inscrevendo-as no fôlio real, não poderá reclamar posteriormente da alienação ou oneração do imóvel²⁰.

Com relação a quem age de boa-fé e confia nas informações constantes do registro, nota-se que este foi privilegiado com a promulgação da nova lei, uma vez que a simples consulta à matrícula

¹⁶RÓDRIGUES NETO, Assuero. A publicidade do registro de imóveis e a função socioambiental da propriedade. *Revista Fórum de Direito Civil*, v. 18, p. 103-118, 2018, p. 112.

¹⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5, p. 310.

¹⁸LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*. 8. ed. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2017. p. 510.

¹⁹O artigo 54 da Lei 13.097/2015 trouxe dispositivo que estabelece que todas as informações atinentes aos direitos reais imobiliários, assim como de seus titulares, fossem finalmente disponibilizadas em um único local: a matrícula do imóvel, contribuindo decisivamente para aumento da segurança jurídica dos negócios, assim como para a sua desburocratização, reduzindo os seus custos operacionais e tornando-os mais céleres.

²⁰RÓDRIGUES NETO, Assuero. A usucapião extrajudicial e a concentração dos atos na matrícula do imóvel. *Revista do Direito Imobiliário*, v. 83, p. 401-422, 2017.

do imóvel tornará desnecessária a consulta por outros meios (certidões do distribuidor cível, trabalhista, de protesto) da situação do imóvel e seu proprietário.

Procedimento para averbação pré-executória: Portaria PGFN 33/18

A Portaria PGFN 33, de 08 de fevereiro de 2018, em atendimento ao disposto no artigo 20-E da Lei 10522/02, regulamenta, com tintas fortes, o instituto da averbação pré-executória.

Há, inicialmente, um conflito entre o artigo 20-B, inciso II da Lei 10.522/02 e o artigo 21 da Portaria PGFN 33/18, porque esse último suaviza o instituto da averbação pré-executória, uma vez que não fala, no corpo do texto, em indisponibilidade de bens. Diz o artigo 21 da Portaria PGFN 33/18: “*ato pelo qual se anota nos órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para o conhecimento de terceiros, a existência de débito inscrito em dívida ativa da União, visando prevenir a fraude à execução*”.

Enquanto a Lei 10.522/02, no artigo 20-B, inciso II, diz que a função precípua da averbação pré-executória é tornar o bem indisponível, a Portaria PGFN 33/18, que regulamenta a lei, suprime tal informação no artigo 21, asseverando que a principal função do instituto é dar publicidade da dívida, isto é, dar conhecimento a terceiros da situação em que se encontra o titular do bem.

A lei, na expressão de Oswaldo Bandeira de Mello²¹, não é simplesmente o ato inaugural e primeiro, inovador da ordem jurídica, emanado do Poder Legislativo. É mais do que isso: a lei é sempre necessária, como qualifica Ruy Cirne Lima²², querendo significar que nenhuma outra manifestação estatal, judiciária ou administrativa lhe pode suprimir a ausência, seja nos casos constitucionalmente explícitos que se requer, seja para criar obrigações, dever, encargo ou ônus para súditos dos Estados. A portaria, por sua vez, assume um caráter meramente secundário, “anciliar”, de natureza infralegal, limitado aos comandos da lei.

A Portaria PGFN 33/18, no tocante aos efeitos da averbação pré-executória, parece assumir o caráter de norma, o que não se coaduna com o ordenamento jurídico.

Para o presente trabalho, prevalece o disposto na Lei 10.522/02 (e não na Portaria PGFN 33/18) que, expressamente, traz a indisponibilidade como efeito imediato da averbação pré-executória.

Consabido, a averbação pré-executória, autorizada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, é feita em órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a penhora e arresto, que são os serviços registrais imobiliários, antes mesmo de iniciada a execução fiscal, para fins de tornar indisponíveis os bens averbados. O Oficial de Registro de Imóveis insere na matrícula do imóvel do devedor a informação sobre a existência da dívida tributária, dando publicidade ao terceiro de boa-fé, que passa a ter ciência da situação do bem. Ainda por força da Lei, mas não da publicidade do registro, o ato registrário produz o efeito de tornar o bem indisponível.

A averbação pré-executória, como mecanismo administrativo de cobrança, não se trata de ato discricionário da Procuradoria da Fazenda Nacional e, por isso, a averbação pré-executória não será determinada pelo mero inadimplemento, pela mera existência de débito em aberto. De acordo com artigo 21 da Portaria PGFN 33/18, já mencionado, há três pressupostos que necessitam ser observados para que se proceda à averbação: 1º) IDA (inscrição em dívida ativa); 2º) notificação do devedor sobre IDA (inscrição em dívida ativa) e 3º) transcurso do prazo para pagamento ou parcelamento.

Com a IDA (inscrição em dívida ativa), o devedor é notificado para, em 5 (cinco) dias, pagar o tributo devido, acrescido de juros, multa, correção monetária ou solicitar o parcelamento administrativo da dívida. É também conferido ao devedor, no prazo de trinta (30 dias), oferecer uma

²¹MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1. p. 98.

²²LIMA, Ruy Cirne. *Princípios do direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

proposta de antecipação de garantia ou protocolar um pedido de revisão de dívida inscrita (PRDI). É o que consta do artigo 6º da Portaria PGFN 33/18.

Art. 6º. Inscrito o débito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para:

I - em até 05 (cinco) dias:

a) efetuar o pagamento do valor do débito atualizado monetariamente, acrescido de juros, multas e demais encargos; ou

b) parcelar o valor integral do débito, nos termos da legislação em vigor.

II - em até 30 (trinta) dias:

a) ofertar antecipadamente garantia em execução fiscal; ou

b) apresentar Pedido de Revisão de Dívida Inscrita (PRDI).

Na ausência de pagamento ou de parcelamento do tributo no prazo legal de 5 (cinco) dias da notificação da IDA (inscrição em dívida ativa) e desde que não apresentado PRDI (pedido de revisão de dívida inscrita) ou proposta de antecipação de garantia, a Procuradoria da Fazenda Nacional poderá averbar, inclusive por meio eletrônico, a CDA (certidão de dívida ativa), nos órgãos de registro de bens e direito, tornando-os indisponíveis, nos termos do artigo 7º, inciso III da Portaria PGFN 33/18.

Art. 7º. Esgotado o prazo e não adotada nenhuma das providências descritas no art. 6º, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá:

[...]

III-averbar, inclusive por meio eletrônico, a Certidão de Dívida Ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para fins de averbação pré-executória.

Nota-se que a indisponibilidade de bens e direitos do contribuinte inadimplente, por expressa disposição da Portaria PGFN 33/18, apenas será decretada pela Procuradoria da Fazenda Nacional se as medidas legais assecuratórias de cobrança (pagamento, parcelamento, pedido de revisão de dívida inscrita e antecipação de garantia) não forem realizadas.

A decretação administrativa da indisponibilidade de bens e direitos como sanção política arcaica

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 5886/DF, firmou posicionamento pela inconstitucionalidade, formal e material, do artigo 25 da Lei 13.606/18, que acrescentou, na Lei 10.522/02, os artigos 20-B, §3º, inciso II e 20-E, no tocante a indisponibilidade de bens e direitos do contribuinte.

Há inconstitucionalidade de natureza “formal” dos dispositivos legais por violação à reserva de lei complementar para as normas sobre “crédito tributário”, prevista no artigo 146, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal de 88. É que a Lei 10.522/02, de natureza ordinária, ao prever a indisponibilidade de bens e direitos do contribuinte, cria uma nova garantia de crédito tributário que, consabido, só pode ser veiculada por lei complementar, e não ordinária.

As disposições constantes dos artigos 20-B, §3º, inciso II e 20-E são incompatíveis, sob o ângulo formal, com o 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal, o qual é expressa ao submeter a quórum qualificado a fixação de normas gerais sobre o grande todo que é o crédito tributário, no qual se insere a disciplina das prerrogativas e garantias. (STF, ADI 5886/DF, Min. rel. Marco Aurélio Mello, DJI 09/12/2020).

Por outro lado, existe inconstitucionalidade de natureza “material” dos artigos 20-B, §3º, inciso II e 20-E da Lei 10.522/02 porque afrontam, dentre outros aspectos, o devido processo legal substantivo do artigo 5º, incisos LIV da Constituição Federal de 1988, em razão da “falta de

proporcionalidade e razoabilidade das medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança do crédito tributário²³.

Se o sujeito passivo cai na impontualidade quanto ao cumprimento de seus deveres tributários, sonegador ou não, fica logo sujeito à imposição de sanções políticas tributárias pelo órgão fiscalizador tributário.

As sanções políticas tributárias são meios indiretos de coerção estatal, restrições ou proibições, limitação de natureza administrativa, impostas ao contribuinte inadimplente, como forma de obrigá-lo a pagar o tributo ou a cumprir obrigação tributária acessória. Vale destacar que, “algumas sanções políticas, ainda que fundadas em lei, em razão do caráter gravoso, punitivo, arbitrário, acabam por inviabilizar direitos fundamentais do contribuinte. Trata-se de sanções políticas tributárias arcaicas e inconstitucionais”²⁴.

O Supremo Tribunal Federal, desde a década de 60, reprova práticas arcaicas da autoridade fazendária denominadas de sanções políticas tributárias, conforme disposto nas Súmulas 70, 323 e 547.

O Estado não pode se valer de meios indiretos de coerção para, em função deles, constringer o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso. As Súmulas 70 e 323 foram aprovadas em dezembro de 1963 e consideram, respectivamente, inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo e inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Pela Súmula 547, de dezembro de 1969, não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Nesse sentido, dispôs o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no RE 374.981/RS, a saber:

A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo confere ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados” (STF, RE 374981/RS, Min. rel. Celso de Mello, DIJ 20/03/2005).

A decretação da indisponibilidade de bens e direitos titularizados pelo devedor, sem ingerência do Poder Judiciário, é considerada sanção política arcaica. As cobranças dos créditos tributários devem ser procedidas, não por constrições indiretas, mas pelas vias administrativas normais ou por execução fiscal do débito correspondente. É o que sustenta o Supremo Tribunal Federal, na ADI 5.886/DF:

O que se tem é nítida sanção visando o recolhimento do tributo, discrepante do estatuto tributário constitucional. Envolve a tomada de empréstimo, por parte do Fisco, de meio coercitivo, objetivando a satisfação de débito tributário, com adoção de método potencialmente inviabilizador da própria atividade econômica – a indisponibilidade de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora. Surge o que, no Direito Tributário, convencionou-se chamar de sanções políticas ou indiretas [...]. (STF, ADI 5.886/DF, Min. rel. Marco Aurélio Mello, DIJ 09/12/2020).

Há ofensa ao livre exercício de atividade econômica lícita, que assegura a todos a livre prática de qualquer atividade econômica e ao livre exercício profissional, que assegura a todos o exercício de trabalho, ofício ou profissão, nos termos do artigo 170, parágrafo único e artigo 5º, inciso

²³STF, ADI 5886/DF, Min. rel. Marco Aurélio Mello, DIJ 09/12/2020.

²⁴GABRIEL, Ivana Mussi. *Direito tributário para concursos*. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 218.

XIII, respectivamente, da Constituição Federal de 88.

Inclusive, viola-se o direito de propriedade do cidadão, enquanto direito e garantia individual, como destacado por Kumpel, nos seguintes termos:

Pode-se afirmar que a ausência do crivo judicial para a indisponibilização de um bem fere o direito de propriedade do cidadão. Ora a propriedade é um direito e uma garantia fundamental e, portanto, a restrição deste direito sem o devido processo legal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, fere, diretamente, a Constituição Federal.

As leis ordinárias não podem criar indiscriminadamente mecanismos de execução administrativa em detrimento do direito de propriedade do cidadão. A desjudicialização da indisponibilidade de bens – ainda mais com a simplicidade dos requisitos exigidos – pode, ao invés de gerar o efeito pretendido de inovar as ferramentas de cobrança de dívidas públicas, levar a um retrocesso jurídico, configurando um verdadeiro confisco do patrimônio privado pela Administração Pública²⁵.

As sanções políticas arcaicas ofendem também o devido processo legal substancial (*substantive due process of law*), que se refere ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 88²⁶.

O princípio da proporcionalidade veda os excessos e o princípio da razoabilidade veda as prescrições irrazoáveis do Poder Público. Tais princípios acham-se vocacionados a neutralizar ou inibir os abusos do Poder Público no exercício de suas funções. Quando o Estado impõe sanções tributárias arcaicas está se valendo de um meio desproporcional e irrazoável para obter o adimplemento do tributo. Em face do postulado da proibição em excesso, o princípio da proporcionalidade deve, portanto, inibir a administração tributária de impor ao contribuinte restrições gravosas e irrazoáveis, forçando contribuinte a pagar o tributo.

Ora, ao atribuir à Fazenda Pública Nacional o poder de bloquear unilateralmente os bens e direitos do contribuinte, com a ausência da intervenção do Estado-juiz, para a satisfação do crédito tributário, tem-se a adoção de um meio de cobrança abusivo, desarrazoado e desproporcional, que inviabiliza, por completo, direitos constitucionais fundamentais à atividade profissional e econômica, incorrendo em inconstitucionalidade, que se revela “chapada”, na expressão de Sepúlveda Pertence, o que não deve prosperar.

Limites da averbação pré-executória estabelecidos na Portaria PGFN 33/18

Não obstante a deficiência normativa da Lei 13.606/18, que não detalhou os limites da indisponibilidade, a Portaria PGFN 33/18, por sua vez, procurou corrigir essa lacuna, criando normas denominadas “freios e contrapesos” porque tratam dos limites quantitativos, temporais e materiais para realização da averbação pré-executória, minimizando, assim, os efeitos dessa constrição patrimonial para os contribuintes.

Entretanto, é bem verdade que o Registrador de Imóveis não pode recusar a prática de ato de sua atribuição, de averbar, em razão de suposta inconstitucionalidade da norma que o determina; não obstante, a eventual inconstitucionalidade da norma estaria em um dos seus efeitos atribuídos pela Lei, qual seja, o de emprestar à averbação oriunda de título extrajudicial a indisponibilidade do bem.

Com o efeito, após a notificação do devedor a respeito da efetiva averbação pré-executória, abre-se prazo de 10 (dez) dias para impugnação administrativa. Na impugnação administrativa, o devedor ou o terceiro (pretensão adquirente) poderá alegar a impenhorabilidade dos bens averbados,

²⁵ KUMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado notarial e registral*. São Paulo: YK Editora, 2020. v. 5, tomo II, p.1937.

²⁶ Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

excesso de averbação, mudança de titularidade do bem etc. É o que constam dos artigos 25 e 26 da Portaria PGFN 33/18.

Art. 25. Averbada a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos, o devedor será notificado para apresentar impugnação, no prazo de 10 (dez) dias.

[...]

Art. 26. Na impugnação, que será protocolada exclusivamente mediante acesso ao e-CAC da PGFN, o devedor poderá:

I-alegar a impenhorabilidade dos bens e direitos submetidos à averbação pré-executória, nos termos do art. 833 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015;

II-alegar excesso de averbação, quando os bens averbados estiverem avaliados em valor superior ao das dívidas que deram origem à averbação;

III-indicar à averbação outros bens ou direitos, livres e desimpedidos, nos termos dos arts. 9º e 10 desta Portaria, observada a ordem de preferência estipulada pelo art. 11 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980;

IV-alegar mudança de titularidade do bem ou direito em momento anterior à inscrição;

V-alegar que, a despeito da alienação ou oneração de bens em momento posterior à inscrição, reservou patrimônio suficiente para garantir a dívida, nos termos do art. 185, parágrafo único, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996²⁷ (Código Tributário Nacional), sendo que, nesse último caso, deverá indicar os bens reservados à averbação (Grifo nosso).

Porventura, no caso de procedência da impugnação administrativa, em que o devedor ou por terceiro (pretenso-adquirente) demonstra reserva de outros bens suficientes para garantir o pagamento do débito fiscal, tem-se o denominado “cancelamento²⁸” de averbação pré-executória, nos termos do artigo 32, inciso II da Portaria PGFN 33/18 e, por consequência, da indisponibilidade, podendo os bens, anteriormente averbados, serem alienados. A Portaria PGFN 33/18, nesse caso, minimiza os efeitos da indisponibilidade, tornando viável a alienação de bens averbados, desde que demonstrada reserva do patrimônio suficiente para saldar a dívida.

Nesse sentido, a imposição da averbação pré-executória não deve recair sobre a totalidade dos bens e direitos do contribuinte inadimplente, mas apenas sobre aqueles suficientes para garantir a satisfação da dívida tributária. Tem-se aqui o limite “quantitativo” da averbação pré-executória.

Transcorrido o prazo de 10 (dez) dias para impugnação administrativa sem qualquer manifestação do devedor ou do terceiro (pretenso-adquirente) ou rejeitada a impugnação administrativa, abre-se o prazo prescricional de 30 (trinta) dias para Procuradoria da Fazenda Nacional propor execução fiscal, nos termos do artigo 30 da Portaria PGFN 33/18:

Art. 30. Não apresentada ou rejeitada a impugnação, a execução fiscal deverá ser encaminhada para ajuizamento no prazo de até 30 (trinta) dias contados, conforme o caso, do primeiro dia útil após esgotado o prazo para impugnação ou da data da ciência de sua rejeição, observado o disposto no art. 36, § 2º, desta Portaria.

Pode-se afirmar que a indisponibilidade dos bens e direitos do contribuinte inadimplente não poderá superar o prazo de 30 (trinta) dias para o ajuizamento da execução fiscal. Esse é o “limite temporal” para averbação pré-executória. Caso a Procuradoria da Fazenda Nacional não ajuíze a execução fiscal dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados do esgotamento do prazo para impugnação ou da data da sua rejeição, determina-se o cancelamento da averbação pré-executória e, por conseguinte, da indisponibilidade.

²⁷Note que aqui ocorreu uma atecnia do legislador, um erro, porque o Código Tributário Nacional é de 1966, e não de 1996.

²⁸Há outros casos de cancelamento da averbação previstos no artigo 32 da Portaria da PGFN 33/18: I - a extinção do débito que deu origem à averbação; II - a procedência da impugnação do devedor; III - a desapropriação pelo Poder Público; IV - a decisão judicial; V - o não encaminhamento da petição inicial para ajuizamento da execução fiscal, nos termos do art. 30.

É o que prevê o parágrafo único do artigo 30 e artigo 32, inciso V da Portaria PGFN 33/18, a saber:

Art. 30. Parágrafo único. O não encaminhamento da petição inicial para ajuizamento da execução fiscal no prazo previsto no caput ensejará o levantamento da averbação pré-executória, ressalvada a suspensão da exigibilidade do débito antes do efetivo ajuizamento.

[...]

Art. 32. Configuram hipóteses de cancelamento da averbação pré-executória:

[...]

V-o não encaminhamento da petição inicial para ajuizamento da execução fiscal, nos termos do art. 30.

De acordo com artigo 21 da Portaria PGFN 33/18, averbação pré-executória constitui ato pelo qual se anota nos “órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora”. A Portaria, contudo, não traz definição para essa expressão. Para o presente trabalho, a indisponibilidade recairá sobre todos os bens e direitos passíveis de registro público instituído por lei, ou seja, aqueles cuja existência e autenticidade podem ser comprovadas mediante consulta ao registro em órgão público ou órgão privado no exercício de função pública. Trata-se do “limite material” para averbação pré-executória, como consta do artigo 22 da Portaria PGFN 33/18.

Art. 22. Estão sujeitos à averbação pré-executória os seguintes bens e direitos, em valor suficiente para satisfação dos débitos inscritos em dívida ativa de responsabilidade do devedor ou corresponsável:

I - se pessoa física, os integrantes do seu patrimônio, sujeitos a registro público; e

II - se pessoa jurídica, os de sua propriedade, integrantes do ativo não circulante, sujeitos a registro público.

Veda-se, portanto, a averbação dos bens das Fazendas federal, estadual e municipal e respectivas autarquias e fundações; pequena propriedade rural; da empresa com falência decretada ou recuperação judicial deferida, bem de família, os considerados por lei impenhoráveis, como os valores em contas bancárias, nos termos do artigo 23 da Portaria PGFN 33/18.

Conclusão

A averbação pré-executória, criada pela Lei 13.606, em 10 de janeiro de 2018, constitui mecanismo administrativo de cobrança de créditos tributários federais, utilizado pela Procuradoria da Fazenda Nacional e especificamente praticado nas Serventias de Registro Imobiliário, que força o contribuinte a pagar a dívida tributária e dá publicidade a terceiros interessados na aquisição dos bens de devedores da Fazenda Nacional.

Trata-se de uma nova garantia tributária de existência de bens, nos termos do artigo 183 do Código Tributário Nacional, com natureza jurídica de ônus real, que oferece ao ente político tributante meio necessário para assegurar a satisfação do crédito tributário.

A Portaria PGFN 33/18, como visto, trouxe as normas denominadas “freios e contrapesos”, ou seja, os limites quantitativos, temporais e materiais ao instituto da averbação pré-executória, para fins de preservar a segurança jurídica ao contribuinte inadimplente, evitando abusos na decretação da indisponibilidade de seus bens e direitos. O trabalho detalhado de regulamentação legal, realizado pela Portaria PGFN 33/18, contudo, não apagou os riscos de invalidação dos artigos 20-B, parágrafo 3º, inciso II e 20-E da Lei 10.522/02, acrescentados pela Lei 13.606/18, em relação aos efeitos da indisponibilidade.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5886/DF, em 03.12.2020, em sessão realizada inteiramente por videoconferência, declarou a inconstitucionalidade, formal e materialmente, dos dispositivos referentes à indisponibilidade dos bens do devedor pela Fazenda Pública Nacional, prestigiando a *correttezza costituzionale*.

Destaca-se a inconstitucionalidade de natureza “formal” dos dispositivos legais por violação à reserva de lei complementar para normas sobre crédito tributário, previsto no artigo 146, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal de 88, e a inconstitucionalidade de natureza “material” dos artigos 20-B, §3º, inciso II e 20-E da Lei 10.522/02, por desrespeito aos direitos fundamentais de propriedade, do devido processo legal substantivo e do livre exercício de atividade profissional e econômica.

Em outras palavras, a indisponibilidade dos bens e direitos do contribuinte, com a ausência da intervenção do Estado-juiz, para a satisfação do crédito tributário, incorre na adoção de um meio de cobrança abusivo, desarrazoado e desproporcional, de caráter inconstitucional, uma “sanção política arcaica”, porque inviabiliza, por completo, direitos fundamentais constitucionais, o que não deve prosperar.

A busca de uma resposta positiva à averbação pré-executória no Brasil, como meio alternativo para cobrança de tributos para o incremento da arrecadação tributária, dependerá, pois, que as normas denominadas de “freios e contrapesos” previstas na Portaria PGFN 33/18 façam parte do próprio texto legal e mais, que esse texto legal tenha *status* de lei complementar, porque somente assim novos riscos de invalidação da averbação serão afastados.

No tocante à averbação pré-executória da dívida tributária na matrícula do imóvel, considerada legítima, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, porque publiciza e torna o tráfego negocial mais seguro para os pretensos adquirentes do imóvel averbado, importante é fazer valer a vontade da Constituição, com consciência de que os direitos fundamentais do contribuinte, expressos no texto constitucional, não devem ficar sujeitos ao arbítrio estatal na cobrança de tributos.

Afinal, uma Constituição, na expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “não é apenas o seu texto, mas, principalmente, uma prática”. É assim que os efeitos da averbação pré-executória devem ser vistos no Brasil, não só pelo seu texto, mas, sobretudo, por sua prática.

Referências

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Justiça em números 2020*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5, p. 310.
- GABRIEL, Ivana Mussi. *Direito tributário para concursos*. São Paulo: Verbatim, 2015.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 20. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. *Tratado notarial e registral*. São Paulo: YK Editora *Princípios do Direito Administrativo*, 2020. v. 5, tomo II.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios do direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 8. ed. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2017.
- MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.
- NABAIS, José Cabalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- PAULSEN, Leandro. *Capacidade colaborativa*. Princípio de direito tributário para obrigações acessórias e de terceiros. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODRIGUES NETO, Assuero. A usucapião extrajudicial e a concentração dos atos na matrícula do imóvel. *Revista do Direito Imobiliário*, v. 83, p. 401-422, 2017.

RODRIGUES NETO, Assuero. A publicidade do registro de imóveis e a função socioambiental da propriedade. *Revista Fórum de Direito Civil*, v. 18, p. 103-118, 2018.

SHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Direito digital: de uma teoria geral à inteligência artificial

ALEX VINICIUS CARNELOSSI
ANA BEATRIZ ADAMI DA CUNHA
ANDERSON RENATO MENDES DE OLIVEIRA
BRUNA SOARES PESOLITO
CLÁUDIA CAVALLINI
DANIEL MONTEIRO
FERNANDO FIGUEIREDO
GUILHERME BALASTEGUI
HÁGATA FERNANDES MOREIRA
IGOR JOSÉ MARTINEZ
JOÃO VITOR BERTATE
JOÃO VITOR THEODORO
LÍVIA CAMILLO GUERBAS
LORENA AMADIO SANTOS CARFARO TEIXEIRA
LUÍSA CAMACHO
LUIZ MATHIAS NETO
MATHEUS MENDES MARQUES
THAYANE ZARBIM

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

PALOMA FERNANDES LINS

Advogada. Pós-graduada em Ética empresarial: direito societário, contratos e compliance pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ISABELLA SOUZA RAINHO DE OLIVEIRA POLI

Advogada. Pós-graduada em Processo Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Pós-graduada em Direito da Proteção e Uso de Dados pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

JEFFERSON LUCAS MONSANI ALVES

Oficial Substituto do 1º Registro de Imóveis Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Catanduva-SP. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Damásio. Pós-graduando em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduando em Advocacia do Direito Negocial e Imobiliário pela Escola Brasileira de Direito. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

AMANDA SANCHEZ

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

BIANCA GUILHERME DE OLIVEIRA

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Especialista e Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Pós graduanda em Processo Civil pela Universidade Candido Mendes (ESA-OAB).

MARCUS VINICIUS DOS SANTOS NOVAES

Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Pós-graduando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

DAISY CAROLINA RODRIGUES DA ROCHA

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MARIA CAROLINA RASCASSI

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LUÍ ANTÔNIO ROSSI

Advogado. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Professor e coordenador do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Membro da Comissão Especial de Ensino Jurídico da OAB-SP.

Resumo: Considerando as inovações oriundas das novas ferramentas de tecnologia e a aplicação de tais instrumentos no direito, o presente trabalho tem como objetivo analisar o direito digital sob uma perspectiva da teoria geral à inteligência artificial. Para tanto, foi realizada uma abordagem histórica, dedutiva e analítica da aplicação da inteligência artificial no direito, através de uma análise da doutrina, normas e jurisprudência, no que tange à ética para o desenvolvimento das ferramentas de inteligência artificial e aprendizado de máquinas, a responsabilidade civil e segurança jurídica em julgamentos judiciais por inteligências artificiais, a fim de diminuir vieses e a regulamentação da aplicação da inteligência artificial no Poder judiciário. Como resultado, foi possível concluir por uma série de requisitos para o desenvolvimento e aplicação da Inteligência artificial no poder judiciário a fim de possibilitar a utilização ética e não discriminatória como forma de apoio e promoção de justiça.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Direito e tecnologia. Direito digital.

Abstract: Considering the innovations brought by new technology tools and the application of this instruments in the justice, this scientific article aims to analyze digital law from a general theory perspective to artificial intelligence. Therefore, a historical, deductive and analytical approach to the application of artificial intelligence in law was analyzed, through an analysis of the doctrine, norms and jurisprudence, regarding ethics for the development of artificial intelligence and machine learning tools, the civil responsibility and legal security in judicial judgments by artificial intelligence, in order to reduce biases and the regulation of the application of artificial intelligence in the judiciary. As a result, it was possible to conclude by a series of requirements for the development and application of artificial intelligence in the judiciary in order to enable ethical and non-discriminatory use as a form of support and promotion of justice.

Keywords: Artificial intelligence. Law and technology. Digital law.

Introdução

Considerando a transição social e, por conseguinte, a nova realidade que enfrenta o direito, como por exemplo, a distribuição de processos em massa, utilização de Inteligência Artificial (IA) para leitura e elaboração de documentos e o aumento do comércio digital, necessário analisar a forma de aplicação do direito, a celeridade processual e sua efetividade. Nesse sentido, conforme ressalta Patrícia Peck Pinheiro¹, “O grande desafio do Direito é enfrentar essa contradição entre globalização e individualização, que é a grande característica de nossa era - uma era de transição, em que convivem conceitos aparentemente tão díspares”.

Se o Direito Digital se trata da evolução do próprio direito, bem como se identifica uma fragilidade estrutural no poder judiciário que pode causar prejuízo à celeridade processual, imperioso a apreciação do direito digital, inclusive com a aplicação IA na análise de processos judiciais, e seus impactos à efetividade do direito e a segurança jurídica².

A sociedade da informação

A Sociedade da informação surgiu no contexto da pós-modernidade, é fundamentalmente informática e comunicacional e constituída especialmente pelos progressos da microeletrônica, optoeletrônica e multimídia³. A importância que a sociedade da informação conquistou fez com que a tecnologia se tornasse essencial na determinação do sistema social e econômico, de forma que, após o auge das telecomunicações e informática em meados de 1970, surgiram novas formas e condições para o processamento de dados⁴.

Para Drahos⁵, a sociedade da informação poderá ser um espaço desigual, fechado em “feudos”, onde teremos o interesse dos mais ricos – barões da mídia – com o interesse em grandes lucros. Haverá o risco pelo estabelecimento rígido dos direitos de propriedade intelectual, como limitador do direito de informação – as empresas por meio de leis, podem garantir os privilégios do monopólio de informações, criando barreiras financeiras para a população. Para Werthein e Castells, são características da sociedade da informação: a alta penetrabilidade, parte integrante de toda a atividade humana, individual e coletiva, não havendo, deste modo, como o Direito evadir-se da aludida sociedade; e sua flexibilidade, processos reversíveis, modificação, reorganização e reconfiguração⁶.

¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. ⁴

² CRUZ, Jaqueline Keila Leite da; BELTRÃO FILHO, João Alfredo. *O uso da inteligência artificial na análise de processos como instrumento de eficiência*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/uso-da-inteligencia-artificial-na-analise-de-processos-como-instrumento-de-eficiencia-31052019>. Acesso em: 15 ago. 2020.

³ NOVO, Benigno Núñez. *A sociedade da informação*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-sociedade-da-informacao>. Acesso em: 12 jun. 2021.

⁴ DIANA, Daniela. *Sociedade da informação*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/sociedade-da-informacao>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁵ DRAHOS, Peter. Information feudalism in the information society. *The Information Society*, v. 11, n. 3, p. 209-222, 1995.

⁶ COMENALE, Felipe Becari. *O direito na sociedade da informação*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65068/o-direito-na-sociedade-da-informacao>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Para Drahos⁷, é necessária a criação de estratégias em defesa dos direitos dos usuários e dos valores de grupos, instituições e regiões desfavorecidas. Na teoria dos laços fracos, de Civille⁸, indivíduos tornam-se fragilizados por não terem acesso à internet, ou terem acesso reduzido a ela, ficando em desvantagem.

E assim, sendo a nossa Lei maior, tão rígida e tão robusta em princípios⁹, pela IA caberia à análise de seu cumprimento e coesão das leis e normas jurídicas inferiores, vez que garantir e proteger a Constituição não poderia ser responsabilidade da IA, assim como modificar a Lei máxima, também não poderia ser responsabilidade da IA.

A aplicação da inteligência artificial no Direito

No Brasil e no mundo foram e estão sendo implementadas e implantadas diversas formas de aplicação de IA na área do direito, como, por exemplo, na análise de processos, classificação e gerenciamento de processos e outros. Dentre as várias tecnologias aplicadas ao direito, a utilização de ferramentas com IA tem sido destaque como alternativa de eficácia e redução de tempo de tramitação dos processos no poder judiciário brasileiro e viabilização para maior dedicação às decisões judiciais¹⁰.

Vale mencionar que os algoritmos abrangem, além de um conjunto de elementos tecnológicos, um agrupamento de pessoas, dados, instituições que executam funções com o propósito de atingir uma finalidade específica de acordo com parametrizações, por meio de decisões automatizadas que são viabilizadas por fluxos de informações que influenciam comportamentos dos usuários, resultando, deste modo, em interesses de agentes¹¹. Segundo Ana Frazão e Carlos Goettenauer¹², os algoritmos são “como dispositivos agregadores de interesses inseridos em um contexto social”, podendo compreendê-los como “ferramentas matemáticas para a solução de problemas”.

Cumpra esclarecer que a ideia de que a IA é algo novo no campo do direito está relativamente equivocada, pois desde o final do século XX, Sartor e Branting apontaram benefícios da aplicação da IA no processo de tomada de decisões, dentre eles a continuidade de aperfeiçoamento e melhor flexibilidade ao processo decisório, tornando, inclusive o acesso à justiça mais célere, barato e previsível¹³.

Recentemente, a Faculdade Getúlio Vargas apontou a existência de, ao menos, 72 projetos de IA nos tribunais brasileiros. Nesse sentido, vale destacar o sistema de IA do Supremo Tribunal Federal o qual, desenvolvido juntamente à Universidade de Brasília, pode realizar, inclusive, a identificação automática de recursos extraordinários que tem matérias afetadas por temas de repercussão geral¹⁴.

Não obstante, por outro lado, é importante mencionar que diversos questionamentos são impostos à aplicação da IA no direito, conforme evidenciou Sourdin, *apud* Carlos Affonso Pereira de

⁷ATAÍDE, Maria Elza Miranda. *O lado perverso da globalização na sociedade da informação*. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-19651997000300006>. Acesso em: 30 jun. 2021.

⁸CIVILLE, R. The internet and the poor. In: KAHIN, B.; KELLER, J. *Public access to the internet*. 2. ed. p. 175-184. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=_ZVFWAQUossC&oi=fnd&pg=PA175&dq=The+internet+and+the+poor,+Cambridge,+1995&ots=tky06BYggH&sig=fMdc20GnSBn66ZWqyepzApalwOk#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁹MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 41.

¹⁰CRUZ, Jaqueline Keila Leite da; BELTRÃO FILHO, João Alfredo. *O uso da inteligência artificial na análise de processos como instrumento de eficiência*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/uso-da-inteligencia-artificial-na-analise-de-processos-como-instrumento-de-eficiencia-31052019>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹¹TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 52.

¹²Ibid., loc. cit.

¹³FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord. s). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 71.

¹⁴FREITAS, H. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Souza e Jordan Vinícius de Oliveira¹⁵, quais sejam: a. necessidade de atualização constante das legislações; b. confiança depositada pela sociedade e Estado às autoridades legais que não se estendem às ferramentas tecnológicas; c. dificuldade de supressão dos enviesamentos causados pelos dados que refletem tendências; e d. inaptidão das ferramentas para incorporar significados e situações particulares.

Deste modo, sobretudo em consideração de tais controversas, é imperioso a implementação de técnicas e utilização de métodos capazes de possibilitar a confiança no modelo de IA adotado.

Identificação das questões éticas que envolvem a aplicação da inteligência artificial

Como exposto, o uso de tecnologia avançada como a IA é cada vez maior, especialmente no cenário pandêmico atual. Essa utilização, vale dizer, em diversos aspectos interessa ao Direito, especialmente por conta de sua aplicação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, questiona-se, por exemplo, como considerar, do ponto de vista legal, máquinas dotadas de IA? Essa questão vem gerando crescentes discussões e a resposta para essa indagação poderá ter implicações profundas. No âmbito da responsabilidade, por exemplo, outro questionamento frequente diz respeito sobre como as seguradoras cobrirão eventuais perdas e danos causados por em decorrência da IA.

Neste cenário, a proposta é identificar a ética como ciência e analisar, nos tópicos que seguem, alguns problemas éticos que podem ser encontrados na adoção da IA pelo Poder Judiciário e quais as eventuais soluções.

A ética como ciência e sua correlação com Direito e Computação

A origem etimológica da ética remonta à Grécia antiga, a partir do vocábulo *ethos*, que significa “lugar onde se habita” ou “morada”, mas também se traduz em “modo de ser” ou “caráter”. Mais precisamente, Adela Cortina define *ethos* como o caráter impresso na alma por hábito¹⁶.

Com efeito, a preocupação com o estudo da ética ultrapassa milênios e vários pensadores se debruçaram sobre o tema¹⁷, o que contribuiu para definir a ética como ciência, em razão de ter objeto próprio, regras próprias e método próprio. E nesse ponto cabe uma breve distinção entre ética e moral, na medida em que ética é ciência e moral é o objeto dessa ciência. Melhor dizendo, ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, em tradução de Adolfo Sánchez Vázquez¹⁸, ou “parte da filosofia que trata da moralidade das ações humanas”, segundo Ricardo Dip¹⁹.

Mas apesar de a ética ser notadamente relacionada à filosofia, é bem comum nos depararmos com estudos que correlacionam a ética com diversas outras áreas do conhecimento; a propósito, antes do cotejo entre ética e psicologia, antropologia, sociologia e economia política, adverte Adolfo Sánchez Vázquez²⁰:

Por su objeto – una forma específica del comportamiento humano –, la ética se relaciona con otras ciencias que estudian, desde diversos ángulos, las relaciones y el comportamiento de los hombres en sociedad, y que proporcionan datos y conclusiones que contribuyen a esclarecer el tipo peculiar de conducta humana que es la moral.

¹⁵ FRAZÃO; MULHOLLAND, op. cit., p. 72.

¹⁶ CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. 5. ed. Madrid, España: Editorial Teenos, 2008. p. 162.

¹⁷ Cf. *A República*, de Platão; *Ética à Nicômaco*, de Aristóteles; *Ética*, de Spinoza; *Os métodos da ética*, de Henry Sidgwick; *Lições de ética*, de Kant; *Tratado da natureza humana*, de David Hume; *Ética prática*, de Peter Singer; *Ética*, de Adolfo Sánchez Vázquez, dentre várias outras obras de Adela Cortina. E no Brasil, podem ser citadas obras como *Ética geral e profissional*, de José Renato Nalini; *Da ética geral à ética profissional dos registradores*, de Ricardo Henry Marques Dip; *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, de Fábio Konder Comparato; e *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*, de Yves de La Taille.

¹⁸ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 4. ed. Barcelona, España: Editorial Crítica, 1984. p. 25.

¹⁹ DIP, Ricardo Henry Marques. *Da ética geral à ética profissional dos registradores*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 19.

²⁰ VÁZQUEZ, op. cit., p. 31.

Mas não é só. A ética, ainda, pode ser relacionada à medicina, engenharia genética, história, educação, política, jornalismo e economia, como bem recordam José Renato Nalini²¹ e Adela Cortina²², e no que toca ao presente trabalho, ao Direito e Computação, mais precisamente à IA. Relativamente à correlação da Ética com o Direito, afirma José Renato Nalini que “a Ciência do Direito é a que guarda maior intimidade com a moral”. “É com base na profunda vinculação moral/direito que se pode estabelecer o relacionamento ética/direito”²³.

E complementam Eduardo Bittar e Guilherme Almeida que “se o saber ético estuda o agir humano, está claro que possui fronteiras muito tênues com o saber jurídico, de modo que Ética, como saber, e Direito, como ciência, convivem”. Para os mencionados autores, “Ética e Direito conjugam-se, apesar de constituírem campos diversos de estudo, intercambiando valores e normas entre si”²⁴.

Já para Paulo Nader, ao discorrer sobre Direito e valor, “as alterações que se processam no meio social em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos impõem uma revisão nos valores sociais. A própria Moral positiva não se acha infensa a transformações”²⁵.

Agora, no que toca à Computação, acredita-se que nenhum outro assunto tomou tamanha repercussão quanto aos desafios éticos relacionados a IA. Apesar de a IA não ser necessariamente um tema recente – considerando que Alan Turing, em 1950, já questionava se as máquinas podiam pensar²⁶ –, a constante evolução tecnológica implica no surgimento de várias questões relacionadas à ética, desde a eventual substituição de empregos por máquinas ao funcionamento dessas máquinas propriamente dito.

Vale considerar, a propósito, a advertência de Brian Green, diretor-assistente do Campus Ethics do Centro Markkula de Ética Aplicada, da Universidade de Santa Clara, em Califórnia, EUA, para o qual “a IA, como exteriorização da inteligência humana, oferece, de forma amplificada, tudo o que a humanidade já é – o bem e o mal”²⁷.

Até mesmo em obras de ficção é possível constatar a preocupação de valores éticos na tecnologia, cabendo citar as leis da robótica, criadas por Isaac Asimov em suas obras, as quais deram origem ao filme *I, Robot* e que podem ser encontradas direta ou indiretamente em outras obras de ficção, como por exemplo *Do Androids Dream of Electric Sheep?*, de Philip K. Dick, que resultaram nos filmes *Blade Runner* e *Blade Runner 2049*; dentre tais leis, a mais importante – Lei Zero – enuncia que “um robô não pode fazer mal à humanidade, ou, por omissão, permitir que humanidade sofra algum mal”²⁸.

Como os robôs funcionam

Caracterizam-se os robôs por mecanismos com capacidade de desempenhar tarefas similares a atividade humana, dotados de pensamento e capacidade de tomada de decisões, programados por meio de algoritmos, ou seja, conjunto de instruções predeterminadas a solucionar problemas, que se aprimoram através da interação entre bancos de dados coletados em diferentes contextos e finalidades (Big Data).

Importante asseverar que a implementação da IA não é tarefa exclusiva do setor de

²¹ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 177-203.

²² CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. 5. ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 2008. p. 151.

²³ NALINI, op. cit., p. 205.

²⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

²⁵ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁶ Cf. TURING, A. M. I. Computing machinery and intelligence. *Mind*, Oxford, v. LIX, n. 236, p. 433-460, october 1950. Disponível em: <https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>. Acesso em: 25 set. 2020.

²⁷ GREEN, Brian. *Ética e inteligência artificial: dez áreas de interesse*. Tradução de Luisa Flores Somavilla. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/574109-etica-e-inteligencia-artificial-dez-areas-de-interesse>. Acesso em: 25 set. 2020.

²⁸ VOGT, Carlos. *Blade Runner e as leis da robótica*. Disponível em: <https://www.comciencia.br/blade-runner-e-as-leis-da-robotica/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

tecnologia, sendo necessária a criação de uma cultura organizacional que envolva todos os setores capazes de oferecer informações, conhecimento e treinamento aos robôs, tratando-se assim de tema multidisciplinar.

Neste ponto, se faz necessário estar atento a duas questões, *quem alimenta a IA e quais seriam as informações inseridas*, o que se mostra verdadeiramente perigoso, uma vez que o robô não é dotado de juízo de valores, realizando matematicamente a análise de dados estatísticos inseridos em seu banco de dados, o que pode realçar ainda mais os padrões discriminatórios de uma sociedade.

Quer dizer, ao inserir determinado padrão de perguntas o curador “treina” a máquina para identificar que: o conjunto de dados (a) tem todos os mesmos significados e deve, portanto, obter (a1) como resposta; o conjunto de dados (b) tem todos os mesmos significados e deve, portanto, obter (b1) como resposta; e assim sucessivamente.

Ocorre que, ao construir sua base de dados a IA passa a identificar por si as informações relevantes, verificar índices, analisar históricos e prever padrões que serão utilizados na tomada de decisões, apontando a solução mais adequada, sendo ainda capaz de se autoalimentar destas, aprimorando ainda mais os resultados. Contudo, sendo um sistema matemático não livre de falhas, identificada a necessidade de novas informações o curador deve inseri-las no sistema para o aperfeiçoamento deste. Neste ponto vale ressaltar a mínima interferência humana, mas não ausente.

Durante a busca, o sistema pode analisar simultaneamente diversos dados arquivados como, por exemplo, a legislação do país, jurisprudências, decisões de processos semelhantes e anteriores, entre outras informações. Ainda que não se possa falar em 100% de exatidão dos resultados, verifica-se que há o constante aperfeiçoamento do trabalho desenvolvido pela IA, uma vez que esta faz uso de modelo estatístico de suas informações (modelo matemático) que direcionam o robô a aplicar uma ou outra decisão através dos dados que estão em sua base de consulta em constante movimento.

Os robôs são controlados por *softwares* que consistem em objetos de dados e listas de instruções, conhecidas como fluxos de programas (lista de instruções). Dados e programas geralmente residem em seções separadas do robô. Pode-se alterar os dados (informações) sem alterar o programa e vice-versa. Cada robô tem seu próprio tipo de *hardware*, *software* e linguagem de programação, geralmente a maioria dos fabricantes de *hardware* robótico também fornece seu próprio *software* e a falta de padronização dos métodos de programação para robôs apresenta certos desafios.

A manipulação de algoritmos

O ponto central para compreensão do funcionamento da IA recai no conceito de “algoritmo” e “modelo de inteligência artificial”. A este respeito, a Resolução nº 332/2020, do Conselho Nacional de Justiça²⁹, que dispõe sobre a aplicação da IA o Poder Judiciário, define algoritmo como a “sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico”, e modelo de IA como “conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana”.

Mais precisamente, podem ser citados os modelos *machine learning* (aprendizado de máquina), caracterizado pela aptidão da máquina a adquirir aprendizado através das suas próprias experiências, e *deep learning* (aprendizado profundo), baseado em redes neurais à semelhança do funcionamento do cérebro humano.

Enquanto a IA pode ser definida, de modo amplo, como a ciência capaz de mimetizar as habilidades humanas, *machine learning* é uma vertente específica da IA que treina máquinas para

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução CNJ nº 332/20*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos. Acesso em: 12 jun. 2021.

aprender com dados e *deep learning* combina avanços no poder computacional e tipos especiais de redes neurais para aprender padrões complicados em grandes quantidades de dados³⁰.

No entanto, para que a IA funcione, há necessidade de alimentação de seu sistema, na medida em que a adoção do modelo de inteligência envolve a criação de algoritmos que podem aprender a partir de uma base de dados³¹.

Há, portanto, a participação humana, e neste aspecto são precisas às palavras de Ciro Costa Chagas e Lorena Muniz e Castro Lage, ao afirmarem que os algoritmos são comandados pelo ser humano, mediante variáveis em seus códigos que permitem a tomada de decisões de acordo com a conclusão pretendida e previamente programada pelo seu criador³². Daí surge o questionamento: os algoritmos podem ser manipulados por quem alimenta a IA? Advertem os mesmos autores que “o grande problema está justamente nessa possibilidade de manipulação prévia de modo a permitir a tomada de decisões que poderão ser discriminatórias ou antijurídicas em uma infinidade de formas”.

São exemplos de problemas com algoritmos, como, por exemplo: a) a *Google* ter se desculpado por seu aplicativo de fotos ter incluído legenda “gorilas” na imagem de um casal de negros³³; b) a Decolar ter diferenciado preço de acordo com a região, recebendo multa de R\$ 7,5 milhões, causando o chamado *geo pricing* ou *geo blocking*³⁴; c) *Facebook* ter manipulado emoções de 700 mil usuários ao distribuir os *posts* no *feed* de notícias do usuário para verificar como isso afetou o seu humor³⁵; d) O robô da *Microsoft*, Tay, negar o holocausto e apoiar genocídio³⁶ e diversos outros exemplos.

E nessa mesma linha de raciocínio, Paulo Sá Elias afirma que os algoritmos não são imparciais, pois podem conter preconceitos presentes em seus criadores ou nos dados que foram usados para treinar o algoritmo³⁷.

A inteligência artificial nos tribunais

Como visto, a IA é uma das espécies de tecnologia que podem ser utilizadas em diversas áreas e inclusive no âmbito jurídico como meio de otimizar e agilizar tarefas repetitivas. A área de pesquisa da IA, tenta emular métodos do comportamento da inteligência humana, como tomar certos posicionamentos e decisões a uma máquina, é o que pode ocorrer quando utilizada em tribunais de justiça e tribunais superiores, podendo ser capaz de tomar decisões que antes demandavam tempo e custo a justiça de forma automatizada.

Klaus Schuwab discorre que a IA consiste em aprender a partir de situações anteriores e registrar esse aprendizado em um banco de dados e, a partir daí, automatizar esse processo para futuras ações e decisões complexas. Diz, ainda, que “a IA é boa para fazer correspondência de padrões e automatizar processos, que torna a tecnologia interessante para muitas funções em grandes organizações”; complementa ser “possível vislumbrar um ambiente futuro em que a IA poderá

³⁰ SAS Insights. *Machine learning*: o que é e qual a sua importância? Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html. Acesso em: 25 set. 2020.

³¹ ELIAS, Paulo Sá. *Algoritmos e inteligência artificial exigem atenção do Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>. Acesso em: 25 set. 2020.

³² CHAGAS, Ciro Costa; LAGE, Lorena Muniz e Castro. *A opacidade gerada pelos algoritmos e inteligência artificial e a consequente necessidade de regulamentações*. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/6rie284y/52t22ons/1574ldTdlLB9D237S.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

³³ GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. G1. *Google pede desculpas por app de foto confundir negros com gorilas*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/07/google-pede-desculpas-por-app-de-foto-confundir-negros-com-gorilas.html>. Acesso em: 25 set. 2020.

³⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em: 25 set. 2020.

³⁵ GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. G1. *Em experimento secreto, Facebook manipula emoções de usuários*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/06/em-experimento-secreto-facebook-manipula-emocoes-de-usuarios.html>. Acesso em: 25 set. 2020.

³⁶ CANO, Rosa Jiménez. *O robô racista, sexista e xenófobo da Microsoft acaba silenciado*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html. Acesso em: 25 set. 2020.

³⁷ ELIAS, Paulo Sá. *Algoritmos e inteligência artificial exigem atenção do Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>. Acesso em: 25 set. 2020.

substituir várias funções desempenhadas hoje por pessoas³⁸.

Feita tal distinção e sabendo da existência dessa ferramenta, é possível notar a quão relevante e necessária é a utilização de novos meios tecnológicos e principalmente da IA dentro do âmbito do Direito, mais especificamente como meio facilitador e de auxílio na elaboração de decisões em larga escala e de forma automatizada e ágil.

Relativamente à aplicação da IA nas decisões judiciais Daniel Boeing, sob a orientação de Alexandre Moraes da Rosa, elenca três tipos de IA: *classificadora*, que tem por função principal encontrar matérias úteis para que pessoas fundamentem suas decisões; *relatora*, que diz respeito a extrair e condensar informações relevantes de um certo documento; e *juizadora* – ou *robô-juiz*, nos exatos termos do autor –, que se aproxima do modelo anterior, mas com maior complexidade de algoritmo e menor grau de intervenção humana diante da interferência do algoritmo no processo decisório³⁹.

Neste sentido, podemos identificar dois primeiros modelos como uma ferramenta tecnológica avançada a serviço dos humanos e o último, no entanto, como uma tecnologia que pode depender cada vez menos de intervenção humana. E daí podem surgir basicamente dois problemas: a manipulação na escolha das decisões em favor de uma ou outra pessoa, em razão da alimentação da IA, e a escolha de decisões com teor preconceituoso, ainda que sem a intervenção humana.

O primeiro caso encerra nítida violação à imparcialidade nas decisões, discutida antes mesmos de qualquer comentário a IA. Já no segundo caso tentamos fazer referência a uma ou decisão, com cunho preconceituoso e que por tal motivo viola princípios protegidos pelo Direito, que pode ser reproduzida amplamente através da IA; melhor dizendo: é selecionar uma decisão isolada – ou que ao menos deveria ser isolada – e fazer com que seja reproduzida em grande escala. Em ambos os casos vale lembrar da advertência de Lenio Streck, para atividades jurídicas são atividades de interpretação, e, esse ponto, a IA não pode servir como substituta⁴⁰.

Responsabilidade da inteligência artificial em julgamentos judiciais

Para a análise da responsabilidade civil, muito se passa pela criação da IA, sabe-se que o avanço da tecnologia vem tendo grandes expressões, embora o assunto esteja muito em voga, a matéria já é debatida em outros Países há um certo tempo, ganhando grandes discussões em meados de 2017. Parte das discussões quanto a utilização e responsabilidade civil por parte da IA está centrada no âmbito de sua utilização como “juiz” da causa, ou seja, utilizar a IA para julgar processos judiciais, sobre a temática, ainda se encontra um certo receio por parte daqueles que integram o processo judicial, como, por exemplo, juízes, advogados, ministérios públicos e partes.

Essa iniciativa parte da situação em que Poder Judiciário Brasileiro se encontra, o Brasil, é o país onde há mais litigância, devido a cultura de inobservância da lei por parte das pessoas, bem como a cultura da judicialização, soma-se a isso ao *déficit* de magistrados, servidores públicos e etc.

A título exemplificativo, o Poder Judiciário foi chamado para apreciar questões de diversos assuntos, como (i) políticas públicas, (ii) a “judicialização da saúde”, que consiste em concessão de medicamentos, internações, procedimentos cirúrgicos, de alto custo (iii) o tratamento especial com a questão do dano moral, criando-se até a intitulação da “indústria do dano moral”, (iiii) além da gama de princípios fundamentais entabulado na Constituição Federal (art. 5º). Dentre todas, destaca-se que o maior utilizador do poder judiciário é o próprio Estado, principalmente com Execuções Fiscais.

³⁸ RIGOLDI, Viviane, NASCIMENTO, Arthur Ramos do Nascimento, BONAVIDES, Samia Saad Gallotti, SANTOS, Amanda Querino dos (Org.). *Direito constitucional contemporâneo I*. Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito). Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2019/direito-constitucional-contemporaneo-i.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

³⁹ BOEING, Daniel Henrique Arruda. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e visões no uso do aprendizado de máquina no judiciário*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. 10 set. 2020.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Um robô pode julgar? Quem programa o robô?*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/sensoincomum-roboto-julgar-quem-programa-roboto>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Segundo aponta o relatório Justiça em Números do ano de 2016, do CNJ, os números de execuções fiscais representam quase 40% do congestionamento do Poder Judiciário⁴¹.

Outro dado exemplificativo, hoje a mais alta corte do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, encontra-se com um acervo de processos de 25.791 (vinte e cinco mil, setecentos e noventa um) processos⁴², ainda, pode se ver a diferença entre a Supremo Tribunal Federal e as demais Cortes Superiores de outros países, como por exemplo, Estados Unidos, Alemanha, dentre outras⁴³.

Indiscutível que o Brasil é um dos Países com maior acervo de processos para serem julgados, daí a tentativa e necessidade de simplificar, para tanto, em 2015 houve a remodelação do Código de Processo Civil, trazendo uma nova perspectiva, inclusive com a introdução, mais específica, dos “Precedentes Judiciais”, nos termos do art. 927, do Código de Processo Civil, com a finalidade de trazer segurança jurídica e previsibilidade ao sistema de julgamento brasileiro.

Além das alterações legislativas, surge os estudos de incluir a IA como meio de trazer celeridade ao processo judicial, embora sua forma de utilização e criação são um pouco obscuras. A propósito, salientam José Miguel Garcia Medina e João Paulo Nery dos Passos Martins⁴⁴, ser “necessário aprofundar os estudos no sentido de se estabelecer os limites éticos e jurídicos dessa forma de utilização da Inteligência Artificial, assim como avaliar as transformações que ela poderá produzir sobre como o Direito é pensado e aplicado”. E complementam: “é confortável se contentar com a tese de que atuação ou, no mínimo, a supervisão humana seja imprescindível para a tomada das decisões judiciais.

Diante de tamanhos avanços e a necessidade de acompanhamento por parte do direito, a responsabilização civil por erros da IA em processos judiciais, torna uma discussão frequente. Sabe-se, como já apresentado, que a criação da IA passa por conteúdos de programação realizadas por uma pessoa (programador) que introduz na IA, construindo uma base de dados e uma cadeia de atuação, em que determinada situação (conjunto de dados apresentados) refere-se a um resultado, essa é a essência, tem-se também, como já vem sendo estudado, a possibilidade de a IA absorver situações novas, que não estavam em sua base de dados e, chegar a um resultado.

De outro lado, nessa construção, pode ocorrer inúmeras situações, inclusive de forma premeditada pelo próprio programador, bem como ocorrência de falhas no sistema que podem ser imperceptíveis, podendo gerar danos a terceiros. Partindo dessa análise, busca entender como deve ser realizada a apuração da responsabilidade civil e sua consequente indenização.

Partindo do pressuposto que houve ali um dano a terceiro, é necessário verificar, qual é a responsabilidade – se é objetiva ou subjetiva – e quem responderia pela indenização. Muito se discute essas situações, primeiramente, acerca da necessidade de uma legislação específica, em algumas localidades foram criadas normas específicas para se tratar da responsabilidade, como por exemplo, a União Europeia⁴⁵, dentro do Brasil, temos duas visões alguns doutrinadores apoiam a ideia de uma norma específica e outros abordam que as legislações presentes se mostram aptas a surtirem os efeitos necessários.

Embora a discussão seja pertinente, parte-se do pressuposto das normas já se encontram presentes no nosso sistema. Sobre a responsabilidade objetiva ou subjetiva, sabendo que a primeira se

⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2016. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acervo do STF em 2020*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall>. Acesso em: 16 nov. 2020.

⁴³ HELCIAS, Ricardo Vasques. *Supremas diferenças*. Disponível em: <https://complemento.veja.abril.com.br/brasil/supremas-diferencas/>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. *A era da inteligência artificial: as máquinas poderão tomar decisões judiciais?* Disponível em: <https://www.meloegalvaoadvogados.com.br/post/a-era-da-inteligencia-artificial-as-maquinas-poderao-tomar-decisoes-judiciais>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁴⁵ PARLAMENTO EUROPEU. *Relatório que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial*. Proposta de resolução do Parlamento Europeu. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_PT.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

caracteriza por força de lei, onde não há necessidade de comprovação do efetivo dano, já na segunda, há necessidade de demonstrar o efetivo dano causado. É preciso saber que havendo ato ilícito, há o dever de indenizar, conforme dispõe o art. 5, V, da CF e arts. 186, 187 e 927, todos do Código Civil. No âmbito da administração pública, embora não haja previsões específicas, é possível se verificar que em caso de dano por agente público ou que realiza serviços públicos, a responsabilidade é objetiva, pela teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, §6º, da CF. Sobre a responsabilidade de erro judiciário, leciona Odete Medauar⁴⁶:

A irresponsabilidade vem, amiúde, justificada na necessidade de preservar a independência do judiciário, na autoridade da coisa julgada, na condição dos juizes como órgãos da soberania nacional. [...].
Somente vem aceita a responsabilidade civil do Estado por *erro judiciário de natureza criminal*, em virtude do art. 630, do CPP, [...]. O direito à reparação por erro judiciário (criminal) independe de revisão da sentença, como se depreende do art. 5, LXXV, da CF [...].

Segundo o entendimento da autora acima mencionado, o Estado somente estará obrigado a indenizar em caso de erro em processo criminal, tendo em vista as disposições do art. 5, LXXV, da CF e art. 630, do CPP, *in verbis*:

Art. 5º. [...]:
LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; [...].
Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.
§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.
§ 2º A indenização não será devida:
a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
b) se a acusação houver sido meramente privada.

Todavia, o entendimento majoritário é de que o Estado é responsável por ato ilícito realizado por erro judicial, desde que não implique nos exercícios de suas funções jurisdicionais, tendo em vista que o magistrado nada mais é que um servidor público, ele age em nome do Estado como seu representante, embora se discuta a responsabilidade civil do Estado, ao que parece a discussão chega ao fim com base na leitura do art. 143, do CPC, ao dispor que a responsabilidade do juiz é regressiva. Assim, ensinam Teresa Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério Mello⁴⁷:

Em qualquer das hipóteses, diz a nova lei, a responsabilidade civil do magistrado é sempre regressiva, devendo a parte pleitear a indenização diante do Estado, que poderá, então, regressivamente, buscar o ressarcimento daquilo que tenha despendido com a indenização, diante do magistrado e de seu patrimônio pessoal.

Ao que parece, colocar termo na responsabilidade do Estado em caso de erro judiciário, seja ela no âmbito criminal ou nas demais áreas do direito, cabendo ao Estado, caso queira, promover ação de regresso em face do magistrado, destaca-se que eventual indenização por erro judiciário, nada se relaciona com mutabilidade e perda de efeitos da decisão, uma vez que se tem a coisa julgada⁴⁸.

Transportando isso para a responsabilidade de decisões de IA, embora não tenha muita discussão, diferentemente do que ocorre no âmbito do direito privado o tema vem ganhando forças e

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 410.

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 272.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 522.

formando um entendimento que se trata de uma responsabilidade objetiva dos fabricantes⁴⁹, tendo em vista o “risco social”⁵⁰, tal fato se torna mais latente quando se tratar de relação de consumo, inclusive com inversão do ônus da prova, inclusive, foi recomendado pelo Parlamento Europeu, a contratação de seguros para eventual ato ilícito por parte da IA.

Já no âmbito da responsabilização do Estado por decisões judiciais, o caminho não poderia ser diferente daquilo que é para os seres humanos, ou seja, a responsabilidade civil objetiva do Estado, podendo o Estado, por meio de ação de regresso, se insurgir contra aquela empresa responsável pela programação, uma vez que a IA representa o Estado.

Análise do princípio do livre convencimento do juiz

O mais importante marco histórico para o Princípio do Livre Convencimento do Juiz foi a Revolução Francesa de 1789, pois antes da mesma os julgadores decidiam baseados em seus próprios interesses, mesmo que isso fosse contrário as leis existentes. Porém, após a Revolução fez-se necessário a criação de regras para uma análise técnica das provas e conseqüentemente um melhor julgamento.

Diante do Princípio da Investidura, a Jurisdição somente poderá ser exercida por uma pessoa física quando a mesma tenha sido legitimada e regulamentada, ou seja, por meio de concurso público o juiz será investido da autoridade que lhe compete à jurisdição. Assim como expresso no artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015⁵¹: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Deste modo o Princípio do Livre Convencimento não proporciona ao juiz a livre decisão sem fundamentação, pelo contrário, o juiz deverá sempre se basear nas leis e nos fatos do processo, buscando a verdade real e não as que foram demonstradas pelas partes, justificando a sua sentença com os motivos que lhe fizeram convencer.

O Princípio do Livre Convencimento Motivado consiste na garantia das partes de que o julgador será imparcial, trazendo a legitimidade para as decisões judiciais, demonstrando o direito pertencente ao Estado-juiz. Esse princípio está disposto, entre vários outros, no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵², o qual dispõe que todo ser humano tem direito a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial.

Diante desse trecho podemos ver claramente que todo ser humano tem direito a um julgamento público, imparcial e independente. O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, por sua vez, assegura que nenhuma ameaça ou lesão ao direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Porém, para que a decisão do juiz seja favorável para uma ou outra parte, as mesmas devem fundamentar seus motivos, como forma de convencer o juiz.

Desta forma, não se busca um substituto do magistrado na tomada de decisões; ainda é necessário que o juiz analise as provas e seja convencido de sua decisão. Entretanto, com o progresso do projeto, o objetivo é que VICTOR aprenda a partir de milhares de decisões já proferidas pelo STF, com a finalidade de que ele seja capaz de alcançar níveis altos de acurácia⁵³.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil*. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/465>. Acesso em: 4 nov. 2020.

⁵⁰ Cf. Art. 927, p. único, CC: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁵¹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acessado em: 4 nov. 2020.

⁵² UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 4 nov. 2020.

⁵³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. Notícias STF, 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 6 nov. 2020.

Como já estabelecido pelo art. 489, §1º, inciso I do Código de Processo Civil, fica evidente que o robô jamais deverá “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”, mas deverá explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, uma vez que o mais simples dos enunciados jurídicos é interpretado. Vale mencionar, quanto a importância social extraída pela divergência em uma decisão judicial, uma análise feita pelo economista Pedro Fernando Nery acerca das divergências nos votos dos julgamentos pelo Ministro Marco Aurélio Mello nas votações do Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

Além disso, o art. 489, §1º, inciso V, afirma ainda que para que exista uma decisão judicial fundamentada, ela não pode apenas “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, possibilitando, assim, decisões acertadas, reduzindo ou eliminando o índice de erros.

Ademais, é fundamental que a IA por trás das decisões identifique um caso decidido anteriormente e o compare com um caso concreto sendo julgado, não bastando apenas identificar demandas repetitivas ou ater-se à abstratividade, e sim possuir argumentos fundamentados em provas concretas, como um juiz o faria, colocando assim, em evidência, a IA mais complexa.

Assim, tendo em vista a fundamental segurança que deve ser concedida às tarefas jurídicas que necessitam do uso da cognição abstrata, bem como questões subjetivas e valorativas, da inteligência emocional ao lidar com temáticas mais sensíveis, como subjetividade, hermenêutica, valores constitucionais e conceitos abertos, a IA certamente enfrentará grandes desafios para sustentar a segurança jurídica ao se convencer por meio das provas apresentadas pelas partes no litígio e proferir decisões.

A segurança jurídica

É evidente que através do uso das Inteligências Artificiais (IAs) no processo jurídico, haverá dúvidas se tal inteligência respeitará o devido processo constitucional, mantendo-se alinhada com os princípios jurídicos que protegem os direitos fundamentais. A preocupação que o uso da IA possa ferir o princípio da Segurança Jurídica é válida, ao se observar que, enquanto programa, a IA se utiliza de códigos base supridos pelo programador, e desse modo, não é utópico imaginar um cenário onde tais dados sejam alimentados com base na legislação atual, ignorando leis revogadas ou jurisprudências não mais utilizadas.

Em casos relativos ao uso da segurança jurídica e ao chamado direito adquirido, a IA pode, por uma abstração de conteúdos jurídicos antigos, orientar uma percepção de Direito com base na legislação vigente. Também é observável, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e Inglaterra, que o mercado de IAs é composto por empresas de grande poder econômico, e até político (ao se considerar que o *lobby* é permitido e estimulado na política americana), e pode-se afirmar que o Brasil caminha para um cenário semelhante, dado o caráter multinacional das empresas de tecnologia atuantes no Brasil, e ao se considerar o histórico de vulnerabilidade que a infraestrutura cibernética brasileira apresenta⁵⁵.

Além do mais, o processo de modernização no que diz respeito a comunicação e interação profissional está inserido em uma sociedade multifacetária, refletidos na economia, e principalmente em questões jurídicas. Não obstante, verifica-se em nosso sistema judiciário um sobrepeso elevado de demandas, alguns se arrastando por anos, que facilmente poderiam se dar por solucionados com a ajuda da famigerada tecnologia.

⁵⁴ NERY, Pedro Fernando. *O ministro endógeno*. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-ministro-endogeno,70003378077>. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁵⁵ NUNES, Dirlene; RUBINGER, Paula Caetano; MARQUES, Ana Luiza. *Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opiniao-perigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia>. Acesso em: 6 out. 2020.

Tomando a Constituição como norte, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, tem-se um exemplo claro sobre o princípio da segurança jurídica, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito". Decorrem deste princípio, aspectos que dizem respeito à segurança do rito processual, a estabilidade das relações jurídicas, além de julgamentos e decisões concisas prevalecendo, acima de tudo, o justo juízo. Logo, quando se fala em tecnologia e utilização da IA aplicadas às necessidades da sociedade, qualquer um certamente, terá um receio ou desconfiança, relacionando a algumas fragilidades de outros dispositivos de uso diário.

Todavia, há de se ponderar a confiabilidade que esses dispositivos trazem, à vista de que a automatização da prática judiciária atuará como partícipe e não adversário daqueles a frente da tomada de decisões.

Regulamentação da inteligência artificial

O atual volume de dados que são acrescentados diariamente ao Big Data jurídico acarretou no inegável avanço dos estudos e aplicações da IA para extração de padrões, tendências e referências que podem servir de subsídios para tomada de decisões mais céleres, garantindo maior eficiência ao Poder Judiciário, departamentos jurídicos e escritórios de advocacia. Por conseguinte, surgiram milhares de empresas e *startups* para desenvolvimento destas soluções, bem como novas profissões paralegais.

Neste cenário, começa a existir a necessidade de regulamentar a nova ramificação do direito com objetivo de minimizar os possíveis impactos que este exponencial avanço tecnológico pode causar, especialmente no intuito de preservar alguns princípios éticos, morais e de privacidade e proteção de dados.

É certo que a IA aplicada ao direito no Brasil ainda está em estágio embrionário, carente de experiências reais em larga escala, não sendo possível apurar de forma concreta os riscos, benefícios e limites de conformidade ética e legal dessa nova cultura digital⁵⁶.

Em que pese não estar evidente as necessidades específicas, riscos e benefícios relacionado a aplicação da IA no âmbito do direito, é preciso normatizar o tema a fim de evitar o seu uso indevido, assim como ocorreu no episódio que envolveu o *Facebook* e a empresa *Cambridge Analytica*.

O diretor do comitê sobre o tema na Câmara dos Lordes, Timothy Clement-Jones, em entrevista ao jornal "The Guardian", "afirmou que o uso político de informações de 87 milhões de usuários da rede social reforça a necessidade de controle ético da tecnologia, como destacado no relatório IA no Reino Unido", "Esses princípios vêm à tona quando você pensa sobre a situação da *Cambridge Analytica*. O fato de a análise de dados realizada estar usando a IA exemplifica a importância de se ter conhecimento sobre o que está acontecendo com os nossos dados"⁵⁷.

Grandes empresas que criam e vendem IA já têm se antecipado com políticas próprias para o desenvolvimento ético da IA, como é o caso da Microsoft que criou o Comitê AETHER (*Artificial Intelligence and Ethics in Engineering and Research*) para atuar em conjunto com o departamento de AI responsável (ORA) no propósito de garantir a construção de sistemas com responsabilidade e confiabilidade⁵⁸.

Outras empresas como a *Amazon*, *Samsung*, *Google* e *Facebook* participam de iniciativas como *Partnership on AI* cujo objetivo é estudar e formular melhores práticas em tecnologias de IA

⁵⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata. *Tecnologia jurídica e direito digital*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2017. p. 158.

⁵⁷ AGÊNCIA GLOBO. Parlamento britânico recomenda regulação da inteligência artificial. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2018/04/16/parlamento-britanico-recomenda-regulacao-da-inteligencia-artificial.ghtml>. Acesso em: 18 maio 2021.

⁵⁸ MICROSOFT. *Microsoft AI*. Disponível em: <https://www.microsoft.com/pt-br/ai/our-approach?activetab=pivot1.primaryr7>. Acesso em: 18 maio 2021.

em prol da sociedade⁵⁹. Trata-se de uma regulação privada transnacional, conforme observa Fabrício Polido:

Regulação privada transnacional não é um fenômeno novo (a 'lex mercatoria' medieval é provavelmente o fenômeno mais antigo), mas o modo pelo qual se desenvolveu nas últimas duas décadas, tanto em termos de alcance quanto profundidade, é definitivamente inovador. Ela já se desenvolveu em uma ampla gama de áreas normativas, desde finanças, até segurança alimentar do trabalho até sustentabilidade ambiental. Como tal, tornou-se instrumento fundamental de governança para regular a conduta empresarial transnacional, seja como alternativa ou complemento para a regulação pública. RPT é construção analítica que emergiu para captar a observação de que atores privados, não estatais, vislumbram objetivos regulatórios para além das fronteiras territoriais do Estado-nação. A o fazer isso, esses atores utilizam normas e metas para monitorar e fazer observar a conformidade com esses padrões.⁶⁰

Resolução CNJ nº 332/2020

Em 25/08/2020, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução 332/20⁶¹, que visa instituir diretrizes sobre o desenvolvimento e o uso de modelos de IA nos tribunais brasileiros, garantindo a preservação dos direitos fundamentais. Dentre os fundamentos estruturante da resolução têm-se o da não discriminação, segundo a qual “as decisões judiciais apoiadas em ferramentas de IA devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade”.

Segundo a resolução dispõe, o modelo de IA, antes de ser colocado em produção deverá ser avaliado a fim de identificar se possui tendências discriminatórias e, caso sejam identificadas deverão ser adotadas medidas corretivas para eliminação do viés preconceituoso e/ou generalizado. Estabelece ainda o dever de publicidade e transparência, impondo aos responsáveis que sejam divulgadas suas informações, os objetivos pretendidos com o modelo de IA que está sendo desenvolvido, os riscos e instrumentos de segurança da informação e controle de incidentes.

Ressalta ainda a necessidade de haver mecanismos de auditoria, inclusive passível de ser realizada por autoridade humana em qualquer proposta de decisão apresentada pelo respectivo modelo de IA.

Sob a premissa da governança de dados e qualidade, estabelece, inclusive, que devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e princípios previstos na Lei Geral de Proteção de Dados – Lei nº 13.709/2018 – e demais normas e regulações vigentes a respeito do tema.

De acordo com a resolução, o “Conselho Nacional de Justiça publicará, em área própria de seu sítio na rede mundial de computadores, a relação dos modelos de IA desenvolvidos ou utilizados pelos órgãos do Poder Judiciário”, devendo todos estes modelos desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário, possuir interface de programação de aplicativos (API) que permitam sua utilização por outros sistemas, de acordo com o padrão estabelecido pelo respectivo órgão.

Como instrumentos para garantir a segurança das informações, dispõe a resolução que “os dados utilizados no processo de treinamento de modelos de IA deverão ser provenientes de fontes seguras, preferencialmente governamentais”. Será necessário ainda manter protegidos contra riscos de tratamento inadequado ou não autorizado, o *dataset* dos dados utilizados para os treinamentos de cada modelo de IA desenvolvido.

⁵⁹ PARTNERSHIP ON AI. *Partnership on AI is bringing together diverse voices from across the ai community*. Disponível em: <https://www.partnershiponai.org>. Acesso em: 18 maio 2021.

⁶⁰ FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coords). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 196.

⁶¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução CNJ nº 332/20*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos. Acesso em: 12 jun. 2021.

Importante destacar ainda a preocupação do órgão com o controle pelos usuários aos sistemas que utilizam modelos de IA, no sentido de auferir uma maior segurança jurídica, exigindo que os mesmos sejam capazes de esclarecer a técnica utilizada, bem como todos os passos que conduziram ao resultado. Nesta esteira, revela, igualmente, a obrigação de informar o usuário externo “quanto à utilização de sistema inteligente nos serviços que lhes forem prestados”.

Para alcançar o objetivo pretendido, garantindo efetividade na aplicação dos modelos de IA desenvolvidos, garantindo o cumprimento dos princípios éticos que embasaram a resolução em comento, restou definido que a estrutura do processo deve conter equipes interdisciplinares e com diversidade, incluindo gênero, raça, cor, etnia, orientação sexual, pessoas com deficiência, entre outras características. A resolução proíbe ainda o desenvolvimento de modelos, pelos tribunais, que utilizem técnicas de reconhecimento facial, sem prévia autorização do Conselho Nacional de Justiça, bem como orientam os mesmos a não estimularem a utilização de modelos preditivos para matéria no âmbito do direito penal, exceto quando “destinados ao cálculo de penas, prescrição, verificação de reincidência, mapeamentos, classificações e triagem dos autos para fins de gerenciamento de acervo.

Portaria GM nº 4.617/2021⁶²

Recentemente foi instituída pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, a Estratégia Nacional de Inteligência Artificial com objetivo de “solucionar problemas concretos do país, identificando áreas prioritárias no desenvolvimento e uso das tecnologias relacionadas a IA nas quais há maior potencial para obtenção de benefícios.”. A discussão relativa à estratégia iniciou-se em 2019 e foi concebida em três etapas “(i) contratação de consultoria especializada em IA, (ii) *benchmarking* nacional e internacional, e (iii) processo de consulta pública”.

Em suma, “a estratégia apresenta um diagnóstico da situação atual da IA no mundo e no Brasil; destaca os desafios a serem enfrentados; oferece uma visão de futuro; e apresenta um conjunto de ações estratégicas para os nove eixos temáticos caracterizados como os pilares do documento”, quais sejam legislação, regulação e uso ético; - governança de IA; - aspectos Internacionais; qualificações para um futuro digital; - força de trabalho e capacitação; - pesquisa, desenvolvimento, inovação e empreendedorismo; - aplicação nos setores produtivos; - aplicação no poder público; e segurança pública.

A intenção do governo com a respectiva estratégia é alinhá-las às diretrizes da Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico, as quais foram acatadas pelo Brasil, como o “(i) crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar; (ii) valores centrados no ser humano e na equidade; (iii) transparência e explicabilidade; (iv) robustez, segurança e proteção e; (v) a responsabilização ou a prestação de contas (*accountability*)”.

Importante destacar que a estratégia aqui em comento tem caráter de política pública e, por tanto, é um documento imanente, o qual deve acompanhar os avanços decorrentes das tecnologias que utilizam o modelo de IA.

Conclusão

O avanço tecnológico implica em enormes reflexos na sociedade, notadamente no que toca à interferência nas relações de emprego e à aplicação da IA no Poder Judiciário. Relativamente ao impacto do avanço tecnológico nas relações de emprego, entendemos que a IA pode causar desemprego e extinção de algumas profissões, mas também pode criar novas profissões e o deslocamento de pessoas entre diversos setores que até então não conheciam.

⁶² BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Portaria GM nº 4.617/21*. Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-*-313212172. Acesso em: 12 jun. 2021.

Quanto à aplicação da IA pelo Poder Judiciário, tema mais específico ao presente trabalho, podemos encontrar problemas éticos ligados à manipulação de algoritmos para favorecer uma outra pessoa e à criação de um acervo de decisões preconceituosas que podem ser amplamente reproduzidas. Neste último aspecto, entendemos que, na aplicação da IA no Poder Judiciário, devem ser observados os seguintes requisitos: **a)** a elaboração de normas contendo regras gerais, princípios éticos, proteção de direitos fundamentais, sanções, transparência e regras de governança, tal como inicialmente foi feito com a edição da Resolução nº 332/2020, do CNJ; **b)** a regulamentação de auditorias periódicas para que possa constatar eventuais problemas na alimentação, manutenção e utilização da IA nas decisões judiciais, bem como para identificar eventuais responsáveis e lhe aplicar sanções; **c)** a elaboração de estatísticas acerca dos benefícios na aplicação da IA pelo Poder Judiciário, especialmente no que toca à possível diminuição de processos em tramitação; e **d)** o incentivo ao estudo dos reflexos da IA no Direito e no Poder Judiciário, notadamente para identificar a IA como ferramenta de colaboração aos juristas e aos usuários como um todo e não como uma substituta ao próprio Direito; possibilitando, deste modo, a utilização ética da IA como ferramenta de apoio e promoção de justiça.

Referências

- AGÊNCIA GLOBO. *Parlamento britânico recomenda regulação da inteligência artificial*. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2018/04/16/parlamento-britanico-recomenda-regulacao-da-inteligencia-artificial.ghtml>. Acesso em: 18 maio 2021.
- ATAÍDE, Maria Elza Miranda. *O lado perverso da globalização na sociedade da informação*. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-19651997000300006>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.
- BOEING, Daniel Henrique Arruda. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade e visões no uso do aprendizado de máquina no judiciário*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203514>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acessado em: 4 nov. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em: 25 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Portaria GM nº 4.617/21*. Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-*313212172. Acesso em: 12 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. Notícias STF, 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- CANO, Rosa Jiménez. *O robô racista, sexista e xenófobo da Microsoft acaba silenciado*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html. Acesso em: 25 set. 2020.
- CHAGAS, Ciro Costa; LAGE, Lorena Muniz e Castro. *A opacidade gerada pelos algoritmos e inteligência artificial e a consequente necessidade de regulamentações*. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/6rie284y/52t22ons/1574ldTdlB9D237S.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.
- CIVILLE, R. The internet and the poor. In: KAHIN, B.; KELLER, J. *Public access to the internet*. 2. ed. p. 175-184. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=_ZVFWAQUossC&oi=fnd&pg=PA175&dq=The+internet+and+the+poor,+Cambridge,+1995&ots=tky06BYggH&sig=fMdC20GnSBn66ZWqezpAplwOk#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 26 jun. 2021.
- COMENALE, Felipe Becari. *O direito na sociedade da informação*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65068/o-direito-na-sociedade-da-informacao>. Acesso em: 12 jun. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016*. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução CNJ nº 332/20*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na

produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos. Acesso em: 12 jun. 2021.

CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. 5. ed. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2008.

CRUZ, Jaqueline Keila Leite da; BELTRÃO FILHO, João Alfredo. *O uso da inteligência artificial na análise de processos como instrumento de eficiência*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/uso-da-inteligencia-artificial-na-analise-de-processos-como-instrumento-de-eficiencia-31052019>. Acesso em: 15 ago. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIANA, Daniela. *Sociedade da informação*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/sociedade-da-informacao>. Acesso em: 26 jun. 2021.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Da ética geral à ética profissional dos registradores*. 2. ed., atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DRAHOS, Peter. Information feudalism in the information society. *The Information Society*, v. 11, n. 3, p. 209-222, 1995.

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos e inteligência artificial exigem atenção do Direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>. Acesso em: 25 set. 2020.

GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. G1. *Em experimento secreto, Facebook manipula emoções de usuários*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/06/em-experimento-secreto-facebook-manipula-emocoes-de-usuarios.html>. Acesso em: 25 set. 2020.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata. *Tecnologia jurídica e direito digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coords). *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FREITAS, H. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Acesso em: 15 jul. 2020.

GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A. G1. *Google pede desculpas por app de foto confundir negros com gorilas*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/07/google-pede-desculpas-por-app-de-foto-confundir-negros-com-gorilas.html>. Acesso em: 25 set. 2020.

GREEN, Brian. *Ética e inteligência artificial: dez áreas de interesse*. Tradução de Luisa Flores Somavilla. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/574109-etica-e-inteligencia-artificial-dez-areas-de-interesse>. Acesso em: 25 set. 2020.

HELCIAS, Ricardo Vasques. *Supremas diferenças*. Disponível em: <https://complemento.veja.abril.com.br/brasil/supremas-diferencas/>. Acesso em: 18 out. 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. *A era da inteligência artificial: As máquinas poderão tomar decisões judiciais?* Disponível em: <https://www.meloegalvaoadvogados.com.br/post/a-era-da-inteligencia-artificial-as-maquinas-poderao-tomar-decisoes-judiciais>. Acesso em: 18 out. 2020.

MICROSOFT. *Microsoft AI*. Disponível em: <https://www.microsoft.com/pt-br/ai/our-approach?activetab=pivot1:primaryr7>. Acesso em: 18 maio 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 25. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Pedro Fernando. *O ministro endógeno*. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-ministro-endogeno,70003378077>. Acesso em: 30 jul. 2020.

NOVO, Benigno Núñez. *A sociedade da informação*. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-sociedade-da-informacao>. Acesso em: 12 jun. 2021.

NUNES, Dirlene; RUBINGER, Paula Caetano; MARQUES, Ana Luiza. *Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opiniao-perigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia>. Acesso em: 6 out. 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

PARLAMENTO EUROPEU. *Relatório que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial*. Proposta de resolução do Parlamento Europeu. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_PT.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

RIGOLDI, Viviane, NASCIMENTO, Arthur Ramos do Nascimento, BONAVIDES, Samia Saad Gallotti, SANTOS, Amanda Querino dos (Org.). *Direito constitucional contemporâneo I*. Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito). Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2019/direito-constitucional-contemporaneo-1.pdf>. Acesso em: 25 set. 2020.

SAS Insights. *Machine learning: o que é e qual a sua importância?* Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html. Acesso em: 25 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Um robô pode julgar? Quem programa o robô?*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum- robo-julgar-quem-programa- robo>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acervo do STF em 2020*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall>. Acesso em: 16 nov. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil*. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/465>. Acesso em: 4 nov. 2020.

TURING, A. M. I. – Computing machinery and intelligence. *Mind*, Oxford, v. LIX, n. 236, p. 433-460, October 1950. Disponível em: <https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>. Acesso em: 25 set. 2020.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 4 nov. 2020.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 4. ed. Barcelona, Espanha: Editorial Crítica, 1984.

VOGT, Carlos. *Blade Runner e as leis da robótica*. Disponível em: <https://www.comciencia.br/blade-runner-e-as-leis-da-robotica/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Impactos da lei geral de proteção de dados ao setor da saúde

ALEX VINICIUS CARNELOSSI

BRUNO BIFON BARRERA

EMILYN THAIRE DE FARIA MARION

GABRIELA DA SILVA RINALDI

GUILHERME FERREIRA DA SILVA

JOÃO VITOR BERTATE

LUANA ALVES PORTO

MARIA EDUARDA BEZERRA MARCOS

MARIANA DELLATORE DE SOUZA

MATHEUS MENDES MARQUES

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

PALOMA FERNANDES LINS

Advogada. Pós-graduada em Ética empresarial: direito societário, contratos e compliance pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ISABELLA SOUZA RAINHO DE OLIVEIRA POLI

Advogada. Pós-graduada em Processo Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Pós-graduada em Direito da Proteção e Uso de Dados pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

AMANDA SANCHEZ

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

DAISY CAROLINA RODRIGUES DA ROCHA

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

MARIA CAROLINA RASCASSI

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

LUIS ANTÔNIO ROSSI

Advogado. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). É membro da Comissão Especial de Ensino Jurídico da OAB-SP.

Resumo: Considerando as inovações trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e as disposições para tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis, o presente trabalho tem como objetivo analisar os impactos da referida legislação ao setor privado de saúde. Para tanto, foram analisadas as diretrizes legais no que toca ao serviço de saúde privado, realizando-se uma pesquisa pelo método de abordagem analítico e dedutivo, utilizando-se uma análise da doutrina e legislação. Como resultado, foi possível concluir a importância e indispensabilidade da proteção dos dados pessoais para às atividades da área da saúde e dos programas de *compliance*.

Palavras-chave: Dados pessoais. Proteção de dados. Dados pessoais sensíveis. Saúde.

Abstract: Considering the innovations brought by the Brazilian's general law protection of personal data and the provisions for the processing of personal data and sensitive personal data, this work aims to analyze the impacts of this legislation on the health sector. For that, the legal guidelines in view of the private health service was analyzed, carrying out a research by the analytical and deductive approach method, using an analysis of the doctrine and legislation. As a result, it was possible to conclude the importance and indispensability of protecting personal data for the activities of the private healthcare and compliance programs.

Keywords: Personal data. Data protection. Sensitive personal data. Health.

Introdução

Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), tornou-se necessária a projeção de novos caminhos e boas estratégias para a implantação adequada das inovações e exigências normativas trazidas pela Lei Federal n.º 13.709/2018 em diversos setores da sociedade brasileira,

públicos e privados.

Desta forma, a referida legislação também ensejou impactos no setor de saúde. Apesar das instituições prestadoras de serviços de saúde possuírem algumas prerrogativas pela natureza do serviço prestado, como será demonstrado, não escapam do dever de adequação, preparação e ajustamento de conduta mediante as novas demandas normativas propostas pelas LGPD.

Por um lado, as empresas de saúde possuem alguns privilégios no tocante ao tratamento de dados pessoais sensíveis e, por outro, estão demasiadamente expostas e mais vulneráveis a infrações e danos em razão da alta expressão de tais dados. De qualquer modo, é inegável que há aspectos específicos e bem pontuados para o setor de saúde por toda extensão da nova lei e que merecem especial atenção.

A proteção dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis

A LGPD propõe a proteção dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis que identificam ou que possam identificar a pessoa natural, a exemplo, nome, endereço, número de registro geral, CPF, PIS, dentre inúmeros outros dados pessoais. Cumpre esclarecer que a referida legislação não protege, desta forma, os dados anônimos ou dados que se referem à pessoa jurídica ou indeterminada, exceto se possível a reversão da anonimização.

No que toca às questões relacionadas a proteção dos dados pessoais, Stefano Rodotà¹ pontua que “extrapola os problemas ligados à tutela da intimidade individual”. Assim, verificando que os dados pessoais podem atingir a personalidade, elemento mais íntimo do indivíduo, a lei tratou de classificá-los em dois patamares distintos, quais sejam: **i)** dados pessoais; e **ii)** dados pessoais sensíveis, de modo que possa dar tratamentos distintos a eles.

Danilo Doneda², ao discorrer sobre essa classificação, explica que os dados pessoais podem ser agrupados em subcategorias que estão ligadas a certos aspectos da vida de uma pessoa. Após ampla observação dessas subcategorias de dados pessoais foram identificados os dados que têm potencial lesivo de discriminação do indivíduo titular dos dados, são os chamados dados pessoais sensíveis.

Dentre os inúmeros conceitos e princípios trazidos pela LGPD, o conceito de dados sensíveis se destaca pela sua relevância enquanto direito existencial fundamental. Nesse sentido, importa consignar a definição de dado pessoal sensível para a referida norma, conforme disposto no artigo 5º, inciso II da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018:

Dado pessoal 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.³

Da leitura do referido conceito é evidente que o rol de dados pessoais sensíveis é meramente exemplificativo, portanto, apenas algumas das hipóteses em que o dado é considerado sensível são descritas no citado artigo, podendo haver inúmeras outras situações que também devem ser considerados como dados sensíveis. Ademais, verifica-se que o dado pessoal sensível é mais associado às características da personalidade do indivíduo, ao aspecto íntimo da pessoa e, caso seja utilizado de forma abusiva pelo controlador ou operador, tem potencial possibilidade de ser discriminatório.

¹RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 44.

² DONEDA, Danilo. *Da privacidade a proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 141.

³BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 4 nov. 2020.

Nota-se que ao conceituar o dado sensível o legislador inclui os dados referentes à saúde, dados esses que podem ser utilizados de forma discriminatória em diversos setores da saúde, inclusive setores como planos de saúde, seguros e farmácias nos quais há contato direto com dados sensíveis. A título de exemplo, o histórico médico de um paciente armazenado em um hospital, ou ainda, históricos de compras de medicamentos em determinada farmácia associados ao cadastro de pessoa física (CPF) de um consumidor, se cedidos às operadoras de seguros de vida, podem servir de base à identificação de determinados problemas de saúde do titular e, conseqüentemente, ensejar o encarecimento na contratação de um seguro de vida.

Em vista disso, se evidencia o potencial caráter discriminatório dos dados pessoais e, por esse motivo, sua classificação como dados sensíveis merecem especial atenção e proteção. Ante o exemplo exposto, para que não ocorram circunstâncias que possam causar danos ao titular e àqueles que realizam o tratamento de dados, porquanto podem ser prejudiciais a própria personalidade, direitos e liberdades fundamentais do titular, bem como aos agentes de tratamento, a LGPD apresentou no artigo 11 limitações quanto à manipulação dos dados pessoais sensíveis a fim de tutelar esses direitos.

O tratamento de dados pessoais sensíveis

A LGPD, ao longo de toda sua disposição normativa, adere o consentimento como um de seus pilares estruturais e norteadores no que tange à proteção de dados, e dele se utilizam para, dentre outras finalidades, preservar um de seus princípios fundamentais da autodeterminação informativa. No artigo 11 e seguintes, a lei disciplina o tratamento de dados pessoais sensíveis e divide as hipóteses de manipulação de dados pessoais entre aquelas que dispensam o consentimento e as que demandam consentimento do titular dos dados, disciplinando, desta forma, o consentimento como fator regulador ao tratamento dos dados pessoais que não excluídos da necessidade de coleta da referida manifestação de vontade.

O inciso I do artigo 11 estabelece o consentimento como uma das hipóteses para o tratamento dos dados pessoais sensíveis. Destaca-se, nesse ponto, que a regra do inciso I se encaixa no que alguns doutrinadores chamam de “consentimento granularizado”, pelo fato do consentimento se dar por meio de um aceite, um ato de consentir, para cada finalidade posta, ou seja, uma manifestação clara, livre e inequívoca de concordância do titular de dados, limitada e escalonada para cada permissiva de fins específicos. Por sua vez, no inciso II do referido artigo, são elencadas as situações em que o consentimento é dispensado e, nesse ponto, ressalta-se a alínea “f”, nos seguintes termos:

II - Sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:
f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.

Observa-se, nesse seguimento, que a LGPD dispõe de maneira bastante ampla os agentes de tratamento envolvidos na tutela da saúde, contemplando-os, por consequência, com maior liberdade para atuar no tratamento desses dados pessoais observando a finalidade de tal manipulação, uma vez que é dispensado o consentimento do titular.

Feitas as devidas considerações sobre dados pessoais sensíveis e as hipóteses de tratamento, da leitura do inciso I é possível notar que a mais fundamental hipótese é o consentimento do titular. Por outro lado, os controladores que tratam dados pessoais sensíveis estão legitimados a tratá-los sem o consentimento desde que se enquadrem nas hipóteses das alíneas do inciso II e a manipulação corresponda à finalidade legitimada, portanto, se revela necessária verificação se há enquadramento do tratamento em tais hipóteses. Não obstante, é imperioso que todo e qualquer tratamento, ainda que se trate de hipótese que dispense o consentimento, deverá observar os princípios e formas impostos pela legislação.

Note-se que são inúmeros os dados sensíveis tratados por operadoras do setor da saúde diariamente, a exemplo os dados biométricos e exames médicos. As empresas necessitam, de fato, buscar o enquadramento em hipóteses em que se dispense o consentimento, nos termos do artigo 11, inciso II da Lei n. 13.709/2018, vez que o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, em razão de ser um direito do titular, conforme disposto no artigo 18, inciso IX, da LGPD.

Insta consignar, que o artigo 11, § 5º, da LGPD veda às operadoras de planos privados o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, bem como na contratação e exclusão de beneficiários. Vale mencionar que tal disposição não limita completamente a possibilidade de elaboração estratégica de carteiras de planos de saúde, como evidencia a advogada e consultora jurídica da *United Health Group Brazil*, Anamaria de Almeida Vicente⁴:

Não significa uma vedação completa a que as operadoras realizem estudos populacionais, avaliando o comportamento de carteiras para o fim de aplicar uma precificação justa e adequada para cada grupo, coletivamente considerado. Significa, apenas, que as operadoras não realizarão tratamento de dados pessoais para aceitar ou excluir titular de sua carteira como, aliás, já está previsto na legislação setorial há pelo menos uma década.⁴

Além disso, sujeito à certas restrições, os dados podem ser processados para pesquisas em saúde pública, nos termos do artigo 13 da LGPD. Assim, ao determinar que o processamento de dados se limita à fins alimentares, reitera-se a necessidade de observância ao princípio da finalidade. Desta forma, com o propósito de proteger a segurança dos dados, pode-se determinar que o processamento seja realizado apenas dentro da instituição de pesquisa e de forma anonimizada, de modo que os dados perdem a possibilidade de serem direta ou indiretamente associados ao indivíduo.

Ademais, importante mencionar que a manipulação sempre deverá respeitar os padrões éticos, como códigos de ética, princípios bioéticas, diretrizes internacionais e demais estipulações de procedimentos estabelecidos pelo comitê de ética em pesquisa da instituição. No âmbito de sua autoridade, o acesso a esses dados deve ser supervisionado pela autoridade nacional competente, departamento de saúde e saneamento.

Regularidade do compartilhamento de dados pessoais por setores privados de saúde com o poder público em razão da notificação compulsória

Considerando a extensão dos dados pessoais relacionados à saúde e o dever constitucionalmente previsto do Estado de assegurar a saúde como direito social de todo e qualquer indivíduo, é imperioso analisar o compartilhamento dos dados pessoais sensíveis para com o Poder Público.

O tratamento de dados pessoais sensíveis quando compartilhados com o poder público possui como requisito o interesse público, que está diretamente ligado com o princípio da supremacia do interesse público. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ tal interesse é inerente a qualquer sociedade e condição de sua existência. Assim, de acordo com esse princípio, a Administração Pública poderá prevalecer os seus interesses quando em conflito com os interesses particulares.

Com o advento da pandemia causada pelo covid-19, a LGPD, que tinha sua vigência prevista inicialmente para agosto de 2020, mas que entrou em vigor em 18 de setembro de 2020 e teve o início das penalidades prorrogado para 1º de agosto de 2021, foi defrontada por dois aspectos principais: *i*) o direito à proteção dos dados; e *ii*) a necessária divulgação de dados dos pacientes para

⁴VICENTE, Ana Maria de Almeida. Lei Geral Proteção de Dados Pessoais e atividades do setor da saúde. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/lei-geral-protacao-dados-pessoais-atividades-setor-saude>. Acesso em: 4 nov. 2020. (grifo nosso)

⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 96.

acompanhamento da pandemia. A proposta da LGPD de proteger os dados individuais que possam vir a causar danos discriminatórios aos indivíduos entrou em contradição com a necessidade da divulgação das informações a respeito do novo coronavírus. Ainda que a LGPD, em seu bojo, estabeleça consentimento do titular para reger o compartilhamento de suas informações, o cenário atual se faz oportuna a identificação e estruturação nas exceções da mencionada norma.

O combate à pandemia causada pelo novo coronavírus evidenciou uma das ramificações do Sistema Único de Saúde (SUS) que é a vigilância epidemiológica, a qual possui uma atuação com enfoque na compreensão do comportamento epidemiológico de determinada doença, para que as decisões na saúde possam ser tomadas.

A vigilância epidemiológica tem papel fundamental para a descoberta das principais doenças que necessitem de notificação, além de ser responsável por investigar as epidemias e atuação no controle dessas doenças. Neste sentido:

A expressão vigilância epidemiológica passou a ser aplicada ao controle das doenças transmissíveis na década de 50, para designar uma série de atividades subsequentes à etapa de ataque da campanha de erradicação da malária, vindo a designar uma de suas fases constitutivas. Originalmente, significava “a observação sistemática e ativa de casos suspeitos ou confirmados de doenças transmissíveis e de seus contatos”. Tratava-se, portanto, da vigilância de pessoas, com base em medidas de isolamento ou quarentena, aplicadas individualmente, e não de forma coletiva.

Na década de 60, o programa de erradicação da varíola também instituiu uma fase de vigilância epidemiológica, subsequente à de vacinação em massa da população. Simultaneamente, o programa disseminou a aplicação de novos conceitos que se firmavam no âmbito internacional e não se vinculavam à prévia realização de uma fase de ataque. Pretendia-se, mediante busca ativa de casos de varíola, a detecção precoce de surtos e o bloqueio imediato da transmissão da doença. Essa metodologia foi fundamental para o êxito da erradicação da varíola em escala mundial e serviu de base para a organização de sistemas nacionais de vigilância epidemiológica.

A vigilância epidemiológica foi o tema central da 21ª Assembleia Mundial de Saúde realizada em 1968, na qual se estabeleceu a abrangência do conceito, que permitia aplicação a variados problemas de saúde pública, além das doenças transmissíveis, a exemplo das malformações congênitas, envenenamentos na infância, leucemia, abortos, acidentes, doenças profissionais, comportamentos como fatores de risco, riscos ambientais, utilização de aditivos, dentre outros.

No Brasil, a Campanha de Erradicação da Variola (CEV) – 1966-73 – é reconhecida como marco da institucionalização das ações de vigilância no país, tendo fomentado e apoiado a organização de unidades de vigilância epidemiológica na estrutura das secretarias estaduais de saúde. O modelo da CEV inspirou a Fundação Serviços de Saúde Pública (FSESP) a organizar, em 1969, um sistema de notificação semanal de doenças selecionadas e disseminar informações pertinentes em um boletim epidemiológico de circulação quinzenal. Tal processo fundamentou a consolidação, nos níveis nacional e estadual, de bases técnicas e operacionais que possibilitaram o futuro desenvolvimento de ações de impacto no controle de doenças evitáveis por imunização. O principal êxito relacionado a esse esforço foi o controle da poliomielite no Brasil, na década de 1980, que abriu perspectivas para a erradicação da doença no continente americano, finalmente alcançada em 1994.

[...]

O atual Sistema Único de Saúde (SUS) incorporou o SNVE, definindo em seu texto legal (Lei nº 8.080/90) a vigilância epidemiológica como “um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”. Além de ampliar o conceito, as ações de vigilância epidemiológica passaram a ser operacionalizadas num contexto de profunda reorganização do sistema de saúde brasileiro, caracterizada pela descentralização de responsabilidades e integralidade da prestação de serviços. O Anexo I deste capítulo traz maiores informações sobre a atual organização do SNVE.⁶

⁶BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Guia de vigilância epidemiológica*. 6. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p. 19-20.

Os agravos ou doenças de notificação obrigatória estão previstas na Portaria nº 204, de 17 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde, sendo a COVID-19 incluída na Lista Nacional de Notificação Compulsória pela Portaria nº 264, de 17 de fevereiro de 2020. Além da COVID-19, são exemplos de doenças de notificação compulsória a dengue, tuberculose, febre amarela, acidente de trabalho, dentre outras.

A necessidade da notificação compulsória das doenças mencionadas decorre da potencialidade que essas enfermidades têm para causar surtos, além de apresentar uma alta letalidade ou geração de impacto na saúde pública. Desse modo, a referida comunicação contribui para a realização do diagnóstico precoce, bem como uma melhor compreensão dos possíveis riscos causados à população e, com isso, torna possível a definição do tratamento adequado para amenizar os efeitos, contribuindo à saúde pública. Questão que veio à tona com a pandemia diz respeito à divulgação de dados das pessoas contaminadas pelo novo coronavírus, e isso fez com que fossem levantados alguns questionamentos acerca do direito constitucional à privacidade frente as notificações compulsórias, e em relação ao sigilo médico profissional.

Com relação ao sigilo médico, trata-se de um dever ético deste profissional e um direito do paciente, segundo o qual, de acordo com o Código de Ética e Medicina, é vedado ao profissional:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.⁷

Com a entrada em vigor da LGPD, paira dúvidas acerca da efetiva aplicação da lei nesta situação da pandemia, isso porque, aparentemente tem-se um contraponto entre o dever da notificação compulsória e o direito do paciente em ter seus dados protegidos.

Não obstante, a lei é plenamente aplicável para os fins ali previstos, sendo que na hipótese analisada por este estudo, trata-se de informações do interesse público, dispensando-se o consentimento do titular dos dados, mas, isso não significa o dado coletado poderá ser utilizado para outro fim. Desta forma, mesmo ausente o consentimento, os dados colhidos pelo Estado deverão ser protegidos, sendo vedado o uso para outra finalidade que não a de informação para acompanhamento da pandemia causada pelo covid-19.

A dispensabilidade do consentimento tem como justificativa o disposto na alínea “e” do inciso II, artigo 11 da LGPD, que prevê: “II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: [...] e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro.”.

Importa ressaltar que a finalidade da identificação das pessoas contaminadas tem como objetivo orientar a todos os demais indivíduos para que adotem as medidas necessárias para evitar a disseminação do vírus, razão pela qual não se divulga nomes ou quaisquer outros dados pessoais dos pacientes, e portanto, não há qualquer ofensa ao direito de proteção.

Tem-se, assim, que a divulgação dos dados pessoais relacionados à saúde no compartilhamento de instituições privada para com o poder público, como corroborado pelo cenário causado em razão do covid-19, é feita baseando-se na divulgação compulsória, assim pauta-se no

⁷BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código de ética médica*: resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e nº 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. p. 35. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

controle pandêmico como justificativa para divulgação não voluntária dos dados dos infectados, bem como no artigo 11, inciso II, alíneas “e” e “f”, da Lei n.º 13.709/2018.

Não obstante, insta consignar que embora haja a necessidade da divulgação geral dos dados, é de extrema importância que o Ministério da Saúde zele pelos outros pontos da LGPD, mantendo a divulgação dessas informações de forma geral, em formato de números, evitando a especificação dos casos de cada paciente e preservando a integridade dos mesmos, além dos princípios e disposições previstos na LGPD, especialmente da finalidade, e, mesmo se tratando de uma notificação compulsória, é imperioso que o paciente tenha informações acerca de como e qual a forma que seus dados pessoais serão manipulados, possibilitando, ao menos, quando viável, a anonimização ou pseudoanonimização.

Assim, a manipulação de dados pelo setor privado de saúde, o qual por vezes realiza compartilhamento de informações, revela-se necessária a estruturação dos dados pessoais dos pacientes e a utilização de medidas de proteção a fim de assegurar sua privacidade, intimidade e não discriminação.

A governança dos dados tratados no setor privado da saúde

No mais, levando em consideração a extensão dos dados tratados pelo setor privado de saúde, a proteção dos dados pessoais demonstra-se de extrema importância e relevância no que diz respeito aos dados pessoais coletados em quase todas as atividades empreendidas, até mesmo quando se realiza a compra de um medicamento em uma farmácia, visita a um consultório médico ou hospital.

A crescente e facilitada utilização de dispositivos de informática e de dispositivos móveis no dia-a-dia revela uma grande preocupação: se os dados pessoais podem ser manipulados por terceiros não autorizados, ou de forma não autorizada, a maneira que são armazenados, se existe compartilhamento e digitalização facilitada de um dado pessoal físico e a possível divulgação ou tratamento de má-fé. Diante de tais questionamentos a LGPD prevê medidas aptas para proteger os dados pessoais e dados pessoais sensíveis, tornando necessário que se estabeleça a governança de dados, a qual está relacionada com a gestão e o controle das informações da organização, sejam dados físicos ou eletrônicos.

É importante ressaltar que com a aplicabilidade da referida lei, automaticamente punições e sanções serão instrumentos utilizados para seu efetivo cumprimento, por essa razão, a LGPD prevê sanções administrativas para os agentes de tratamento de dados nos casos de infrações às disposições da lei indicada. Assim, as organizações que incorrerem em vazamentos de dados e de informações, ainda que de forma acidental, devem comunicar à autoridade nacional e aos titulares a ocorrência de incidentes de segurança que possam ensejar riscos ou danos relevantes à esses titulares, nos termos do artigo 48 da Lei n.º 13.709/2018, bem como a punição legal.

Além disso, o controlador, que é o responsável pelo tratamento dos dados, deverá descrever a natureza dos dados afetados, bem como as informações contidas dos titulares dos dados e as medidas adotadas para reverter o prejuízo causado. Dessa forma, surge uma demanda por profissionais especializados na legislação e nas medidas que cada entidade precisará adotar com o propósito de garantir a máxima eficiência na tutela dos dados dos usuários, respeitando de maneira concisa e eficiente o acúmulo de informações e dados dos partícipes da sociedade.

Balizando-se no setor da saúde, é importante mencionar que a Agência Nacional de Saúde (ANS) conta com mais de vinte resoluções normativas acerca do tratamento dos dados dos pacientes de clínicas, hospitais, bem como de informações coletadas em farmácias na hora da compra de um medicamento para o tão famoso “desconto”. Com efeito, destacam-se as Resoluções nº117 de 31 de novembro de 2005, nº 225 de 18 novembro de 2011 nº195 de 01 de janeiro de 2015 e a Lei 17.301/2020 do Estado de São Paulo, a qual proíbe que as farmácias e drogarias exijam o CPF do

consumidor no ato de uma compra sem que seja informado de forma clara e adequada sobre a concessão dos descontos oferecidos.

É conferido às empresas do setor da saúde, tal quais hospitais, laboratórios, prestadoras de serviços médicos, uma garantia de proteção especial aos dados que tais companhias detêm. Com a vigência da LGPD, objetiva-se um melhor e maior ambiente legal e regulatório para que se possa alcançar níveis elevados de proteção e confiabilidade por parte do cliente e destinatário último de serviços essenciais a manutenção da vida humana.

É cediço que frequentemente há notícias que envolvem empresas que se utilizam de dados pessoais e referências de seus clientes com um propósito puramente comercial de angariar ilicitamente montantes de dinheiro. Nessa tessitura, somente os Estados Unidos em 2018 gastaram 3,65 trilhões de dólares com a saúde de seus habitantes, logo, verifica-se que grandes companhias fazem proveito das informações que tomam conhecimento para repassarem a terceiros e, na maioria das vezes, não possuem consentimento dos titulares que permita o compartilhamento⁸.

Entretanto, tais dados deverão ser manuseados de forma lícita e em consonância aos mecanismos legais que estão dispostos na legislação pátria, abarcando melhorias com a promulgação da LGPD. Achando-se os conteúdos aliados à ciência dos dados ou *health analytics*, juntamente de profissionais jurídicos capacitados e uma equipe médica/laboratorial de precisão, a observância dos dados tem um papel que pode mudar todo um sistema de saúde de um país, como por exemplo, o Sistema Único de Saúde (SUS) que se trata de um programa criado para atender e prestar serviços médicos a população brasileira.

De acordo com dados do IBGE de 2020, especificamente a Pesquisa Nacional de Saúde de 2019, identificou-se que no Brasil “76,5% dos domicílios com moradores de 18 anos ou mais de idade que tiveram pelo menos dois atendimentos no âmbito da Atenção Primária à Saúde estavam cadastrados na Unidade de Saúde da Família”⁹. Assim, um sistema que abranja um conjunto de áreas de diversos conhecimentos (saúde, direito, tecnologia) aliados e em conjunto podem mudar radicalmente os desafios que hoje são enfrentados tanto por profissionais, quanto pelos dependentes-SUS.

Como disposto no artigo 2º, V, da LGPD: “o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação”, podemos concluir que a recente aprovação da referida Lei se consagra em uma tomada a favor do desenvolvimento da sociedade como um todo, pautado na governança e tratamento de dados sensíveis que dizem respeito a privacidade e intimidade de milhões de usuários do conglomerado da saúde. À vista disso, a LGPD tem como premissa a adequação dos milhares de prestadores de serviços com sua real finalidade que é o atendimento médico, farmacêutico, hospitalar inserido em uma cultura de progresso na abordagem de dados que são suscetíveis a riscos geradores de danos, muitas vezes irreparáveis.

Assim, demonstra-se indispensável às empresas do setor privado se adaptarem ao novo dispositivo, mais especificamente aos do setor da saúde, é a reunião de todos os dados consubstanciados a sua tutela, juntamente de um corpo profissional capacitado a fim de averiguar quais as lacunas que devem ser tratadas e preenchidas viabilizando melhores condições de sua atividade empreendida. A governança dos dados que se tem e como se dará seu manuseio reflete diretamente na metodologia de processamento e análise, pois tais dados possuem um peso muito alto e é indispensável a adoção de políticas protetivas, respaldadas pela garantia do direito à privacidade sendo este direito constitucionalmente protegido. Ao se utilizar de medidas de proteção, tanto de profissionais “reais”, quanto de algoritmos e inteligência artificial, ambos possuem seus papéis pré-

⁸ISTGERR, Kirsten. *You don't want facebook involved with your health care*. Disponível em: <https://slate.com/technology/2019/09/social-determinants-health-facebook-google.html>. Acesso em: 4 nov. 2020.

⁹BRASIL, IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. *Pesquisa nacional de saúde 2019: atenção primária à saúde e informações antropométrica*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. p. 32.

determinados, que somados sustentam as visões sobre ética e dignidade humana aplicados à ciência e a confiabilidade do interesse público.

Sendo assim, para que a adequação das empresas e organizações da sociedade civil à nova norma ocorra de forma orgânica, é necessário realizar um mapeamento dos dados pessoais, correlacionando-os aos profissionais que possuem acesso a esses dados e aos compartilhamentos que são efetuados com terceiros, incluindo aqueles fora do Brasil. Da mesma maneira, as novas normas serão aplicadas às empresas com sedes estrangeiras, que possuem dados no território nacional, ou que tenham coletado tais dados no Brasil.

A LGPD impõe às empresas o dever da garantia de segurança dos dados pessoais, sendo notável que em um eventual vazamento de dados, a empresa deve comunicar aos órgãos reguladores o ocorrido, assim como comunicar ao titular, dependendo do quão crítico foi o vazamento ou quão sensível eram os dados vazados.

Todos os dados tratados por organizações do terceiro setor, captados em virtude de suas atividades na sociedade civil, devem ser guardados da forma estabelecida pela norma, e as inconsistências geradas dessa relação devem ser adreçadas ainda que ocorresse durante o *vacatio legis*, de modo a não incorrer nas penalidades prescritas pela lei¹⁰. Isso implica na fomentação de políticas institucionais pelas empresas, que exijam uma reforma de sua base de dados, garantindo aos colaboradores e parceiros a confidencialidade, proteção, e salvaguarda exigidas na lei.

Pode-se considerar que tais medidas institucionais são necessárias para alinhar as equipes internas quanto às exigências da lei, na adequação do uso, coleta, armazenamento e compartilhamento dos dados, minimizando os riscos de exposição e vazamento. Nesse ponto, a lei orienta a adoção de um encarregado por esse setor, privilegiando o sigilo e a salvaguarda dos dados administrados pela empresa. A LGPD estabelece a necessidade de se adotar um profissional responsável pela proteção dos dados, denominado pela legislação como Encarregado, o qual exerce a função de: a) aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestando esclarecimentos e adotando providências; b) receber comunicações da autoridade nacional de proteção de dados e adotar providências; c) orientar os funcionários a respeito das práticas a serem tomadas quanto a proteção dos dados pessoais; e d) executar demais atribuições que sejam determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares, nos termos do artigo 41, § 2º da LGPD. Esse profissional deve garantir a segurança dos dados através do cumprimento da norma.

Não obstante, a lei também requer que as empresas busquem o consentimento dos titulares em relação ao uso dos dados, incluindo o uso desses à nível interno, mas também na perspectiva de compartilhamento, mantendo uma transparência entre a empresa e o titular dos dados, e permitindo ao titular completo conhecimento de onde e como seus dados serão utilizados.

Benefícios na reestruturação de uma cultura corporativa de proteção de dados pessoais

Na hipótese de um tratamento de dado pessoal ensejar dano patrimonial ou moral, seja de ordem individual ou coletiva, a legislação impõe que o controlador ou operador que der causa tem o dever de reparação, nos termos do artigo 42 da mencionada legislação.

A referida norma impõe penalizações em casos de desvios de condutas que signifiquem infrações às determinações legais, proporcionando um estímulo à cultura de respeito à ética e às leis, a fim de afastar pretensões de atitudes contrárias a tais preceitos.

O artigo 52 da LGPD prevê sanções administrativas a serem aplicadas pela autoridade

¹⁰ARAÚJO, Carlos. *O terceiro setor no Brasil e a LGPD*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/carlos-araujo-terceiro-setor-brasil-igpd>. Acesso em: 4 de nov. 2020.

nacional de proteção de dados em casos de eventuais infrações legais¹¹, devendo observar os critérios de aplicação, dentre elas a proporcionalidade e graduação, observância aos princípios de ampla defesa e parâmetros específicos dispostos no §1º do mencionado artigo. Cumpre ressaltar que a aplicação das sanções mencionadas não afasta a responsabilidade ou dever de reparação com fundamento em responsabilidade civil, penal ou no Código de Defesa do Consumidor.

Os agentes de tratamento, nos termos do artigo 46 da Lei n.º 13.709/2018, devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados de acessos não autorizados, de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou forma de tratamento ilícito ou em desacordo com a legislação.

Nesse sentido, em síntese, o *compliance* compreende a estruturação de políticas e procedimentos com o propósito de prevenir atos ilícitos ou, ocorrendo, mitigar seus efeitos e auxiliar na sanção de responsáveis¹². Dentre tais procedimentos, é imperioso, como dito, à adequação a construção de uma cultura corporativa de respeito e cumprimento da legislação e transparência e respeito para com os titulares de dados, todo e qualquer tratamento de dado pessoal deverá observar os princípios e hipóteses de tratamento da Lei n.º 13.709/2018, a fim de assegurar a integridade, disponibilidade e confidencialidade e dos dados pessoais.

A área da saúde requer a compatibilização de toda a legislação específica para com a lei geral de proteção de dados, dentre eles a Resolução CFM n.º 1638/2002, a qual dispõe sobre o prontuário médico, a lei do prontuário eletrônico, códigos de ética das profissões e demais normas correlatas¹³.

Conforme ensina Carmina Bezerra Hissa e Priscilla Hissa do Nascimento Galamba¹⁴, para a efetiva proteção dos titulares, que também englobam os usuários, colaboradores e parceiros “deverão ser criadas novas regras e procedimentos, tanto no código de conduta quanto nas normatizações internas da empresa para a efetiva proteção dos dados pessoais”. Vale mencionar que os primeiros hospitais que receberam multas com base no Regulamento de Proteção de Dados Europeu foram causadas pela falta de observância às restrições legais sobre acesso de dados constantes em prontuários médicos¹⁵.

A fim de incentivar a proteção dos dados pessoais, a mencionada legislação aponta orientações para a aplicação das penalidades e dispõe que os controladores e operadores poderão formular regras de boas práticas e de governança, no âmbito de suas competências pelo tratamento de dados pessoais.

O artigo 52, §1º, da referida norma, pondera parâmetros e critérios que serão considerados

¹¹ 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 - publicação 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;

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)

¹² FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato e ABILIO, Vivianne da Silveira. *Compliance de dados*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 675.

¹³ KAC, Fernanda; LÓPEZ, Nuria. Proteção de dados na área da saúde: harmonização da LGPD frente às normas setoriais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protacao-de-dados-na-area-da-saude-06012020>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁴ HISSA, Carmina Bezerra; GALAMBA, Priscilla Hissa do Nascimento. O impacto da LGPD na aplicação das normas de compliance. In: LIMA, Ana Paula Moraes Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (Coord.). Direito digital: debates contemporâneos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 123.

¹⁵ KAC, Fernanda; LÓPEZ, Nuria. *Ibidem*.

na aplicação de sanções, dentre os quais destacamos: *i*) boa-fê do infrator; *ii*) cooperação do infrator; *iii*) a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltadas ao tratamento seguro e adequado de danos, de acordo com o disposto no artigo 48, §2, inciso II; *iv*) adoção de política de boas práticas e *v*) governança e pronta adoção de medidas corretivas.

Os indicadores estabelecidos, especialmente a adoção de política de boas práticas e governança e pronta adoção de medidas corretivas, envolve toda a corporação na observância e cumprimento da lei, porquanto, desde o mapeamento dos riscos, elaboração de códigos de ética, políticas e procedimentos, educação, monitoramento, investigação e comprometimento de cada indivíduo da corporação para a efetividade do *compliance*, inclusive, com a aplicação de sanção em circunstâncias de desvio de conduta, porquanto, a compreensão do programa sob a perspectiva da ética e moral com o envolvimento da alta direção, a qual deve ser exemplo de liderança, respeito e cumprimento da política de integridade.

Com efeito, o inciso I do §2º do artigo 50 da Lei n.º 13.709/2018 definiu como padrões mínimos ao programa de governança em privacidade, dentre os quais destacamos: *a*) demonstre o comprometimento do controlador na adoção de processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados; *b*) que tal programa seja aplicado para todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob o controle do operador ou controlador, independentemente do modo de coleta; *c*) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados *d*) estabelecimento de políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade; *e*) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular; *f*) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos; *g*) conte com planos de resposta a incidentes e remediação e *h*) seja atualizado constantemente com fundamento nas informações obtidas por meio do monitoramento contínuo e avaliações realizadas periodicamente.

No mesmo sentido, Ana Frazão¹⁶ enumera dez pontos mínimos à elaboração de um programa de *compliance*, os quais são: *a*) avaliação contínua de riscos e atualização do programa; *b*) elaboração de códigos de ética e conduta; *c*) organização com procedimentos compatíveis com os riscos da atividade; *d*) comprometimento da alta administração; *e*) autonomia e independência do setor de *compliance*; *f*) treinamentos periódicos; *g*) criação de cultura corporativa de respeito à ética e às leis; *h*) monitoramento constante dos controles e processos, inclusive para fins de atualização do programa; *i*) canais seguro e abertos de comunicação de infrações e mecanismos de proteção dos informantes; e *j*) detecção, apuração e punição de condutas contrárias ao programa de *compliance*.

Ademais, vale mencionar que para que o programa de integridade seja efetivo, é como forma a garantir o cumprimento da Lei, primeiramente, deve ser realizado o mapeamento e análise de todos os possíveis riscos, como forma a identificá-los, organizá-los e classificá-los por ordem de relevância e prioridade, para que os riscos de maior relevância sejam tratados com prioridade, e por fim, atenuados.

Esse processo deve sempre ser revisado, dada a complexidade do gerenciamento de riscos e a adoção da melhor ferramenta para eliminá-los, objetivando a proteção de dados dos indivíduos e para que seus direitos à privacidade sejam resguardados.

Acresça-se ainda que, senão bastasse a quantidade de dados e dados pessoais presentes em

¹⁶FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados. In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 679-685.

prontuários físicos, exames e demais arquivos, as novas tecnologias de informação também são destaques de inovação, como, por exemplo, a aplicação de inteligência artificial e utilização de internet das coisas, ferramentas que são utilizadas para inúmeras formas de tratamentos de dados, porquanto auxiliam os profissionais da saúde a realizarem diversas tarefas, como diagnósticos de enfermidades, indicações de procedimentos e monitoramento de indivíduos, e, assim, tais dados pessoais sensíveis necessitam ser protegidos.

O controlador e operador deverão observar, conjuntamente à LGPD, as normas correlatas de cada atividade exercida para resguardar o cumprimento de outras obrigações legais ou regulatórias ou legais, circunstância que também está incorporada nas disposições da LGPD e deve ser considerada no planejamento do *compliance* e mapeamento de dados pessoais.

Considerando o grande volume de dados pessoais tratados, seja de forma física ou eletrônica na iniciativa pública e privada na área da saúde, é importante que todos que realizarem qualquer tratamento, os faça de acordo com a lei geral de proteção de dados pessoais e, para tanto, é imperioso à adequação da entidade de saúde à legislação com o propósito de assegurar a dignidade da pessoa humana, diante a proteção de sua privacidade e dados pessoais, bem como proteger a reputação da entidade hospitalar, de forma a evitar vazamento de informações e acesso de terceiros não autorizados.

Assim, nos termos do artigo 50, *caput*, a adoção de uma política de integridade que estabeleça condições de organização, regime de funcionamento, procedimentos, inclusive, reclamações e petições e obrigações específicas para os envolvidos no tratamento de dados pessoais, bem como ações educativas e mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos corrobora para a proteção dos titulares e, inclusive, para a confiabilidade da corporação perante os *stakeholders*, ou seja, todos aqueles envolvidos, inclusive, parceiros, acionistas, fornecedores.

Conclusão

Como visto, a LGPD visa proporcionar aos cidadãos maior segurança em relação à proteção dos seus dados, já que estes são proprietários exclusivos de seus dados pessoais, denominado pela Lei como os titulares de dados, de modo que terão o direito de serem notificados quanto ao tratamento de dados, sob pena de responsabilização das empresas que não observarem os requisitos necessários ao tratamento adequado dos dados.

É certo que todas essas mudanças também se aplicam na área da saúde, situação que torna imprescindível que os hospitais, clínicas e demais instituições que prestem serviços nesta área, procedam à revisão dos procedimentos relacionados à coleta e tratamento dos dados dos pacientes, para que estejam devidamente adequados à nova legislação.

No que diz respeito ao setor público, restou demonstrada a possibilidade de compartilhamento dos dados pessoais diante do interesse público, o que pode ser verificado com a situação atual de pandemia pelo Covid-19. Verificou-se, ainda, que neste caso específico trata-se de doença de notificação compulsória, sem se falar também em violação do dever de sigilo médico, já que as informações relacionadas estão revestidas do interesse público, motivo pelo qual torna-se dispensável o consentimento do titular.

Claro que esses dados devem ser utilizados de forma restrita, mantendo-se o dever de proteção pelo Estado para que não sejam utilizados com outra finalidade, sendo certo que nesta hipótese o ente responsável pelo tratamento será responsabilizado.

Posto isso, considerando que as empresas/instituições privadas de saúde detêm autorização legislativa para tratar dos dados pessoais de saúde, tal tratamento, no entanto, deve ser bastante cauteloso e guiado por procedimentos bem rígidos, pois ao que parece o simples fato de haver essa facilidade em manusear os dados por conta da natureza dos serviços prestados não as exime das responsabilidades advindas de vazamentos ou danos quaisquer, que como já foi dito podem ser ainda

maiores pela alta sensibilidade e potencialidade danosa que os dados pessoais de saúde detêm.

Referências

ARAUJO, Carlos. *O terceiro setor no Brasil e a LGPD*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/carlos-araujo-terceiro-setor-brasil-lgpd>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Guia de vigilância epidemiológica*. 6. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código de ética médica*: resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e nº 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. p. 35. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL, IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. *Pesquisa Nacional de Saúde 2019: atenção primária à saúde e informações antropométricas*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade a proteção de dados pessoais*: elementos da formatação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

HISSA, Carmina Bezerra; GALAMBA, Priscilla Hissa do Nascimento. O impacto da LGPD na aplicação das normas de compliance. In: LIMA, Ana Paula Moraes Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (Coord). *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ISTGERR, Kirsten. *You don't want facebook involved with your health care*. Disponível em: <https://slate.com/technology/2019/09/social-determinants-health-facebook-google.html>. Acesso em: 4 nov. 2020.

KAC, Fernanda; LÓPEZ, Nuria. *Proteção de dados na área da saúde: harmonização da LGPD frente às normas setoriais*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/protacao-de-dados-na-area-da-saude-06012020>. Acesso em: 10 out. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROSSO, Angela Maria. *LGPD e setor público: aspectos gerais e desafios*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/300585/lgpd-e-setor-publico-aspectos-gerais-e-desafios>. Acesso em: 15 set. 2020.

VICENTE, Ana Maria de Almeida. Lei Geral Proteção de Dados Pessoais e atividades do setor da saúde. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/lei-geral-protacao-dados-pessoais-atividades-setor-saude>. Acesso em: 4 nov. 2020.

Lei geral de proteção de dados (lei n. 13.709/2018): impactos nas relações de trabalho¹

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

GABRIELA DE SOUSA FERREIRA

Advogada. Técnica em Administração de Empresas pela Escola Técnica Estadual - E.T.E.C Elias Nechar. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale.

ELEN CRISTINA XAVIER

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

GABRIELA RODRIGUES DE ABREU

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

AMANDA RIBEIRO BERTIN

GABRIEL ORESTE ZUCHI JORGE

LEONARDO SOUZA DAMASCO

LUIZ HENRIQUE RAMOS DE LIMA

MATHEUS MENDES MARQUES

MARIA EDUARDA BEZERRA MARCOS

PAOLA DE OLIVEIRA BERTO

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

KLEBER HENRIQUE SACONATO AFONSO

Advogado. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Especialista e Pós-graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto-SP (FEARP/USP). Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: Através da evolução tecnológica que transformou a realidade atual, tornou-se necessário uma legislação voltada para a privacidade e intimidade. Sendo assim, fez-se necessário que o Brasil criasse uma legislação abrangente e específica sobre a proteção dos dados pessoais, surgindo então a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18). Referida lei, dispõe, de modo geral, sobre o tratamento de dados pessoais, seja da pessoa natural ou da pessoa jurídica de direito público ou privado. A aplicação da LGPD nas relações de trabalho é essencial para fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, tanto para o empregado, quanto para o empregador. Em tempos em que a privacidade pode ser devassada sem qualquer limite, faz-se necessário que, de forma responsável, empresas, empregadores e demais entes que tenham acesso ao tratamento de dados pessoais de clientes e colaboradores tomem as providências cabíveis a proteção desses dados. Neste contexto, o presente trabalho visa analisar a aplicação da lei no âmbito das relações entre empregado e empregador, tendo em vista que o tratamento dos dados pessoais pode ocorrer de forma inadequada, e, para tanto, analisa-se o início do tratamento de dados realizado pelas empresas e suas obrigações, a garantia quanto a transparência e informando sempre a finalidade da coleta de tais dados e as consequências jurídicas para a empresa em torno do descumprimento da legislação.

Palavras-chave: Proteção de dados. Direito à privacidade. Relações de trabalho.

Abstract: Through the technological evolution that transformed the current reality, it became necessary a forward legislation for privacy and intimacy. Therefore, it was necessary for Brazil to create a comprehensive and specific legislation on the protection of personal data, emerging then the Data Protection Law (Law 13.709/2018). Said law, generally provide, on the processing of personal data, whether of the natural person or the legal person of public or private law. The application of LGPD in labor relations is essential for the pre-contractual phase, contractual and post-contractual, both for the employee and for the employer. In times where privacy can be probed without any limit, it is necessary that, responsibly, businesses, employers and other entities that have access to the processing of personal data of customers and employees, take appropriate steps to protect these data. In this context, the present work aims to analyze the application of the law in the scope of the relations between employee and employer, bearing in mind that the processing of personal data may occur inappropriately, and, for that, analyzes the start of data processing performed by companies and their obligations, the guarantee regarding transparency and always informing the purpose of the collection of such data and the legal consequences for the company regarding the non-compliance with the legislation.

Keywords: Data protection. Right to privacy. Work relationships.

¹ O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no projeto de pesquisa intitulado “Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): impactos nas relações de trabalho”, no ano de 2020, sob orientação do Professor Mestre Kleber Henrique Saconato Afonso, com auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2020811.

Introdução

Com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais em todo o território nacional passarão a ser reguladas conforme as diretrizes estabelecidas nessa normativa, trazendo mais segurança e privacidade às pessoas, determinando regras, responsabilidades e obrigações aos envolvidos. Criada com a intenção de trazer segurança aos cidadãos (denominados como “titulares” – art. 5º, X) perante suas informações pessoais, passa ser necessário seu aval para a divulgação de suas informações (chamada autodeterminação informativa – art. 2º, II)².

Ainda, as atividades relacionadas aos dados pessoais deverão observar a boa-fé, bem como os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas.

Salienta-se que para os fins da presente lei, entende-se como: *i) dados pessoais*: qualquer informação exata e precisa de uma pessoa; *ii) tratamento de dados*: toda operação ou conjunto de operações realizadas com ou sem auxílio de meios automatizados, que permita o armazenamento, ordenamento, conservação, atualização, comparação, avaliação, organização, seleção, extração de dados pessoais; banco de dados: conjunto estruturado e organizado de dados pessoais, coletados e armazenados em um ou vários locais, em meio eletrônico ou não; *iii) dados sensíveis*: informações relativas à origem social e étnica, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas do titular; *iv) responsável*: a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compita, na qualidade de possuidora de arquivo, registro, base ou banco de dados, a tomada de decisões referentes à realização de tratamento de dados pessoais; *v) interconexão*: transferência de dados pessoais de um banco de dados a outro; *vi) bloqueio*: suspensão temporária ou permanente de qualquer operação de tratamento realizada sobre dados pessoais específicos ou sobre a integralidade de um ou mais bancos de dados³.

Entretanto, é importante frisar que a Lei não se aplica a alguns casos, como por exemplo, aos bancos de dados utilizados para o exercício regular da atividade jornalística; aos bancos de dados utilizados para a pesquisa histórica, científica ou estatística, dentre outros.

Através da leitura na lei, percebe-se que a LGPD foi criada com a intenção de dar mais proteção aos dados pessoais dos brasileiros que são compartilhados de forma digital, desde a sua coleta, armazenamento e manipulação feita pelas empresas. A partir desta lei, as empresas que fizerem uso de dados pessoais de seus clientes deverão informa-los sobre o modo de tratamento, terão que pedir permissão para que possam compartilhar e terão responsabilidade se houver qualquer tipo de vazamento.

A LGPD foi motivada pela regulamentação do *General Data Protection Regulation* (GDPR), ou em sua tradução, Regulamento Geral de Proteção de Dados, que é uma lei da União Europeia que busca trazer mais seguridade aos dados de sua população, fazendo com que qualquer empresa que tenha ao menos um cliente europeu, tenha que se adequar a este regulamento⁴.

Por sua vez, assim como a GDPR, a lei brasileira protege todos os brasileiros, extrapolando as fronteiras nacionais. Toda e qualquer empresa de outros países que tiver contato com dados de brasileiros em seus cadastros, devem também se adequar. Cada indivíduo é dono de seus dados pessoais, por isso a LGPD prevê que cada pessoa deverá ter o livre acesso às suas próprias informações coletadas, armazenadas e tratadas por empresas, assim como também terão o direito de

² BRASIL. 0, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

³ Ibid.

⁴ INTERSOFT CONSULTING. *General Data Protection Regulation (GDPR)*. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-1-gdpr/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

fazerem a portabilidade desses dados armazenados para outras empresas.

Caso as empresas possuam terceirizações, toda e qualquer responsabilidade deve ser repassada para as suas prestadoras de serviços, desde que haja compartilhamento de informações pessoais de brasileiros e, em caso de inobservância das disposições normativas, haverá aplicação de punições, as quais, digam-se de passagem, são pesadas. As multas podem alcançar até 2% do faturamento da empresa no ano anterior até no máximo 50 milhões de reais e pode também haver a proibição total ou parcial das atividades da empresa, caso não tenha boas práticas comprovadas.

Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados

A evolução tecnológica caminha cada dia mais depressa, e com ela surgem impactos positivos e negativos em todas as áreas da vida humana. A alteração de paradigmas da economia, com a inovação na própria forma de mercado, é uma das mais significativas mudanças. Nesse novo cenário de mercado, digital e globalizado, os dados pessoais tornaram-se preciosos e diante dessa nova realidade, países do mundo todo começaram a adotar leis e normas que viabilizassem a proteção desses dados, isto é, da própria pessoa. No Brasil, apesar de haver como se sabe interesses econômicos e questões diplomáticas que envolveram a produção da LGPD, cumpre mencionar que a Lei em si, como texto normativo, está muito bem configurada e, sobretudo devidamente sustentada em valiosos fundamentos.

Os fundamentos da LGPD, os quais dão a ela alicerce, estão expressamente dispostos no art. 2º da lei, são eles:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e,

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Para melhor compreender cada fundamento é preciso abordar as temáticas que os envolvem e os conceitos de cada segmento dessa rígida fundamentação dada à Lei.

I – Da privacidade

O direito à privacidade está de certa forma estritamente relacionado ao direito que cada indivíduo de ter resguardada sua intimidade. Ela carrega tamanha importância, pois é qualificada como direito fundamental pela Constituição, e isso é feito “pelo fato de que se passou a reconhecer a privacidade como elemento essencial para o desenvolvimento humano, ou mais precisamente, de sua personalidade. A personalidade é o que faz do homem um indivíduo [...] que permite a autodeterminação do ser e, pois, caracteriza-se por sua individualidade”⁵.

Ao longo da história a privacidade foi tratada de muitas maneiras, principalmente pelas religiões como o ‘direito de ser deixado só’, hoje em dia entende-se por privacidade como algo que vai além do isolamento, mas de um direito do indivíduo em controlar as intromissões na sua vida privada. Nesse sentido, “a LGPD fez bem em não ‘isolar’ o indivíduo para garantir sua privacidade, mas previu ferramentas para que ele admita quem bem entender em sua vida privada, bem como a

⁵ TAVARES, André Ramos. Direito à Privacidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR., Antônio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

forma dessa admissão”⁶.

II – Da autodeterminação informativa

A opção do legislador em adotar a autodeterminação informativa como fundamento da Lei Geral de Proteção de Dados pode ser vista em todo o texto legal, isso porque ela está atrelada ao tratamento de dados e ao consentimento, isto é, a autodeterminação informativa significa primeiro o fornecimento ao titular de dados das informações que forem necessárias para o mesmo ter o conhecimento sobre quais dados serão coletados, qual a forma de tratamento, por quanto tempo isso será feito etc. A partir daí, compreendendo tudo isso, poderá consentir ou não pelo tratamento de seus dados. Importante destacar que esse ato de consentir deve configurar uma manifestação clara, livre e inequívoca de concordância do titular de dados, limitada e escalonada para cada permissiva de fins específicos. Portanto, o fundamento da autodeterminação informativa garante e assegura a possibilidade de o indivíduo manifestar sua vontade, e assim limitar a utilização de seus dados.

III – Da liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião

Quando se fala em liberdades, de expressão, de informação e afins, automaticamente se associa a um direito, todavia elas são mais do que isso, são um desejo humano de se manifestar, expressar, e de tentar convencer as pessoas, é algo próprio da pessoa humana, e algo que jamais pode ser limitado. Nas palavras de André Ramos Tavares: “a natureza existe para ser o berço do ser humano, satisfazer (com prudência), com seus bens naturais, suas necessidades e vontades. E assim ocorre com os elementos artificiais, resultado da convenção humana, como é o caso do próprio Direito, e, por conseguinte, da liberdade de expressão”. É imprescindível acentuar que tais princípios devem coexistir em harmonia. Sendo assim, tal fundamento, do mesmo modo que a privacidade, visa garantir o pleno desenvolvimento humano.

IV – A inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem

Esse fundamento é um desdobramento do primeiro (privacidade), assim como honra e imagem, todos são direitos atrelados à personalidade do indivíduo, e também já estão garantidos na Constituição Federal, no entanto a LGPD, assim como outras leis, faz o exercício da reafirmação, aparentemente no intuito de demonstrar a importância desses direitos fundamentais.

V – A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor

Como é sabido, a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil, é considerada juntamente com a livre concorrência como a liberdade de empreender, de iniciar uma atividade empresarial, desse modo, “mais uma vez a LGPD pretende deixar claro que sua regulamentação existe para complementar que sua regulamentação existe para complementar o ordenamento jurídico, passando ao longe de querer, imotivadamente, criar embaraços para o cumprimento dos ditames constitucionais”⁷.

Um ponto de destaque é a defesa do consumidor, pois considerando estar a presente pesquisa voltada à aplicação da LGPD nas empresas, revela-se aqui um ponto importante, uma vez que é nítida adoção desse fundamento pela Lei, que de um modo geral visa salvaguardar e defender a pessoa natural, titular de dados, que de alguma forma disponibiliza seus dados e informações pessoais, e nesse sentido não há ninguém mais propenso a isso do que os próprios consumidores, que

⁶ COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁷ COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019.

em diversas circunstâncias, ainda pelo advento do mercado digital, compartilham e dispõem de seus dados para realizar compras ou contratar serviços.

VI – O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação

Da mesma forma que os demais, esse fundamento encontra amparo constitucional. Nos arts. 218 e 219, o desenvolvimento científico, a tecnologia, e o próprio mercado são alojados como importantes figuras e que devem sempre serem incentivados pelo Estado. Por esse motivo é também inserido na LGPD, como meio de demonstrar que a nova lei não se presta de forma alguma a impedir ou prejudicar o avanço da tecnologia e da economia, pelo contrário visa colaboração para que isso aconteça de forma saudável.

Conclui-se que em se tratando dos fundamentos da LGPD, não há nada de novo, mas sim uma reafirmação de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, que aparentemente busca fortalecer o novo diploma legal e sobremaneira orientar a interpretação da lei.

Princípios da Lei Geral da Proteção de Dados

A LGPD (Lei 13.709/18) trata-se de uma inovação jurídica instituída com o objetivo de regular o tratamento de dados pessoais no Brasil.

Para melhor entendimento do diploma legal mencionado, dentre diversas disposições, merecem nossas considerações os normativos que se referem aos princípios que deverão ser respeitados por ocasião do tratamento de dados das pessoas naturais. Inicialmente, cumpre trazer à baila o conceito de princípios, segundo Migue Reale, *in verbis*:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.⁸

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

São o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.⁹

Diante da doutrina apresentada, conclui-se que os princípios são o ponto central para a interpretação e aplicação das normas legais, de forma que, caso não sejam observados e respeitados quando da prática de algum ato regulado pela legislação, estaríamos diante de um ato ilegal passível de ser alvo de futura sanção, seja ela administrativa ou judicial.

Neste interim e a partir de tais considerações introdutórias, passemos a examinar os princípios assim considerados pela LGPD em relação ao tratamento dos dados: i) boa-fé; ii) finalidade; iii) adequação; iv) necessidade; v) livre acesso; vi) qualidade dos dados; vii) transparência; viii) segurança; ix) prevenção; x) não discriminação; e, xi) responsabilização e prestação de contas.

I – Boa-fé (Art. 6º, caput, Lei nº 13.709/18)

Conforme preconiza o caput do art. 6º da LGPD, tem-se o princípio da Boa-fé como ponto

⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 60.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147.

inicial na proteção e tratamento dos dados pessoais. Assim, pelo princípio da boa-fé, proíbe-se a mentira, o abuso, o oportunismo, a falta de consideração e a incoerência de comportamento, e impõem-se a transparência e a preservação da confiança legitimamente despertada.

Em se tratando de dados pessoais, a boa-fé é fundamental no equilíbrio dos interesses envolvidos, porque há o temor produzido por não se conhecer quem os solicita, tampouco se tem como avaliar os riscos advindos do que se fará com os dados coletados, uma vez que podem ser usados de forma lícita, mas também de forma ilícita.

II – Finalidade (Art. 6º, I, Lei nº 13.709/18)

Por este princípio o normativo o define como a realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

Desta forma, o titular tem como direito o tratamento de seus dados para propósitos específicos, legítimos e relevantes, bem como a previsão da impossibilidade de finalidade genérica e indeterminada, não sendo possível aos agentes modificar a finalidade do tratamento.

Todos esses objetivos que, integradamente, conformam a finalidade admitida pelo normativo, devem ser informados ao titular, o qual, com ele concordando, delimitará o objeto do tratamento, domínio esse que não poderá ser subsequentemente alterado, salvo se nova, específica e expressa concordância for obtida desse titular.

III – Adequação (Art. 6º, II, Lei nº 13.709/18)

Pelo princípio da Adequação os dados pessoais tratados devem ser compatíveis com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.

IV – Necessidade (Art. 6º, III, Lei nº 13.709/18)

O princípio da Necessidade consubstancia-se na limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.

Por esta razão, expõe-se que o tratamento de dados será limitado ao mínimo possível para a realização de suas finalidades.

É de oportuno salientar ainda que, a regra geral, de acordo com os dispositivos da LGPD, é a não realização do tratamento; todavia, a exceção, é a de realizá-lo, se e quando o atingimento de determinada finalidade se mostrar relevante para que o tratamento seja realizado.

Assim, verifica-se que só deverão ser tratados os dados necessários e pertinentes ou, em segundo momento, aqueles indispensáveis para que se atinja a finalidade e/ou o objetivo desejado.

V – Livre Acesso (Art. 6º, IV, Lei nº 13.709/18)

O princípio do Livre Acesso consiste na garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais.

Esse princípio visa garantir que o titular tenha pleno conhecimento acerca do que será feito com seus dados, de quanto tempo durará o tratamento e de quais são os dados utilizados nesse tratamento.

VI – Qualidade dos Dados (Art. 6º, V, Lei nº 13.709/18)

Este princípio visa à 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. A qualidade dos dados, portanto, é aspecto essencial para o tratamento.

A exatidão pode ser relacionada com a precisão, a partir do vínculo existente entre dados,

tratamento e finalidade.

A clareza, por sua vez, associa-se à ideia de que tal relação seja sedimentada em procedimento que possa esclarecer e informar seus destinatários, mais especificamente ao titular dos dados tratados, para que assim consigam de forma certa, chegar ao resultado desejado.

A relevância tem como ponto fundamental o fato de que o tratamento será realizado apenas para atingir a finalidade previamente estabelecida, desde que a mesma tenha sido aprovada por seu titular.

Por último, a atualização é o elemento que, verifica o aspecto temporal e dinâmico dos dados, ou seja, os dados recolhidos em determinado lapso temporal poderão sofrer modificações, dada a dinâmica da realidade da vida.

VII – Transparência (Art. 6º, VI, Lei nº 13.709/18)

A transparência 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 ênfase da transparência deseja destacar a importância que a LGPD dispensa à fluidez de informações para o titular dos dados tratados, afinal, ele, titular, juntamente com os seus dados, constituem os elementos mais importantes de todo o processo de tratamento.

VIII – Segurança (Art. 6º, VII, Lei nº 13.709/18)

O princípio da segurança dispõe sobre 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.

A base desse princípio é a preservação, sempre em ambiente seguro, dos dados das pessoas naturais objeto do tratamento. Para atingir tal finalidade, deverão ser adotadas técnicas contemporâneas de segurança e de procedimentos constantemente aprimorados com vistas a garantir a manutenção da segurança e a não invasão do acesso aos dados por terceiros.

IX – Prevenção (Art. 6º, VIII, Lei nº 13.709/18)

A prevenção pode ser verificada a partir da adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais. Trata-se, como se vê, de uma reiteração do princípio da segurança, explanado anteriormente, tendo em vista que a proteção aos dados deve ser verificada antes, durante e após o tratamento.

X – Não discriminação (Art. 6º, IX, Lei nº 13.709/18)

O princípio da não discriminação se dá mediante a impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

A própria LGPD já criou regras específicas para o tratamento de dados que frequentemente são utilizados para discriminação, os chamados dados pessoais sensíveis, como os que tratam 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 e dado genético ou biométrico.

XI – Responsabilização e Prestação de Contas (Art. 6º, X, Lei nº 13.709/18)

Por responsabilização e prestação de contas entende-se 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.

Além de se preocuparem em cumprir integralmente a Lei, os agentes devem possuir provas e evidências de todas as medidas adotadas, para demonstrarem a sua boa-fé e a sua diligência.

Após a análise dos princípios mencionados anteriormente pode-se concluir quão indubitosa importância tem sua aplicação, pois serão eles os guias para correta prática do tratamento de dados e dos comandos contidos na LGPD, visto que, caso seja constatada a violação à qualquer um deles, ocorrerá a infringência às disposições legais, conseqüentemente, correndo grandes riscos de responsabilização pelos atos praticados.

Dados pessoais sensíveis

Nos termos do artigo 5º, II da LGPD, o dado pessoal sensível, consiste no dado pessoal 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.

Inicialmente, cumpre assinalar, que os empregadores têm acesso aos dados obrigatórios, pessoais e até mesmo sensíveis, a depender de cada caso concreto, para contratação dos empregados. Referido acesso se dá na pré-contratação, durante o contrato de trabalho e após o contrato de trabalho.

De modo geral, os dados obrigatórios e pessoais podem ser exigíveis pelos empregadores, sendo a qualificação do empregado (estado civil, RG, CPF e endereço), filiação e se possui algum dependente – por exemplo, filhos –.

Por outro lado, nas relações de trabalho pode ser solicitado algum dado do empregado, considerado sensível, a título de exemplificação, o empregador pode solicitar ao empregado sobre a filiação a sindicato, até mesmo a título de desconto da folha de pagamento e repasse do valor descontado do funcionário ao próprio sindicato.

E ainda, o professor Henrique Correia, além da filiação ao sindicato menciona a situação hipotética da empregadora ser uma escola religiosa tradicional, nesse caso será que empregadora não pode questionar a religião do candidato para lecionar como professor de ensino religioso? Sobre essa questão, assim lecionam os professores:

Especificamente quanto aos trabalhadores que são adventistas, haveria o questionamento quanto à obtenção das informações religiosas do empregado, pois, por motivos religiosos, eles não trabalham no período compreendido entre o pôr do sol de sexta-feira e o pôr do sol de sábado. A obtenção desse dado pode ser relevante para a análise de viabilidade de contratação desses trabalhadores a depender da rotina da empresa.

Sobre o tema, o TST já decidiu que a ausência do empregado em plantões na empresa entre sexta-feira e sábado trouxe prejuízos aos demais trabalhadores e não deveria ser admitido pela empresa.

Por outro lado, há decisão do TST no sentido de que o empregador deveria admitir que o descanso semanal remunerado de empregado adventista coincida com o período entre 17:30 de sexta-feira e 17:30 de sábado, pois decisão contrária poderia violar o princípio da liberdade religiosa do trabalhador. Nesse sentido, em uma harmonização entre os princípios constitucionais de livre iniciativa e da liberdade religiosa, deveria ser admitida a folga durante o período da prática religiosa.

Diante da maior restrição ao uso desses dados sensíveis, a empresa somente poderá exigí-los do empregado quando houver expressa previsão em lei como é o caso da filiação sindical para desconto de contribuições sindicais, confederativa e assistencial ou quando houver expresso consentimento do trabalhador, permitindo o seu uso.¹⁰

¹⁰ CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. *Lei geral de proteção de dados (LGPD) e o direito do trabalho*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1hjG00cTaDy0J5AMrr8w6QTeJQRpYvxhdh/view>. Acesso em: 15 abr. 2021.

A aplicação da proteção dos dados pessoais sensíveis, prevista na LGPD, se dá nas três fases contratuais das relações de emprego:

(i) Pré-contratual: armazenamento do currículo e coleta dos dados pessoais;

(ii) Durante a vigência do contrato de trabalho: filiação sindical, cadastro da biometria do empregado, no caso de registro de ponto eletrônico e dado relacionado a saúde do colaborador, na hipótese de adesão do empregado a algum plano de saúde empresarial, o empregador não pode compartilhar com a operadora do plano de saúde, sem autorização expressa do funcionário, atestados entregues pelo empregado durante o pacto laboral; e

(iii) Término do contrato de trabalho: empregador não pode informar que a rescisão do contrato de trabalho se deu por justa causa para outros empregadores.

Evidente, portanto, que os empregadores devem ter a cautela e cuidado ao armazenar ou até mesmo fornecer informações sobre seu quadro de empregados e ex-empregados, uma vez que os dados dos empregados, principalmente os dados sensíveis, devem ser protegidos pelos empregadores.

Requisitos para o tratamento de dados

Para que seja realizado o tratamento de dados, deverá seguir os requisitos previstos no artigo 7º da LGPD que elenca as seguintes hipóteses autorizadoras:

I - Consentimento

De acordo com o art. 8º da LGPD:

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

§1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais;

§2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

A manifestação do consentimento deve ser realizada:

(i) de forma livre, ou seja, o consentimento deve ser consciente, e o titular dos dados poderá escolher quais dados irá fornecer e quais não fornecer, com verdadeira escolha, e não poderá ser coagido a consentir.

(ii) O consentimento também precisa ser informado. Ou seja, o usuário deve ter informações suficientes e o controlador deve sempre informar para qual finalidade será o tratamento de dados. O consentimento deve ser dado com conhecimento de causa, e para tal, o titular dos dados deverá pelo menos conhecer a identidade do responsável pelo tratamento. O consentimento informado possui correlação com o princípio da transparência. As informações essenciais que o controlador deverá apresentar ao titular estão previstas no art. 9º da LGPD.

(iii) Consentimento deve ser inequívoco, para não haver riscos no consentimento, deve haver uma ação positiva do usuário, o qual agirá deliberadamente para consentir o tratamento, indicando sua aceitação por meio de um *e-mail*, mensagem de *WhatsApp*, carta, mensagem gravada etc. Vale destacar que, o titular dos dados poderá revogar seu consentimento quanto ao tratamento de dados.

Esta hipótese está disposta no parágrafo 5º do artigo 8º da Lei 13.709 de 2018. Ela pode acontecer a qualquer momento, mediante manifestação expressa do titular.

II – Obrigação legal

A segunda hipótese autorizadora do tratamento de dados é o cumprimento de alguma obrigação legal ou regulatória, sendo este o mais seguro nas relações de trabalho.

O envio de dados no eSocial permite o tratamento, por se tratar de hipótese de cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador. O cumprimento de obrigação legal permite que sejam tratados dados pessoais, e também os dados pessoais sensíveis, que seria a hipótese de tratamento de biometria digital para o registro eletrônico de ponto.

III - Tratamento pela Administração Pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas

A Administração Pública poderá realizar uso de compartilhado de dados desde que para a execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres.

IV – Tratamento para a realização de estudos por órgãos de pesquisa

Os órgãos de pesquisa que incluem órgãos da administração pública direta ou indireta, como as pessoas jurídicas de direito privado, legalmente constituídas e sem fins lucrativos, como as associações ou fundações públicas, ligadas a órgãos de pesquisa, há dispensa de consentimento para tratamento de dados pessoais.

Deste modo a entidade poderá realizar com os dados pessoais pesquisas de caráter histórico, estatístico, entre outros, devendo ser realizada, sempre que possível, com a anonimização de dados pessoais.

V – Tratamento necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares

Os dados pessoais poderão ser tratados para a execução do contrato, nos termos da lei, em decorrência de obrigações contratualmente firmadas, ou procedimentos preliminares à formalização do contrato em que o titular faça parte.

VI – Tratamento para exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral

Há a possibilidade de tratamento de dados pessoais para exercício de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, com esta exclusiva finalidade, em decorrência dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Dados poderão ser armazenados pelo período prescricional com esta finalidade.

VII – Tratamento para a proteção da vida e incolumidade física do titular ou terceiro

A autorização do tratamento pela proteção à vida e incolumidade física do titular ou terceiro está relacionada a situações que protejam a vida do titular de dados, já que o direito à vida está acima de todos, previsto constitucionalmente, cabendo mesmo a flexibilização do princípio da privacidade.

VIII – Tratamento para tutela da saúde

É possível o tratamento de dados, para tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde, desde que seja para esta finalidade exclusivamente.

IX – Legítimo interesse

Esta hipótese está prevista no artigo 10º da LGPD, o tratamento pode ter por base o legítimo interesse no controlador, se tratando de relações de trabalho, o empregador. Apesar de ser possível, deverá prevalecer os direitos e liberdades do titular dos dados pessoais, não podendo haver nenhum tratamento abusivo.

X – Tratamento para a proteção de crédito

Esta hipótese consiste na possibilidade de se obter informações sobre o titular de dados relacionados à sua inadimplência e que poderão ser utilizadas para a concessão ou negativa de um crédito.

Tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes

O artigo 14 da LGPD é voltado as crianças, até 12 anos incompletos, e aos adolescentes, de 12 anos a 18 anos, conforme o Estatuto da Criança e Adolescente. Essa peculiaridade se dá pelo fato de que os titulares dos dados não possuem total capacidade de compreensão perante as publicidades, bem como não possuem capacidade absoluta para vida civil, fatos que corroboram para uma proteção ainda maior para esses titulares.

Extraí-se do dispositivo legal supracitado a primazia do Princípio do Melhor Interesse, ou seja, qualquer orientação ou decisão deve preponderar o que for melhor ou mais adequado para a satisfação de seus anseios, podendo sobrepor o interesse dos pais.

Este grupo já é protegido pela Constituição Federal, em seu artigo 227, que assegura seus direitos com absoluta prioridade:

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

Além da Constituição Federal, seus direitos já estavam assegurados no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 17:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Também são considerados incapazes pelo Código Civil em seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Pois bem, para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, é necessário solicitar o consentimento de um dos pais ou do responsável legal. Assim, assegura-se que uma pessoa absolutamente capaz dará o devido consentimento pelo titular sob o qual é responsável. A cláusula de consentimento deverá estar em destaque em relação as outras para que não ocorra vício de consentimento, conforme artigo 8º, § 3º, da LGPD:

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

[...]

§ 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

Em caso de contrato *on-line*, para garantir a veracidade do consentimento o contrato poderá ser firmado através de reconhecimento facial ou digital ou por confirmação de e-mail. As informações deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível. Tendo em vista as características intelectuais e mentais da criança ou adolescente, como o uso de recursos áudio visual.

Os controladores deverão manter publicas as informações sobre os tipos de dados coletados e a forma que serão utilizadas, remetendo ao princípio da transparência.

Há duas exceções bastante específicas, em que o consentimento do titular e/ou do responsável não é exigido: quando houver a necessidade de entrar em contato com os pais ou com o responsável pela criança ou adolescente (exemplo: uma criança perdida no *shopping*, para encontrar seus responsáveis recebe seus dados pessoais) ou quando tais dados forem necessários para proteger o titular menor de idade. Nesses casos, é terminantemente proibido compartilhar ou repassar os dados coletados com terceiros.

Isso fará com que as empresas revejam suas políticas de privacidade; termo de uso ou contrato de prestação de serviços; adequação da infraestrutura para garantir segurança a atendimento à determinadas regras previstas na lei; publicidade as informações do tipo de dados coletados, a forma de utilização e os procedimentos, de modo, entende-se que, as principais relações a serem afetadas será a de creches, escolas, pediatras, jogos, estúgios, dentre outras.

Término do tratamento de dados

As disposições sobre o término do tratamento de dados com previsão na LGDP são dispostas nos arts. 15 e 16 da referida lei. Tratam especificamente da fase pertencente ao fim do uso dos dados, sejam para quais finalidades forem, o que remete-se às hipóteses, por exemplo, ao fim do contrato de trabalho, em que não há necessidade mais da empresa de deter os dados do ex-empregado, podendo assim, descartá-los de maneira devida de modo que ninguém tenha o possível acesso à eles.

O art. 15 da lei, apresenta um rol das hipóteses as quais ocorrerá o término do tratamento dos dados pessoais:

Art. 15. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:
I - verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada;
II - fim do período de tratamento;
III - comunicação do titular, inclusive no exercício de seu direito de revogação do consentimento conforme disposto no § 5º do art. 8º desta Lei, resguardado o interesse público; ou
IV - determinação da autoridade nacional (ANPD), quando houver violação ao disposto nesta Lei.

Na primeira hipótese, trata-se de quando a finalidade do uso de dados for alcançada, remete-se ao princípio da necessidade do art. 6º, ou seja, quando deixam os dados de serem necessários para seu uso, ocorrerá o término do seu tratamento. Na segunda, refere-se quando o tempo determinado para a utilização destes dados se findar, a exemplo, seria um contrato de estágio, quando não ser cabível as possibilidades da continuidade do uso conforme expõem a lei. Já na terceira hipótese, trata-se de quando o titular dos dados revogar o seu consentimento, observado os requisitos necessários, com exceção de quando envolver interesse público. E, por fim, quando a ANPD determinar o término, em razão de violação da LGPD.

Não obstante, em regra, serão os dados descartados/eliminados com o término do tratamento, este descarte, vale salientar, deve ser realizado de maneira efetiva de modo que ninguém possa ter acesso a estes dados. Se forem dados registrados de maneira física (ex: impresso em papel), deve ser triturado de maneira a ser impossível a reintegração da informação, por exemplo. Já em meios digitais, devem ser utilizados programas que possuem como objetivo este fim.

Contudo a própria lei estabelece situações em que haverá exceções a esta regra, ou seja, apesar de terminado o tratamento de dados, será autorizado a conservação deles. Esta previsão se encontra no art. 16 da LGPD, que dispõe o seguinte:

Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou

IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Na primeira situação, se refere ao caso em que há um amparo ao controlador, uma vez que este deve o cumprimento à lei, para que a revogação arbitrária do titular não o prejudique, a lei prevê uma garantia legal, em consonância ao exposto no art. 7º, inc. II da mesma lei. Em segundo lugar, quando um órgão de pesquisa utilizá-los para fins de estudo, sendo, sempre que possível anonimizar os dados pessoais, uma vez que para identificar a pessoa, se tornará este dado, insuficiente, estando resguardado a privacidade do titular. Em terceiro, quando houvera transferência dos dados à terceiro, verificados os requisitos da lei. Por fim, quando houver o uso exclusivo do controlador, sendo vedado o acesso de terceiro, devendo os dados serem anonimizados, neste caso em específico trata-se de hipóteses, por exemplo de casos de legítimo interesse, sindicância ou até mesmo, auditoria para análises de fraude, sendo estas finalizadas, legitimariam, por interesse do controlador, mantê-los.

Nota-se o seguinte:

[...] a lei de proteção de dados impõe a eliminação de dados após o cumprimento de suas finalidades principais, para as quais foram criados. Entretanto, a conservação dos dados pode acontecer em cumprimento de obrigação regulatória, legal ou por uso exclusivo do controlador, para estudo por órgão de pesquisa ou transferência a terceiro, tendo em vista os requisitos de tratamento de dados da LGPD.¹¹

Portanto, há de se concluir que apesar da lei impor o término do tratamento dos dados, nas hipóteses previstas no art. 15, ao mesmo tempo possibilita a continuidade do tratamento destes, como expõe o art. 16, amparando o controlador para fins de cumprimento da lei, e demais hipóteses que acabam por resultar na não primazia do consentimento do titular que, revogando arbitrariamente o consentimento, inviabilizaria o cumprimento da lei pelo controlador, em detrimento do interesse público, demonstrando assim, uma forma de benefício ao controlador, observado a necessidade deste para a continuidade do tratamento destes dados.

Sanções e penalidades

Cabe à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública direta, dentre outras responsabilidades, a fiscalização e a imposição de sanções administrativas aos agentes em caso de tratamentos de dados em desconformidade com a legislação.

O artigo 52 da Lei 13.709/2018 traz as sanções administrativas aplicáveis aos agentes que não observarem o regulamento trazido pela nova lei ao tratar os dados pessoais e sensíveis, a saber:

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:

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

¹¹ ROCKEMBACH, Moisés. Estudos de usuários de arquivo e os desafios da Lei Geral de Proteção de Dados. *Acervo*, v. 33, n. 3, p. 102-115, 19 ago. 2020. p. 112. Disponível em: <http://revista.arquivonacional.gov.br/index.php/revistaacervo/article/view/1554/1541>. Acesso em: 07 abr. 2021.

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;
[...]
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;
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;
XII - Proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Por sua vez, o § 1º do artigo supracitado traz alguns critérios a serem enfrentados para a dosimetria das possíveis sanções, tais como a gravidade e a natureza das infrações e os direitos pessoais afetados; a reincidência; a adoção de política de boas práticas e governança; a boa-fé objetiva do infrator; a pronta adoção de medidas corretivas, dentre outros.

Frise-se a boa-fé objetiva como critério a ser analisado quando da aplicação das sanções. Não poderia ser diferente, de modo que se trata de um dos princípios corolários do ordenamento jurídico brasileiro. Somado a isso, a aplicação das penalidades deve guardar razoabilidade e proporção, caso contrário, poderá inviabilizar a atividade econômica, direito fundamental previsto na Constituição Federal.

Imperioso destacar, neste ponto, a necessidade de instauração de um processo administrativo que assegure contraditório e ampla defesa aos eventuais sancionados, sob pena de ofensa ao devido processo legal.

A autonomia técnica e decisória da ANPD é de suma importância para trazer efetivação à Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, haja vista que o próprio Poder Público também é um dos agentes de tratamento, portanto, a quem se aplica a lei.

Em que pese às sanções administrativas entrarem em vigor em 01.08.2021, já causa grande preocupação entre os agentes de tratamento. Nesse ínterim, é necessário que haja adequação à realidade social e econômica do Brasil.

Em um cenário de constantes evoluções tecnológicas, não raramente haverá colisões com os direitos fundamentais de privacidade, inviolabilidade à intimidade, à honra e à imagem e à atividade econômica e à livre iniciativa. Caberá ao agente público – em âmbito administrativo – e aos operadores do direito – em âmbito judicial – aplicar a técnica da ponderação.

Conclusão

A LGPD tem por finalidade proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade bem como a livre formação da personalidade de cada indivíduo. A referida lei dispõe ainda sobre o tratamento de dados feito por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado englobando um amplo conjunto de operações efetuadas em meios manuais ou digitais, e estabelece regras específicas para o tratamento, uso e para a proteção da privacidade de dados pessoais coletados e gerados tanto por aplicações ou serviços digitais quanto em via física.

Vale destacar que a lei é uma versão adaptada da GDPR (Regulamentação Geral de Proteção de Dados) se preocupando em ser objetivo quanto à definição de que dados pessoais que possuem a necessidade de serem tratados de maneira legítima e seguros.

Como exposto, a LGPD atingirá diretamente as relações de trabalho, criando novos direitos ao trabalhador e novas obrigações ao empregador. Por este motivo, o estudo teve por objetivo geral

identificar e analisar a aplicação da LGPD, num primeiro momento, para melhor compreensão da nova normatização para, num segundo momento, identificar de que forma se dará sua aplicação nas relações trabalhistas, principalmente no tocante a relação empregado-empregador, tendo em vista a inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de regras específicas dando tratamento detalhado e adequado à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador no âmbito das relações de trabalho.

Nesse contexto, inegável que os dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores precisam de proteção. Contudo, enquanto não sobrevém uma regulamentação específica, é possível extrair do disposto no art. 3º da LGPD, em conjunto com o disposto no § 1º do art. 8º, da CLT, que a lei constitui fonte normativa na proteção aos dados dos trabalhadores. Decorrente disso, as empresas deverão se adaptar às novas exigências da LGPD, visto que recolhem os mais diversos dados ao longo da relação laboral para atender à determinação da lei, para a realização de processo seletivo, para a formação e aperfeiçoamento de pessoal, para o resguardo da segurança pessoal e laboral, para o controle de qualidade do serviço que prestam aos clientes, para a proteção de seus bens, dentre muitas outras finalidades.

Em face dos conceitos apresentados e, à luz da relação de emprego, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT, o empregado (ou o trabalhador numa concepção mais ampla) corresponde à figura do titular dos dados, o qual, por força do contrato de trabalho, fornece informações ao empregador. Este, por sua vez, será o controlador desses dados, competindo-lhe tomar as decisões necessárias sobre o tratamento a ser realizado por um operador, posição que pode ser do próprio empregador, de um preposto, de um setor da empresa, ou de um terceiro, externo à relação laboral.

Assim, o empregador, na posição de controlador, toma as decisões referentes às finalidades e aos meios de tratamento dos dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores. Portanto, o objetivo central do estudo consiste em demonstrar qual a forma mais correta e possível para assegurar uma efetiva proteção aos dados pessoais e sensíveis, como direito fundamental do trabalhador brasileiro, no contexto da sociedade da informação, caracterizada pelo uso intensivo de novas tecnologias. E também se justifica, uma vez que, com o uso abundante das novas ferramentas tecnológicas no ambiente laboral, somada à recente aprovação do regime geral de proteção de dados no Brasil, é natural que discussões judiciais surjam em maior número envolvendo tais questões.

Nos termos demonstrados ao longo deste estudo, a Lei nº 13.709/2018 assegura ao cidadão o direito à autodeterminação informativa, ou seja, o direito do titular de controlar e proteger os próprios dados pessoais, tendo em vista o processamento de informação, comercialização e tratamento inadequado que resultam em vazamentos de dados pessoais de milhares de pessoas.

Percebe-se, portanto, que a legislação impactará significativamente a área trabalhista, atribuindo ao empregador a responsabilidade de tratamento adequado aos dados de seus empregados, enquanto titulares, a fim de garantir que não haja vazamentos, principalmente, de dados sensíveis que podem causar vasta violação aos direitos da personalidade do empregado.

Não obstante, a lei não tem um capítulo específico voltado ao direito do trabalho, por isso, o art. 3º da lei em análise e o art. 8º da CLT servirão de embasamento para aplicação da LGPD nas relações entre empregado e empregador.

Logo, para atender as exigências da lei, as empresas deverão criar um comitê interdisciplinar formado pelas figuras do controlador, operador e o encarregado ou DPO (*data protection officer*). A função desses atores é garantir aos empregados e à ANPD transparência quanto à utilização dos dados, meios de acessos, pedidos de retificação/atualização, tempo de uso e finalidade da coleta.

As empresas também têm seus direitos resguardados no art. 16 da LGPD quanto a guarda de dados de (ex) funcionários após o término do contrato de trabalho, posto que tais dados poderão ser necessários para cumprimento de obrigações legais ou mesmo para o exercício regular de direitos em futuros processo judicial, administrativo ou arbitral.

Deste modo, pode-se concluir que essa nova legislação que regulamenta o tratamento de dados pessoais no Brasil dispõe sobre os princípios, critérios, campos de aplicação e consequências para a gestão e proteção desses dados, de modo que se aplica a qualquer pessoa jurídica ou física, de direito público ou privado que realize operações de tratamento de dados pessoais, e traz. significativos impactos no cotidiano dos cidadãos, empresas e órgãos públicos, vez que estabelece uma série de direitos ao titular dos dados e inúmeras responsabilidades para o tratamento e armazenamento.

Diante desse cenário, as empresas deverão atuar em conformidade com as diversas obrigações trazidas pela LGPD, considerando que os cuidados e obrigações não alcançam apenas os seus fornecedores e clientes, pois valem também para os seus empregados e demais prestadores de serviços.

Daí a necessidade de os empregadores/tomadores de serviços estarem atentos as novas mudanças, para evitar prejuízos para seus negócios, já que, apesar de não se destinar, precipuamente, às relações de trabalho, se mostra de fundamental importância a sua aplicabilidade também nesse campo do Direito, levando em consideração o fato de que as relações de trabalho, e também outras formas de prestação de serviços em geral, implicam em trânsito de informações entre uma pessoa natural, o empregado ou prestador de serviços, e uma outra pessoa física ou jurídica, que é o empregador ou a pessoa contratante.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de15452.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. *Lei geral de proteção de dados (LGPD) e o direito do trabalho*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1hjG00cTaDy0J5AMrr8w6QTeJQRpYvxdh/view>. Acesso em: 15 abr. 2021.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019.

INTERSOFT CONSULTING. *General Data Protection Regulation (GDPR)*. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-1-gdpr/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROCKEMBACH, Moisés. Estudos de usuários de arquivo e os desafios da Lei Geral de Proteção de Dados. *Acervo*, v. 33, n. 3, p. 102-115, 19 ago. 2020. Disponível em: <http://revista.arquivonacional.gov.br/index.php/revistaacervo/article/view/1554/1541>. Acesso em: 07 abr. 2021.

TAVARES, André Ramos. Direito à Privacidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR., Antônio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.

Obras consultadas

BATAGINI, Gustavo. *Princípios da LGPD aplicáveis ao tratamento de dados* (parte 1). Disponível em: <https://gustavob93.jusbrasil.com.br/artigos/1100350732/principios-da-lgpd-aplicaveis-ao-tratamento-de-dados-parte-1>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CARLOTO, Selma. *Lei Geral de proteção de dados: enfoque nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2020.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados*. São Paulo: Renovar, 2006.

MACIEL, Rafael Fernandes. *Manual prático sobre a lei geral de proteção de dados pessoais* (Lei nº 13.709/18). Goiânia: RM Digital Education, 2019.

MIZIARA, Raphael. *LGPD: razões de sua existência e impactos nas relações de emprego*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-razoes-de-sua-existencia-e-impactos-nas-relacoes-de-emprego-15032020>. Acesso em: 02 nov. 2020.

PESTANA, Marcio. *Os princípios no tratamento de dados na LGPD* (Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-marcio-pestana-lgpd.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei 123.709/20019(LGPD)*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

A responsabilidade do empregador diante do limbo jurídico previdenciário trabalhista

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade do empregador nos casos em que o empregado fica impedido de retornar às atividades laborativas após a alta médica, devido à constatação da incapacidade laboral pelo médico particular do trabalhador ou pelo médico da empresa. Além disso, faz-se uma análise da responsabilidade do empregado que se recusa por ação ou omissão a retornar ao trabalho. Para tanto, o estudo faz uma abordagem da situação denominada de limbo jurídico previdenciário trabalhista, verificando-se as hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho sob o viés de nosso ordenamento jurídico, assim como, também faz uma abordagem sobre a responsabilidade do empregador, especialmente sobre a questão de pagamento dos salários e demais verbas contratuais, e do empregado, analisando quais as condutas devem ser tomadas por ele após a cessação do benefício previdenciário.

Palavras-chave: Incapacidade laboral. Contrato de trabalho. Suspensão. Interrupção.

Abstract: This article aims to analyze the employer's responsibility in cases where the employee is prevented from returning to work activities after medical discharge, due to the finding of work disability by the worker's private doctor or by the company doctor. Besides that, employee liability analysis that refuses for action or omission to return to work. Therefore, the study approaches the situation called labor social security limbo, verifying hypotheses for suspension and interruption of the labor contract under the bias of our legal system, as well as, also takes an approach on employer liability, especially on the issue of payment of wages and other contractual amounts, and the employee, analyzing what conduct should be taken by him after the cessation of social security benefit.

Keywords: Work disability. Work contract. Suspension. Interruption.

Introdução

Nos tempos atuais tem sido muito comum a situação em que o trabalhador continua incapacitado para suas atividades laborativas após retornar da alta médica previdenciária. Isto ocorre nos casos em que o empregado tem o auxílio-doença cessado e ao se apresentar à empresa o médico do trabalho, ou seu médico particular, não o considera apto para retornar ao trabalho.

Com isso, o trabalhador é impedido de voltar ao trabalho e permanece no denominado limbo jurídico previdenciário trabalhista, já que não recebe remuneração pelo gozo de benefício previdenciário, tampouco salários, em razão da ausência de prestação de serviços.

Essa situação acarreta angústia no trabalhador, que já se encontra frágil, devido à insegurança por saber como promoverá sua subsistência, já que não está assistido pela Previdência Social, nem sequer pelo seu empregador. Isso porque, o empregado busca o afastamento previdenciário em razão de encontrar-se doente e sem capacidade laborativa, e no momento em que recebe a alta previdenciária, a qual, diga-se de passagem, muitas vezes é indevida, visto que o obreiro continua doente e sem capacidade laboral, o empregador em diversas situações o recusa para retorno ao trabalho devido à incapacidade existente, e determina que o trabalhador procure novamente o INSS, é nesse momento que se inicia o pesadelo para este trabalhador que se vê desamparado por aqueles que têm o dever ampará-lo.

Diante desse cenário, apesar de avaliações conflitantes, para não deixar o trabalhador desamparado, o laudo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) deve prevalecer, permitindo-se o retorno do empregado ao trabalho, seja na mesma função, ou em função compatível com suas limitações funcionais.

Neste contexto, o presente estudo, através do método dedutivo, promove uma análise sobre as consequências do auxílio-doença no contrato de trabalho, a fim de demonstrar a responsabilidade do empregador diante da situação do limbo jurídico, apresentando o entendimento jurisprudencial sobre o assunto, bem como demonstrando os desafios que serão enfrentados pelo trabalhador após ter o benefício cessado. Para tanto, apresenta-se uma distinção conceitual entre os institutos da suspensão

e interrupção contratual, além da análise sobre os benefícios por incapacidade.

Para o fim almejado, inicia-se o estudo com uma apresentação sobre os benefícios por incapacidade, em seguida trata da suspensão e interrupção do contrato de trabalho, para, em seguida, abordar as peculiaridades do limbo jurídico previdenciário e trabalhista no que tange aos direitos e deveres do empregado e empregador, com análise da jurisprudência sobre o assunto.

Dos benefícios por incapacidade

Os benefícios por incapacidade são aqueles concedidos aos segurados da Previdência Social que apresentam limitação, restrição ou incapacidade para o desenvolvimento das atividades laborativas ou habituais. Há vários tipos de benefício, sendo cada espécie concedida de acordo com a incapacidade verificada pelo perito do INSS.

A Constituição Federal traz no inciso I do artigo 201 previsão sobre o benefício de auxílio-doença, o qual também possui regulamentação na Lei n. 8.213/1991 (arts. 59 a 64) e no Decreto n. 3.048/1999 (arts. 71 a 80), agora denominado de auxílio por incapacidade temporária.

Esta espécie de benefício é concedida ao segurado que, na realização da perícia médica pelo INSS, apresentar incapacidade total e temporária para o trabalho ou para a realização de suas atividades habituais em razão de doença. O benefício de auxílio por incapacidade temporária também pode ser concedido na espécie acidentária, quando decorrente de acidente ou doença ocupacional, e previdenciária para os demais casos.

Sobre o tema, apresenta-se a lição de Hugo Medeiros de Goes:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos (Lei 8.213/91, art. 59). Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença ou de acidente de trabalho ou de qualquer natureza, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral (Lei 8.213/91, art. 60, §3º).¹

Assim sendo, conforme disposição no §4º do artigo 60, Lei n. 8.213/1991, somente após o décimo quinto dia o empregador poderá encaminhar o empregado para perícia médica junto à Previdência Social e, constatada a incapacidade laborativa, a partir do décimo sexto dia o empregado estará em gozo de auxílio por incapacidade temporária.

O ordenamento jurídico pátrio também prevê a concessão de aposentadoria por invalidez, cuja regulamentação encontra-se prevista na Constituição Federal (inciso I do art. 201), na Lei n. 8.213/1991 (arts. 42 a 47) e no Decreto n. 3.048/1999 (arts. 43 a 50), agora denominada de aposentadoria por incapacidade permanente, sendo deferida ao segurado que apresenta incapacidade total e permanente.

Importante lição de Wladimir Novaes Martinez:

Juntamente com o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez é benefício de pagamento continuado, de risco imprevisível, devido à incapacidade presente para o trabalho. É deferida, sobretudo, se o segurado está impossibilitado de trabalhar e insuscetível de reabilitar-se para a atividade garantidora da subsistência. Trata-se de prestação provisória com nítida tendência à definitividade, geralmente concedida após a cessação do auxílio-doença (PBPS, *caput* do art. 43).²

¹ GOES, Hugo Medeiros de. *Manual de direito previdenciário: teoria e questões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016. p. 275.

² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *CD: Comentários à lei básica da previdência social*. Brasília, DF: Rede Brasil/LTr., fev./1999.

Apenas a título de esclarecimento, para que o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente seja concedido não há necessidade de concessão prévia de auxílio por incapacidade temporária. A incapacidade para o trabalho insuscetível de reabilitação pode, em alguns casos, ser verificada de imediato pelo perito do INSS, devido à gravidade das lesões na integridade física ou mental do segurado.

Além das espécies acima mencionadas, há também o auxílio-acidente, disciplinado no artigo 86 da Lei n. 8.213/1991 e no artigo 104 do Decreto n. 3.048/1999, o qual é concedido ao segurado que, após consolidada a lesão decorrente do acidente, permanece com incapacidade parcial e permanente, de modo que as sequelas impliquem na redução da capacidade laborativa que habitualmente desenvolvia.

Sobre o auxílio-acidente, assim é a lição de José Antonio Savaris:

Em outras palavras, o requisito específico é complexo, devendo haver conjugação dos seguintes eventos: a) acidente de qualquer natureza ou causa (e não apenas acidente do trabalho, portanto); b) existência de sequelas deste acidente; c) redução da capacidade para o trabalho habitual do segurado em decorrência dessas sequelas.³

Importante ressaltar que, diferentemente dos demais benefícios por incapacidade, o auxílio-acidente possui natureza indenizatória, podendo, portanto, ser recebido pelo segurado mesmo quando este exerce atividade remunerada.

Do contrato de trabalho e as hipóteses de suspensão e interrupção contratual

O contrato de trabalho é um pacto sinalagmático, isto é, possui como característica a reciprocidade de direitos e deveres entre empregado e empregador. Nessa relação, tem-se como principal direito do empregado o salário e, ao mesmo tempo, como principal obrigação patronal o dever de pagar o salário. Já em relação ao empregador, o trabalho é seu principal direito, e principal dever do empregado.

No curso do contrato de trabalho, este pode sofrer determinados eventos, classificados como *suspensão* e *interrupção*, hipóteses em que a prestação e a contraprestação de serviços deixam de ser exigidas, entretanto, sem que isso caracterize a cessação do vínculo empregatício.

Sobre o assunto, apresenta-se a lição de Luciano Martinez:

[...] quando suspenso o contrato de emprego, pode esse evento ser total ou parcial. Quando **total**, as duas obrigações fundamentais – a de prestar serviço e a de pagar salário – tornam-se reciprocamente inexigíveis, sendo tal situação identificada pela lei como de “suspensão contratual”. Quando **parcial**, apenas a obrigação de prestar serviço torna-se inexigível, permanecendo reclamável a de pagar o salário, recebendo tal hipótese, por opção legal, o nome de “interrupção contratual”.⁴

A interrupção do contrato de trabalho consiste na ausência provisória da prestação de serviços, não sendo devidos o pagamento de salário e a contagem do tempo, ou seja, cessa a obrigação do empregado, mas persiste a obrigação do empregador.

Para melhor compreensão, apresentam-se algumas hipóteses de interrupção contratual: a) licença de dois dias em caso de óbito de ascendente, descendente, cônjuge, irmão ou pessoa que viva sob a dependência do empregado (inciso I do art. 473, da CLT); b) licença-casamento de três dias (inciso II do art. 473, da CLT); c) licença-paternidade de cinco dias (art. 473 da CLT e art. 10, §1º, da

³ SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 496.

⁴ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 969. (grifos do autor)

ADCT); d) licença de um dia a cada doze meses por doação voluntária de sangue (inciso IV do art. 437, da CLT); e) pelo tempo que se fizer necessário para comparecimento à justiça (inciso VIII do art. 473, da CLT); f) licença de um dia por ano para acompanhar filho de até seis anos no médico (inciso XI do art. 473, da CLT); g) licença-maternidade de cento e vinte dias (art. 392 da CLT); h) repouso semanal remunerado; i) feriados; j) férias; k) aviso prévio indenizado; dentre outras.

Sobre a interrupção, assim leciona Alice Monteiro de Barros:

A interrupção, também denominada por alguns autores suspensão parcial do contrato de trabalho, é conceituada como a paralisação temporária do trabalho pelo empregado, em que a ausência do empregado não afeta o seu tempo de serviço na empresa, sendo computado o período de afastamento para todos os efeitos legais. Em consequência, permanece a obrigação de pagar salários e outras vantagens que decorrem do pacto laboral.⁵

Assim, nas hipóteses de interrupção contratual, embora não exista prestação de serviço, haverá pagamento de salário e contagem do tempo de serviço. Em outras palavras, apenas o trabalhador fica livre de suas obrigações.

Por outro lado, a suspensão do contrato de trabalho significa a ausência provisória de prestação de serviços sem que haja o pagamento de salários, nem a contagem de tempo. Nesse caso, ocorre a cessação da obrigação tanto do empregador quanto do empregado.

Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite ensina que:

Dá-se a suspensão (ou suspensão total) quando inexistir obrigatoriedade da prestação de serviços e pagamento de salário, sendo certo que o tempo de serviço, em regra, não é computado para os efeitos legais. Na suspensão, portanto, empregado e empregador ficam dispensados, transitoriamente, do cumprimento das obrigações insitas ao contrato de trabalho.⁶

São hipóteses de suspensão contratual: a) greve; b) aposentadoria por invalidez (art. 475 da CLT); c) serviço militar obrigatório; d) auxílio-doença (art. 476 da CLT); e) qualificação profissional (art. 476-A da CLT); f) inquérito para apuração de falta grave (art. 495 da CLT).

Nessas hipóteses de suspensão do contrato, não há prestação de serviços e também não ocorre o pagamento de salário e a contagem do tempo de serviço do empregado. Veja-se que as obrigações assumidas, tanto pelo empregado como empregador, ficam paralisadas, mas o vínculo de emprego mantido.

Como visto, tanto a suspensão como a interrupção implica a manutenção do vínculo de emprego e a garantia de todas as vantagens que tenham sido adquiridas pelos trabalhadores de forma coletiva. Significa dizer que, o empregado que teve seu contrato suspenso terá, por ocasião do retorno ao trabalho, direito a todos os aumentos salariais concedidos à categoria profissional a que pertencia no período de afastamento.

Do limbo jurídico previdenciário trabalhista

O limbo jurídico previdenciário trabalhista pode ser compreendido como aquele período em que há discordância entre o empregador e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) quanto à capacidade laborativa do empregado após a cessação do benefício previdenciário por incapacidade.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 568.

⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 489.

Tal situação fica caracterizada quando o segurado recebe alta médica do benefício previdenciário por incapacidade, que pode ser auxílio por incapacidade temporária comum ou acidentário, e ao se reapresentar para o seu empregador e segurado é impedido de retomar suas atividades diante da verificação da inaptidão pelo seu médico particular ou pelo médico do trabalho da empresa.

Como vimos acima, durante o período em que o empregado permanece em gozo de benefício previdenciário em razão da incapacidade laborativa o contrato de trabalho fica suspenso, de modo que, com a recuperação da capacidade laboral constatada pelo perito do INSS, a suspensão contratual é afastada, impondo ao empregado o imediato retorno ao trabalho.

Apesar disso, em muitos casos, embora o perito do INSS declare o segurado apto ao trabalho, o médico particular responsável pelo tratamento do empregado ainda o considera inapto, o que pode ser aceito pelo empregador que, nesta hipótese, não aceitará o retorno do empregado.

Em consequência, ao ser impedido de retomar as atividades laborativas e sem estar em gozo de benefício previdenciário o empregado se encontra no denominado limbo jurídico previdenciário trabalhista, sem percepção de salários e de qualquer remuneração para lhe garantir o sustento.

Verifica-se, portanto, o verdadeiro “limbo”, visto que para o INSS o empregado encontra-se apto ao trabalho após a alta médica, tendo, inclusive, cessado o benefício de auxílio por incapacidade temporária, mas, para o empregador ainda está inapto para exercer suas atividades laborativas, de modo que, a empresa não pode aceitar o retorno desse empregado e, conseqüentemente, não pagará seus salários, ficando o trabalhador sem qualquer rendimento.

Importante mencionar que o limbo jurídico previdenciário trabalhista guarda relação com a alta programada do INSS, procedimento bastante utilizado, em que o perito pré-estabelece um prazo para a recuperação do segurado, momento em que a autarquia previdenciária “libera” o empregado para o retorno ao trabalho, sem efetivamente verificar sua capacidade laborativa.

Assim, vencido o prazo estipulado pelo INSS, o empregado deve se apresentar na empresa, a fim de evitar que sua ausência caracterize o abandono de emprego⁷.

O contrato de trabalho gera obrigações para ambas as partes que compõem essa relação, empregado e empregador, de modo que, quando o empregado falta ao trabalho, injustificadamente, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos, é presumido o abandono do emprego, o que significa dizer que o empregado renuncia às atividades que se propôs a executar quando da celebração do pacto laboral, o que resulta na despedida por justa causa prevista na alínea “i” do artigo 482⁸, da CLT.

Nesse sentido:

ABANDONO DE EMPREGO - SÚMULA 32 DO TST – CARACTERIZAÇÃO. Demonstrado que houve a cessação do auxílio doença previdenciário, competia à trabalhadora a prova dos fatos alegados, de tentativa de retorno ao emprego e da recusa da empresa (art. 818, CLT, e 373, I, CPC), ônus do qual não se desincumbiu. Fica caracterizado, assim, o abandono de emprego, nos termos da Súmula 32 do TST, segundo a qual, "presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer".⁹

⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 32*. Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.

⁸ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] i) abandono de emprego;

⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *Recurso Ordinário n. 0012121-80.2015.5.15.0070*. Relator: Desembargador José Pitas, Quinta Turma. Campinas, Diário de Justiça de São Paulo, 12 fev. 2019. Disponível em: https://pje.trt15.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=CsXQJ66D7GLfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_i_dpje=JHwuGxvCtkA%3D&p_num=JHwuGxvCtkA%3D&p_npage=x. Acesso em: 09 ago. 2021.

Sob essa premissa, se o benefício de auxílio por incapacidade temporária foi cessado pelo INSS e não há qualquer decisão judicial determinando o restabelecimento desse benefício ao trabalhador, conclui-se o contrato de trabalho não está mais suspenso.

Assim, é dever do empregado se apresentar na empresa e comunicar seu empregador da alta médica, ainda que seu médico particular tenha atestado sua incapacidade para o trabalho, pois, caberá ao empregador, neste caso, a análise de duas questões importante, e propor a solução adequada: i) se o empregado estiver incapacitado apenas para a atividade laboral anteriormente exercida, deverá o empregador ofertar atividade compatível com as limitações funcionais, e neste caso, haverá prestação de serviços com pagamento de salários; ou, ii) estando o empregado incapacitado para qualquer atividade laborativa, e o empregador não permita que ele retoma as atividades laborativas é sua obrigação pagar os salários deste empregado, ainda que ausente a prestação de serviços, visto que estará à sua disposição (art. 4º¹⁰ da CLT).

A dificuldade em solucionar a situação do limbo jurídico previdenciário trabalhista reside na inexistência de norma específica que regulamente a questão, o que acaba por deixar tal responsabilidade ao Poder Judiciário.

O entendimento da jurisprudência majoritária se inclina no sentido de considerar ilícita a conduta da empresa que deixa o empregado na situação de limbo jurídico previdenciário trabalhista. Vejamos:

CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA - EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO POR MÉDICO DA EMPRESA - IMPEDIMENTO DE RETORNO AO TRABALHO - "LIMBO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO" - RESCISÃO INDIRETA CONFIGURADA. Não se pode admitir que o empregado seja colocado no denominado "limbo jurídico previdenciário trabalhista", situação na qual não recebe mais o benefício previdenciário, tampouco os salários. Aplica-se ao caso o princípio da continuidade do vínculo empregatício e considerando que o empregador, por expressa disposição legal é aquele assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT) e, ainda o disposto no artigo 4º, da CLT, o empregador deve arcar com o pagamento dos salários do respectivo período de afastamento. A recusa do empregador em aceitar o retorno de empregada considerada apta pelo INSS constitui falta grave, de modo a ensejar a rescisão indireta, uma vez que a laborista se viu, indefinidamente, sem qualquer fonte de sustento.¹¹

CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NÃO RETORNO AO TRABALHO. OBRIGAÇÃO DE PAGAR SALÁRIOS. ÔNUS DO EMPREGADOR. É do empregador o ônus de provar que, ciente da cessação do benefício previdenciário do empregado, possibilitou o retorno do mesmo ao trabalho, ainda que em função compatível com eventuais limitações remanescentes. A recusa do empregador em admitir o retorno do empregado ao trabalho não o exime da obrigação do pagamento dos salários, devendo ser aplicado o disposto no art. 4º da CLT, porquanto é quem deve suportar os riscos da atividade econômica (art. 2º, caput, da CLT), não podendo o empregado ficar abandonado à própria sorte, em um verdadeiro "limbo jurídico", enquanto durar o impasse entre o médico da empresa e os peritos da autarquia acerca da sua capacidade laborativa.¹²

Nessa mesma linha são os precedentes do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

[...] II - RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 13.015/14, 13.105/15 E 13.467/17. SALÁRIOS DO PERÍODO DECORRIDO ENTRE A ALTA MÉDICA E O RETORNO DO

¹⁰ Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário n. 0002280-54.2013.5.03.0009*. Relator: Marcio Flavio Salem Vidigal, Quinta Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Minas Gerais, 31 ago. 2015. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00022805420135030009>. Acesso em: 09 ago. 2021.

¹² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *Recurso Ordinário n. 0013697-98.2016.5.15.0062*. Relatora: Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza, Segunda Turma, Diário de Justiça, Campinas, 17 dez. 2018. Disponível em: https://pje.trt15.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=IPr8fQn%2BZ53fN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=UgeS6Molz%2F1%3D&p_num=UgeS6Molz%2F1%3D&p_npage=x. Acesso em: 09 ago. 2021.

RECLAMANTE AO TRABALHO. LIMBO PREVIDENCIÁRIO. No caso em tela, como o órgão previdenciário entendeu que a trabalhadora estava apta ao labor e o empregador entendeu que ela estava inapta, instaurou-se uma divergência sobre a capacidade laboral da reclamante, na qual ela não teve a menor participação. Relembra-se que o contrato de trabalho é sinalagmático, e que propõe um equilíbrio entre os deveres contratuais das partes. Nesse contexto, os principais deveres do empregador são pagar a contraprestação salarial e dar trabalho ao empregado. Portanto, havendo o perito oficial do INSS atestado a capacidade do empregado para o labor, ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e relativa veracidade, cabe ao empregador "readaptar" o empregado em funções compatíveis com as limitações funcionais que apresente ao médico da empresa, de forma a manter o sinalagma contratual, cumprindo com o dever de oportunizar trabalho ao empregado, como homenagem aos princípios da função social da empresa, boa-fê contratual e dignidade da pessoa humana, solidariedade e justiça sociais e sob pena de, não o fazendo, cometer ato ilícito por abuso do poder diretivo em obstar que o empregado apto (presunção relativa) volte ao trabalho (art. 187 do Código Civil). O litígio entre empregador e INSS sobre as questões de saúde laboral não pode transferir o ônus da ociosidade não remunerada ao empregado, pois não se trata de hipótese de suspensão contratual. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte entende que a responsabilidade pelo pagamento dos salários do período de limbo previdenciário é do empregador. Precedentes. Recurso de revista conhecido por violação dos artigos 476 da CLT e 187 do Código Civil e provido.¹³

[...] LIMBO PREVIDENCIÁRIO. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PELO INSS. RECUSA DA EMPRESA EM ACEITAR O RETORNO DO TRABALHADOR. No caso, o Tribunal Regional manteve a sentença em que se deferiu o pedido do reclamante de pagamento dos salários durante o período em que permaneceu no denominado "limbo previdenciário". A Corte de origem consignou que "a hipótese em análise trata da figura doutrinariamente chamada de limbo previdenciário, onde o empregado considerado apto ao trabalho pelo INSS, não consegue retomar suas atividades haja vista que a empresa declara sua inaptidão para o labor, ficando o obreiro, desta forma, desamparado pelo órgão previdenciário e por seu empregador". Asseverou, ainda, que "não resta qualquer dúvida de que a Acionada promoveu a permanência do empregado no já mencionado limbo, haja vista que, embora inexistisse a incapacidade para o trabalho, não adotou qualquer medida que possibilitasse seu retorno ao trabalho, como a readaptação, por exemplo, valendo destacar que trata-se de empresa de grande porte e com inúmeras funções que não demandam esforço físico extremo". A decisão regional não merece reparos, pois está em consonância com o entendimento desta Corte de que, se o empregado, após a alta previdenciária, tenta retornar ao trabalho e a empresa se nega a aceitá-lo por considerá-lo inapto, a empregadora é responsável pelo pagamento dos salários durante o período de afastamento, visto que cabe a ela, ao menos, readaptar o empregado em função compatível com sua condição de saúde, e não, simplesmente, negar-lhe o direito de retornar ao trabalho. Agravo de instrumento desprovido.¹⁴

[...] II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. PROCESSO REGIDO PELA LEI 13.467/2017

1 - LIMBO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELA READAPTAÇÃO DO EMPREGADO. A questão do "limbo jurídico previdenciário trabalhista" não é objeto de legislação clara e específica, o que atrai a

¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 10655-82.2018.5.03.0069*. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, Terceira Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 19 jun. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/3748e01469b5fc1a68cc23b59e6d1cda>. Acesso em: 09 ago. 2021.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 100777-62.2016.5.01.0039*. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, Segunda Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/74b78d513e3f0ea6450c3e098d10a91e>. Acesso em: 09 ago. 2021.

necessidade de aplicação de princípios próprios do Direito do Trabalho, como o Princípio da Proteção, de forma garantir a dignidade ao trabalhador, valor insculpido como fundamento da Constituição de República, em seu art. 1.º, III. O limbo atinge o trabalhador, parte mais vulnerável da relação de trabalho, em momento de extrema fragilidade, deixando-o à mercê de sua própria sorte. Sobressai, nesse momento, a importância da função social da empresa e do valor social do trabalho, valores consagrados na matriz constitucional de 1988. A legislação trabalhista estabelece que o contrato de trabalho somente está suspenso quando o empregado estiver "em gozo de auxílio doença" (art. 63 da Lei 8.213/91), ou, nos termos do art. 476 da CLT, "durante o prazo desse benefício", se este foi cessado pelo INSS e não há qualquer decisão judicial determinando o restabelecimento desse benefício. Portanto, com a cessação do benefício previdenciário, nos termos do artigo 476 da CLT, o contrato de trabalho voltou a gerar os seus efeitos, cabendo à empresa viabilizar o retorno do autor a uma atividade condizente com a sua nova realidade física, de acordo com o que dispõe o artigo 89 da Lei 8.213/91, através de sua readaptação. A conclusão a que se pode chegar é a de que o contrato de trabalho não esteve mais suspenso no período compreendido entre 21/07/2014 a 08/03/2015, de modo que a empregadora, como obrigação, deveria ter retomado o dever de pagar os salários do obreiro, zelando e acompanhando a efetiva resposta do encaminhamento dirigido ao órgão previdenciário. Em razão de a reclamada ter ficado ciente da alta previdenciária do reclamante, verifica-se que é da empresa o ônus de provar que o reclamante tenha se negado a retornar às suas atividades laborais, ou mesmo se recusado a assumir função compatível com suas limitações físicas, diante do princípio da continuidade da relação empregatícia, que constitui presunção favorável ao reclamante. Assim, após a alta médica, era ônus da ré comprovar que o autor não se apresentou à empresa a fim de retornar ao trabalho, por se tratar de fato impeditivo do direito (artigo 818da CLT e 373,II, do CPC).Ademais, os atestados médicos em dias esporádicos, utilizados como fundamento para justificar a reforma da sentença, não são suficientes para afastar a empresa do cumprimento da obrigação contratual de pagamento de salários e promoção de readaptação. Pelo exposto, reconhecida a continuidade do vínculo empregatício entre as partes as obrigações decorrentes, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a recusa do empregador em aceitar o retorno do empregado após a alta previdenciária, em razão de considerá-lo inapto ao trabalho, não afasta o dever de pagamento dos salários correspondentes, pois diante da presunção de veracidade do ato administrativo do INSS que atesta a aptidão do empregado para o labor, cessando o benefício previdenciário, cabe ao empregador receber o obreiro, realocando-o em atividades compatíveis com sua limitação funcional, até eventual revisão da decisão tomada pelo órgão previdenciário. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. 2 - LIMBO PREVIDENCIÁRIO. DANO MORAL. Do reconhecimento do direito do reclamante ao pagamento do período de afastamento em razão do limbo previdenciário, decorre, *in re ipsa*, a conclusão de que houve danos de ordem moral para o trabalhador. A falta de pagamento de salários e a situação de incerteza causada pela inércia da empresa em promover a necessária readaptação do empregado ao trabalho após a alta previdenciária, sobretudo em um momento de maior vulnerabilidade do trabalhador, são razões suficientes para ensejar o pagamento de indenização. Desta forma, presentes os elementos necessários para a caracterização do dano moral, quais sejam, o dano, tendo em vista o constrangimento psíquico decorrente da frustração em ver a recorrente recusando-se a reabilitá-lo em outra função, sem a percepção dos devidos salários; a culpa, diante da inércia em promover a reabilitação do autor e o nexo de causalidade entre o dano e a ação patronal, a conduta da reclamada enseja reparação por danos morais. Ademais, ao obstar o retorno do autor ao trabalho, em função compatível com a sua debilidade, sujeitando-o ao desamparo trabalhista e previdenciário, fere a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição Federal), configurou-se abuso de direito, o que enseja o pagamento de indenização pelo ato ilícito perpetrado, nos termos do art. 5.º. V e X, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.¹⁵

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1002150-86.2015.5.02.0241*. Relator Ministro: Delaíde Alves Miranda Arantes, Segunda Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 21 maio 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documents/1151b0e0f67085f222cbd339f6900f18>. Acesso em: 09 ago. 2021.

Analisando os diversos julgados apresentados, é certo que, considerando que os riscos da atividade econômica são do empregador (art. 2º, *caput*, da CLT), não pode o empregado ficar abandonado à própria sorte enquanto durar o impasse entre o médico da empresa e/ou particular do empregado com os peritos do INSS acerca de sua capacidade para o trabalho, de modo que, diante da atestada inaptidão do obreiro, cessado o benefício previdenciário, o pacto laboral volta a ter plena vigência, sendo dever do empregador o pagamento dos salários e demais direitos do trabalhador.

Conclusão

Como visto, se o empregado é impedido pelo empregador de retornar ao trabalho após a alta da autarquia previdenciária, tal fato decorre de sua própria decisão, seja pelo encaminhamento do trabalhador ao médico do trabalho, ou em razão do atestado médico particular apresentado pelo empregado que demonstra a inaptidão ao trabalho, e é a partir desse momento que o trabalhador se encontra no chamado limbo jurídico previdenciário trabalhista.

Nessa situação, em que o médico particular que faz o acompanhamento do empregado, ou o médico do trabalho do empregador, constate a incapacidade laborativa do trabalhador, fato é que este não pode ficar desprovido de rendimentos, motivo pelo qual deve o laudo do INSS se sobrepor aos demais e, uma vez prevalecendo a decisão do perito da Previdência Social, compete ao empregador, enquanto responsável pelo risco da atividade empresarial (art. 2º da CLT), receber o trabalhador e possibilitar a ele o desenvolvimento das mesmas funções exercidas antes do afastamento previdenciário, ou ainda, oportunizar atividades compatíveis com as limitações funcionais adquiridas.

Conforme já mencionado, de acordo com o artigo 476 da CLT, o contrato de trabalho apenas permanece suspenso enquanto o trabalhador permanece em gozo do benefício de auxílio por incapacidade temporária, de modo que, cessado o benefício e não havendo decisão administrativa ou judicial que determine seu restabelecimento, o contrato de trabalho deixa de estar suspenso, surgindo o dever para o empregado de retornar ao trabalho e ao empregador de lhe pagar os salários.

Não obstante a isso, estando o empregado inapto para as atividades laborativas, conforme laudo médico particular ou da empresa, não retira a obrigação do empregador consubstanciada no pagamento dos salários, isto porque, o empregado encontra-se à sua disposição.

Aliás, tal situação se justifica pelo fato de a decisão administrativa que ocasionou a cessação do auxílio-doença possuir presunção de veracidade e legitimidade e, portanto, até que se comprove o contrário, o empregado está apto a retornar ao trabalho.

Diante da problemática que envolve a situação do limbo e da ausência regulamentação específica sobre o assunto, ao se proceder a análise da jurisprudência, chega-se a alternativas que devem ser adotadas no caso concreto.

Como primeira alternativa, tem-se que a questão do limbo jurídico poderia ser resolvida por meio de negociação coletiva, oportunidade em que a empresa e o empregado estariam vinculados ao cumprimento das disposições inseridas em convenção ou acordo coletivo.

Do mesmo modo, como outra opção, o empregador, recebendo o empregado após seu retorno do afastamento previdenciário e verificando que o estado de saúde do trabalhador o impossibilita de retornar às atividades laborais habituais, deverá reabilitá-lo e reintegrá-lo em função diversa, compatível com as suas condições. Para tanto, adverte-se que a readaptação do trabalhador em função diversa necessita de extrema sensibilidade por parte dos profissionais que atuam no setor de recursos humanos e também pelo médico do trabalho, visando impedir que a nova função seja inadequada, sempre evitando a piora do estado de saúde do empregado, seja ele físico ou mental.

Ainda, como medida alternativa à situação de limbo, inexistindo norma coletiva que trate do tema e, na impossibilidade de reabilitação funcional, entendendo o empregador que o empregado ainda se encontra inapto para o trabalho e, face ao término da suspensão contratual, deverá pagar a

remuneração mensal ao empregado. Inclusive, esta solução, como demonstrado, tem sido bastante utilizada pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Neste caso, uma vez comprovado que o trabalhador ainda se encontrava inapto para as atividades laborais, em sentido contrário ao laudo do INSS, o empregador, para que não fique em desvantagem por estar pagando os salários sem a devida contraprestação, poderá requerer em face do INSS a reparação dos danos em razão dos pagamentos dos salários pela empresa quando deveriam ter sido pagos pela Previdência Social na forma de auxílio-doença. Referida indenização pode ser buscada através da chamada ação regressiva em desfavor do INSS.

Por último, em se verificando a impossibilidade da reabilitação funcional do empregado e havendo recusa da empresa em pagar salários sem obter a contrapartida da prestação de serviços, poderá o empregador, desde que não haja estabilidade provisória, promover a demissão do empregado, com o pagamento das verbas rescisórias. Nesta opção, considera-se que a alta previdenciária cessou o benefício de auxílio-doença e, portanto, o contrato de trabalho não está mais suspenso, podendo ser rescindido.

Diante do exposto, obtida a alta previdenciária, o empregado tem o dever de se reapresentar ao trabalho, sob pena de caracterização do abandono de emprego. Quanto ao empregador, este deve permitir o retorno do empregado ao trabalho, seja na mesma função em condições adaptadas.

Fato é que não se pode transferir a situação ao trabalhador, que, já enfermo, não pode ser condenado à própria sorte, ficando sem receber salário e sem qualquer remuneração que lhe garanta a sobrevivência.

Conclui-se que, diante das hipóteses possíveis para a solução, cabe ao empregador a adoção de alternativas que impeçam o empregado de permanecer no limbo jurídico previdenciário trabalhista, sob pena de, não o fazendo, arcar com o pagamento da totalidade dos salários e demais direitos por todo o período de limbo, e cumprir, assim, com sua função social.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n. 0012121-80.2015.5.15.0070. Relator: Desembargador José Pitas, Quinta Turma. Campinas, *Diário de Justiça de São Paulo*, 12 fev. 2019. Disponível em: https://pje.trt15.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=CsXQJ66D7GLfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=JHwuGxvCtkA%3D&p_num=JHwuGxvCtkA%3D&p_npaje=x. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 0002280-54.2013.5.03.0009. Relator: Marcio Flavio Salem Vidigal, Quinta Turma, *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Minas Gerais, 31 ago. 2015. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00022805420135030009>. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n. 0013697-98.2016.5.15.0062. Relatora: Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza, Segunda Turma. *Diário de Justiça*, Campinas, 17 dez. 2018. Disponível em: https://pje.trt15.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=IPr8fQn%2BZ53fN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=UgeS6Molz%2F1%3D&p_num=UgeS6Molz%2F1%3D&p_npaje=x. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 10655-82.2018.5.03.0069. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, Terceira Turma. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 19 jun. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/3748e01469b5fc1a68cc23b59e6d1cda>. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 100777-62.2016.5.01.0039. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, Segunda Turma. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/74b78d513e3f0ea6450c3e098d10a91e>. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1002150-86.2015.5.02.0241. Relator Ministro: Delaide Alves Miranda Arantes, Segunda Turma. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 21 maio 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/1151b0e0f67085f222cbd339f6900f18>. Acesso em: 09 ago. 2021.

GOES, Hugo Medeiros de. *Manual de direito previdenciário: teoria e questões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVAES, Wladimir Martinez. *CD – Comentários à lei básica da previdência social*. Brasília: Rede Brasil/LTr, fev. 1999.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 5. ed. rev. e atual. Curitiba: Alteridade, 2014.

A eficácia das mudanças legislativas no âmbito da doutrina da proteção integral: um estudo do artigo 23 do ECA¹

ANA CLARA GOMES BALBINO
CLAUDIA CAVALLINI
GIULIANA VALÉRIO
HELENA ARAÚJO LÚCIO ALMEIDA
INGRID VITORIA DE QUEIROZ
ISABELA BAPTISTA OLIVIO
ISADORA GABRIEL FERNANDES
MARCELA SCALDELAI
MATHEUS MENDES MARQUES
THAMY DE FÁTIMA SEGUNDO

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Contato: anapolacchini@uol.com.br

Resumo: Com a Constituição de 1988, a infância e a juventude ascenderam a um novo patamar de proteção no sistema jurídico brasileiro. A Convenção dos Direitos da Criança (Organização das Nações Unidas - ONU, 1989), ratificada pelo Brasil, fortaleceu essa posição, sendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) regulamentou os direitos da criança e do adolescente e instituiu um sistema de garantia de direitos. O arcabouço jurídico é robusto. Apesar desse sistema enfrentar dificuldades no que diz respeito a sua concretização, ele foi certeiro em estabelecer direitos e garantias específicos às crianças e adolescentes, para além de uma proteção generalista em direitos humanos, atribuindo-lhes, entre outras coisas, prioridade absoluta. Desde 1990, esse sistema tem passado por diversas mudanças legislativas. Essas mudanças mantêm uma relação direta com a busca de efetivação do sistema de proteção e vice e versa. As repercussões e efeitos são recíprocos e constantes. A presente pesquisa emprega esforços no estudo comparativo das mudanças legislativas pertinentes à temática dos direitos da criança e do adolescente implementadas no ECA desde a sua edição, a fim de construir uma matriz que contribua para a compreensão dos impactos que tais alterações geram na implementação da doutrina da proteção integral e voltando-se à sua eficácia. Para a tanto eleger, para a construção da mencionada matriz, as mudanças ocorridas no artigo 23 do ECA, dispositivo que aborda o direito à convivência familiar e comunitária e cujo texto passou por quatro mudanças expressas desde 1990. |

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina da Proteção Integral. Mudanças Legislativas. Artigo 23 do ECA.

Abstract: With the 1988 Constitution, childhood and youth rose to a new level of protection in the Brazilian legal system. The Convention on the Rights of the Child (United Nations - UN, 1989), ratified by Brazil, strengthened this position, and the Child and Adolescent Statute (1990) regulated the rights of children and adolescents and instituted a system of guarantee of rights. The legal framework is robust. Although this system faces difficulties with regard to its implementation, it was certain to establish specific rights and guarantees for children and adolescents, in addition to generalist protection in human rights, giving them, among other things, absolute priority. Since 1990, this system has undergone several legislative changes. These changes maintain a direct relationship with the search for the effectiveness of the protection system and vice versa. The repercussions and effects are reciprocal and constant. This research uses efforts in the comparative study of the legislative changes pertinent to the theme of the rights of children and adolescents implemented in ECA since its edition, in order to build a matrix that contributes to the understanding of the impacts that such changes generate in the implementation of the doctrine integral protection and returning to its effectiveness. To do so, for the construction of the aforementioned matrix, he chose the changes that occurred in article 23 of the ECA, a device that addresses the right to family and community coexistence and whose text has undergone four express changes since 1990.

Keywords: Statute of the Child and Adolescent. Doctrine of the integral protection. Article 23 of the ECA.

Introdução

Crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos. Essa afirmação pode parecer óbvia na atualidade, mas seu reconhecimento e o sentido que emprega são resultado de um processo histórico complexo, repleto de significados, buscas, normas, agentes, movimentos sociais, estigmas.

¹ Este artigo é baseado na pesquisa “Estatuto da Criança e do Adolescente como paradigma regulatório: um estudo comparativo das mudanças legislativas ante a doutrina da proteção integral”, desenvolvida pelos discentes ao longo do ano de 2020, com o auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, (PESQDIR2020819).

Tendo por base a condição de sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento foi construído um sistema jurídico especial de proteção, denominado de doutrina da proteção integral. Esta doutrina estabelece direitos e modos de proteção e promoção da infância e juventude, prescreve deveres à família, sociedade e Estado e institui que diversos agentes assegurem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de crianças e de adolescentes e que estes participem ativamente desse processo.

Para Ishida, a doutrina da proteção integral é “baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes. Foi anteriormente prevista no texto constitucional, no art. 227, instituindo a chamada prioridade absoluta”². Esse sistema de garantia, estabelecido em 1990 e em constante construção, constitui novos paradigmas de tutela dos direitos da criança e do adolescente, fixa responsabilidades, institui princípios e normas.

Do ponto de vista normativo (formal) foi positivado a partir de um arcabouço jurídico consistente, composto de normas alinhadas entre si, quais sejam: a Constituição Federal em 1988, a Convenção dos Direitos da Criança em 1989 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 (ECA, Lei 8.069/90)³. Além, dessa base normativa estrutural, outros dispositivos foram acrescentados posteriormente.

Tratava-se (e trata-se) de um novo marco regulatório para a infância e juventude no Brasil, amparados na proteção e promoção dos direitos humanos aos seus destinatários. Naquele momento (década de 1990) o Brasil passava a adotar formalmente princípios e regras, propor institutos, estabelecer ferramentas e definir órgãos, agentes e competências para fazer valer a doutrina da proteção integral, com caráter universal.

Essa doutrina propunha uma virada: a superação do paradigma anterior que tratava a infância e juventude a partir da restrição de direitos e da discriminação. Esta nova doutrina se insere no contexto geral de debate dos direitos humanos e também de especificação de direitos a grupos específicos.

Os direitos humanos são aqueles direitos indispensáveis ao desenvolvimento da vida humana, decorrem de um processo histórico e são fundados na liberdade, igualdade e dignidade⁴. Daí que os direitos da criança e do adolescente estão inseridos no contexto de criação e efetivação dos direitos humanos e como sujeitos peculiares também recebem especial proteção e protagonismo.

Importante ressaltar, ainda, que a proteção jurídica é resultado de um processo histórico e que ao ser instituída passa a produzir os mais variados efeitos na sociedade. A doutrina instituída e o sistema que passava a ser construído tinha objetivos e propunha novas bases, novos rumos e a solução de questões estruturais de caráter social, econômico, político e decorrentes desse movimento histórico.

Nesse sentido, abordar esse sistema e a sua implantação demanda também uma reflexão sobre a sua eficácia. A eficácia refere-se, para Sabadell, à “análise das repercussões sociais de uma norma jurídica”⁵.

Ao tratar de repercussões e efeitos, pensamos em quaisquer efeitos, inclusive a efetivação das normas jurídicas, que é o que se espera em relação ao Sistema de Garantia de Direitos. Com efeito, as normas produzem efeitos na sociedade e, por sua vez, a sociedade causa repercussões nas normas. Diversos são os fatores que interferem na produção de normas jurídicas e na sua aplicabilidade.

² ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 17. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2016. p. 23.

³ BRASIL. *Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. p. 29.

⁵ SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 7 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 57.

Desde 1990 o ECA, além de repercutir na sociedade e buscar sua efetivação, tem também passado por muitas mudanças formais em seu texto. Este artigo tem por objetivo discutir a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e o movimento legislativo que a constituiu e que a tem modificado desde a edição do ECA, e contribuir para o modo como essas mudanças possam ser compreendidas. A pesquisa é bibliográfica e documental e faz uso da doutrina e de documentos normativos para a análise do objeto de estudo.

A mencionada contribuição tem por referência a discussão da eficácia do ECA e da doutrina da proteção integral para pensar as condições das mudanças implementadas, se motivadas pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente ou não. Para tanto, figura entre os objetivos a delimitação de parâmetros para orientar a análise, de modo a configurar uma matriz que sirva de referência para a abordagem das mudanças legislativas de quaisquer dispositivos do ECA.

As mudanças analisadas consideram o disposto no artigo 23 do Estatuto, e adota parâmetros que possibilitarão a categorização, de acordo com a natureza jurídica da modificação, das leis que alteraram o ECA durante os últimos 30 anos e de todos os seus demais dispositivos.

Fundamentados em uma matriz de análise que tem por referência a mencionada categorização, esses critérios destinam-se a um resultado em abordagem quanti-qualitativa, com a finalidade de demonstrar quantas mudanças foram feitas ao longo dos anos, bem como descrever suas características e efeitos na implementação dos direitos e garantias.

O método utilizado é inicialmente o dedutivo para descrever a legislação aplicável, passando, em seguida, para a hermenêutica compreensiva de Hans-Georg Gadamer⁶, para compreender tanto a lei, quanto os conceitos aplicáveis e estabelecer condições para avaliar um aspecto do processo histórico de implementação do ECA.

Gadamer promove uma hermenêutica compreensiva que revela uma experiência de mundo⁷. O posicionamento hermenêutico é tanto método de análise como modo de se situar diante do ECA e do conteúdo proposto para reflexão.

Sendo assim, este artigo promove, simultaneamente uma abordagem hermenêutica da norma, como também do modo como os direitos da criança e do adolescente podem ser pensados e evidencia o paradigma regulatório da doutrina da proteção integral, como ele surge, permeia a trajetória da implantação do ECA e se mantém presente a cada nova mudança legislativa.

Para Zapater, “contextualizar o estudo do Direito da Criança e do Adolescente significa examinar o processo pelo qual essas relações foram construídas, reconhecidas e ressignificadas”⁸ passíveis de regulação por normas jurídicas, mas para além das normas sociais e morais. Assim delinea o processo histórico de construção da doutrina da proteção integral e compreende o mencionado princípio à luz desse processo, analisa conceitualmente os institutos previstos no Estatuto da Criança, descreve e avalia o contexto das mudanças legislativas implementadas no artigo 23 do ECA à luz dessa mesma doutrina da proteção integral.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária pretendia, inicialmente mapear a situação de crianças e de adolescentes institucionalizadas em abrigos. A ampliação do debate e sua democratização permitiram a construção de um plano que versasse sobre o direito à convivência familiar e comunitária procurando desconstruir estigmas e preconceitos já criados e apontar conceitos e ações a serem desenvolvidas para o enfrentamento de vulnerabilidades⁹.

⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. v. 2.

⁷ Destaca-se que Gadamer é influenciado por Martin Heidegger e Reinhart Koselleck. Vide: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004; e KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução de Wilma Patrícia Mass e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraoponto/Puc Rio, 2006.

⁸ ZAPATER, Maira. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 17.

⁹ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília, DF: Conanda, 2006.

Método, eficácia e mudanças legislativas

O ECA é uma lei ordinária, cuja alteração se dá, em termos da Constituição Federal, por maioria simples. O Estatuto, desde a sua edição em 1990 tem passado por diversas alterações, especialmente a partir do século XXI. Em média tem sido, pelo menos, uma alteração expressa ou indireta anual. Essas alterações tanto são inseridas no contexto de busca de efetivação da doutrina da proteção integral, como também pode ter por referência o caráter heterônomo das perspectivas e valores de todos os envolvidos, para modificar os rumos estabelecidos por esta doutrina.

Nas palavras de Zapater “para um estudo crítico que permita reflexões e inovações na solução de problemas sociais pela via do Direito é preciso antes de mais nada, conhecer a realidade que as normas jurídicas pretendem regulamentar”¹⁰.

Nesse sentido, a noção de história de Reinhart Koselleck é utilizada para quem a compreensão do contexto social e político são indispensáveis para se estabelecer o processo histórico. Segundo Reinhart Koselleck¹¹, conceitos concentram uma experiência histórica mesmo sendo polissêmicos.

A mudança legislativa será avaliada segundo critérios previamente estabelecidos, seja de caráter técnico-formal ou material. Compreender o movimento do legislador e mapeá-lo para inserir esse processo no movimento de construção dos direitos da criança e do adolescente contribui no estudo da eficácia da doutrina da proteção integral.

No campo da sociologia jurídica utiliza-se a noção de eficácia de Ana Lúcia Sabadell, que aborda a eficácia em três perspectivas: efeitos da norma, eficácia propriamente dita e pela adequação interna¹². Os efeitos se implicam em “qualquer repercussão social ocasionada por uma norma jurídica”¹³. A eficácia, no “grau de cumprimento da norma dentro da prática social”¹⁴, seja de modo espontâneo ou por uma intervenção coercitiva. A adequação interna trata “da capacidade da norma em atingir a finalidade social estabelecida pelo legislador”¹⁵.

Avaliar as mudanças legislativas deve levar em consideração o processo histórico em uma abordagem hermenêutica. Nessa esteira, destaca-se o papel da hermenêutica como instrumento adequado para extrair do texto da lei o mais correto sentido, e promover assim a mais assertiva aplicação e efetividade do direito positivo. Segundo Hans Georg Gadamer, “(...) nós interpretamos um texto à luz de nossos preconceitos; e se uma interpretação nossa se choca contra o texto, devemos procurar substituí-la por outra interpretação - mais adequada. A tarefa hermenêutica é uma tarefa possível e infinita”¹⁶.

Ao tratar dos preconceitos, Gadamer se refere à pré-compreensão, uma visão prévia que acompanha as pessoas, que deve ser reconhecida e também repensada nesse processo. Esse processo constitui um jogo composto pela visão prévia de mundo, mas também de conceitos, de fenômenos, da história e da linguagem. A experiência de mundo se revela em um jogo no processo de interpretação, a linguagem representa esse mundo, as visões dela carregadas.

Seja a linguagem da lei, seja dos modos de manifestação e comunicação das pessoas, o pensar crítico e interventivo da filosofia e da hermenêutica, deve considerá-la¹⁷.

O contexto social e político integra o processo histórico que interfere na compreensão e os conceitos carregam essa compreensão histórica¹⁸. A opinião prévia interfere nessa compreensão e a

¹⁰ ZAPATER, op. cit., p. 17.

¹¹ KOSELLECK, op. cit., p. 109.

¹² SABADELL, op. cit., p. 64-65.

¹³ SABADELL, op. cit., p. 64.

¹⁴ SABADELL, op. cit., p. 64.

¹⁵ SABADELL, op. cit., p. 65.

¹⁶ GADAMER (1999) apud GUSMÃO, José Lucas Omena; PALMEIRA, Lana Lisiêr de Lima; LIMA, Walter Matias. A hermenêutica filosófica de Gadamer e sua contribuição para o cenário educacional. *Filosofia e Educação*, v. 10, n. 2, p. 379-405, out. 2018. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rfe/article/view/8652454/18698>. Acesso em: 20 abr. 2020.

¹⁷ GADAMER, op. cit., p. 97.

¹⁸ KOSELLECK, op. cit., p. 109.

legitimidade dessa posição deve ser questionada, indagando sua origem e validade.

Considerando a hermenêutica compreensiva como método implica em pensar no ECA enquanto elemento, em sua dimensão histórica e na complexidade do jogo da linguagem e das visões prévias.

Importante considerar o disposto no artigo 6º do Estatuto, uma vez que se trata de dispositivo de referência para o intérprete, seja um agente na garantia de direitos da criança e do adolescente, seja para a sociedade civil em geral¹⁹. O artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) traz a seguinte redação:

“Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Observa-se que este dispositivo do ECA apresenta uma orientação ao intérprete da lei, indicando o modo de compreensão e de aplicação do Estatuto. Assim considerando, cumpre voltar-se ao artigo 6º, para toda e qualquer aplicação do ECA.

Nesse sentido, nota-se que o legislador, ao prever no artigo 6º o modo como se deve interpretar o ECA, não o faz só por uma questão formal ou como mero adorno ao dispositivo, mas sim, busca garantir, de maneira responsável, que princípios e direitos elencados no Estatuto sejam devidamente observados e assegurados, visto que, conforme assinalou Gadamer, o exercício da interpretação carrega vícios pessoais de quem o realiza, e por isso devem ser postos de lado, dando espaço a uma hermenêutica consciente e pautada nos valores a que o texto se destina.

A tarefa do intérprete inclui detalhar os sentidos que envolvem os elementos do mencionado artigo, e para isso é preciso individualizar os termos ali contidos, sem se limitar a letra que o identifica, mas voltando-se à linguagem carregada de conceitos e de história, bem como a legitimidade das visões prévias que o próprio estatuto tentou superar. Na primeira parte destaca-se “o fim social é o de proteção integral da criança e do adolescente e o bem comum é o que atende aos interesses de toda a sociedade. Os direitos e deveres individuais e coletivos são elencados no ECA, relativos à criança e ao adolescente”²⁰.

A condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, última parte do trecho, também se relaciona com a proteção integral, uma vez que essa condição peculiar é pressuposto basilar do princípio constitucional da prioridade absoluta, previsto no artigo 227, da Constituição Federal.

Por sua vez, essa especial condição de estar em desenvolvimento, significa que criança e adolescente são mais vulneráveis do que os adultos, justamente por estarem vivendo, na infância e na juventude, um processo de formação humana, que envolve aspectos físicos, psíquicos, emocionais, sociais e até mesmo culturais. Nessa fase da vida, essas questões necessitam de cuidado e atenção especial, e em decorrência disso, esse fator deve ser norteador na interpretação do ECA.

É preciso ainda compreender um pouco do processo histórico de evolução em que os direitos da criança e do adolescente estão inseridos. Afinal, há um motivo bastante interessante a ser considerado que levou a Lei 8.069/90 incluir o artigo 6º em seu bojo. O Brasil, no final da década de 80, passou por muitas transformações e conquistas sociais, dentre elas está a promulgação da Constituição Federal de 1988, e do próprio ECA em 1990.

Reunidos, esses dois diplomas formaram a doutrina da proteção integral, resgatando os jovens e as crianças de uma situação irregular atribuída pelo Estado, e elevando-os à digna posição de

¹⁹ GADAMER, op. cit., p. 403.

²⁰ ISHIDA, op. cit., p. 21.

sujeitos de direito. A inovação legislativa revelou uma verdadeira transfiguração das crianças e adolescentes, os quais passaram a possuir direitos fundamentais e garantias constitucionais nunca antes visto.

A visão prévia, a pré-compreensão no processo hermenêutico, pode estar atrelada ao processo histórico ainda não superado das visões constituídas nas leis anteriores. Parte dessa visão vem associada aos estigmas sociais atribuídos às crianças e adolescentes e suas famílias, especialmente subjugados e categorizados no Brasil.

O Código de Menores de 1979 referia-se à um ‘direito do menor’ e à doutrina da situação irregular, amparada na concepção criança e de adolescente como objeto e na noção vigilância e isolamento. Houve de fato uma mudança de paradigma no que se trata aos direitos das crianças e adolescentes, isso porque a doutrina da proteção integral não se resume a uma previsão legal, onde se estatui direitos. Ela vai além, estipula agentes para atuarem nesse novo cenário, atribui funções e responsabilidades não só ao Estado, mas também à família e sociedade. A doutrina da proteção integral e o sistema de garantia dos direitos de crianças e de adolescentes altera o caráter das ações de cuidado das crianças e adolescentes com a instituição de Políticas Públicas. Cria mecanismos mais eficientes, que priorizem de forma absoluta as crianças e adolescentes, e por fim, os insere no contexto jurídico e político-social do país. Ao menos, é o que se depreende das lições da Professora e Promotora de Justiça, Andréia Rodrigues Amin:

“A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão preestabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. [...] Apesar de o art. 227 da Constituição da República ser definidor, em seu *caput*, de direitos fundamentais, e, portanto, ser de aplicação imediata, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral”²¹.

Essa reflexão é compatível com o ECA, pensado em sua integralidade, tal como remete o artigo 6º ao se referir aos fins sociais da lei. Portanto, a imposição dada pelo referido artigo 6º, não se limita a questões de exegese literal e apenas textual, mas também busca o sentido das palavras ante a preservação dos avanços e das conquistas quanto aos direitos das crianças e dos adolescentes.

O artigo 6º do ECA, assim como muitas disposições fixadas nas partes gerais de leis, parece não ter muito valor, ou ser somente uma formalidade, há quem diga até que é norma verborrágica. Mas na verdade, o que se denota desse artigo, quase que inaugural do ECA, é uma ferramenta vultuosa que zela por todo o Estatuto e funciona praticamente como uma mão invisível a auxiliar na condução dos direitos das crianças e adolescentes e é espelho da doutrina da proteção integral.

De fato, a tarefa de interpretar a lei, e consequentemente de aplicá-la, não é nenhum pouco simples, ao contrário, é um exercício que demanda muito esforço. O artigo 6º representa um diferencial no ECA, pois antecipa e, de certo modo, condiciona a atividade da interpretação. Assim sendo, notadamente esse dispositivo acaba por refletir além da interpretação, alcançando o próprio legislador. Isso porque, qualquer inovação legislativa provocada no ECA, seja para acrescentar quanto para suprimir artigos, deveria perseguir os elementos apontados pelo artigo 6º, ao menos é o que se espera de quem possui a função legiferante.

²¹ AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 61-62.

Doutrina da proteção integral

O processo de concretização da ideia de indivíduos como sujeitos de direitos inicia-se no século XVIII, na passagem para a modernidade, a partir das revoluções liberais que trouxeram consigo mudanças nos campos político, cultural, social e econômico, fundamentadas no iluminismo. Desde então, o reconhecimento do “eu” único e, ao mesmo tempo, semelhante aos outros alavanca a conformação das primeiras declarações de direitos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Máira Zapater enxerga a denominação de *sujeito de direitos* de forma que:

“[...] é o termo que designa a pessoa reconhecida pelo Direito enquanto tal e, assim sendo, suas características dependerão de como o Direito (e, portanto o Estado que produz esse Direito) a descreve. Mas *sujeito* é também o autor da ação, é aquele que age, o protagonista da narrativa: dessa forma, quando o Direito nomeia e descreve o sujeito, tem-se que o Estado está a reconhecer quem são as pessoas consideradas autoras de suas ações e protagonistas de suas existências [...]”

Há de se pensar que, a partir destas declarações, as crianças e os adolescentes seriam reconhecidos como tal, visto que se encaixam e, assim, fazem parte das constatações promovidas pelo novo pensar. No entanto, de início, os privilégios oferecidos somente trocaram as faces de seus destinatários e, mais uma vez, as crianças e os adolescentes não foram ali inseridos. Entre os séculos XIX e XX, desde que o trabalho passa a necessitar de deslocamentos maiores, a família passa a ter dificuldade para administrar de perto o desenvolvimento de seus filhos e suas respectivas educações em prol da formação dessa nova mão de obra e, dessa forma, aqueles transformam-se, para a sociedade, em possíveis abandonados e infratores.

Neste momento, a figura da proteção da sociedade contra os “menores infratores” começa a preencher as normas e as leis em relação ao nicho infanto-juvenil, sendo este apenas um objeto de tutela dos adultos e que somente serão contemplados com a intervenção do Estado quando impuserem riscos à ordem social.

Tão somente com o término da Segunda Guerra Mundial (1945) e, após isso, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o panorama dos direitos humanos inicia a sua mudança. Com novos papéis distribuídos pelo novo paradigma pós-guerra, a necessidade de se estabelecer tratamento jurídico e, principalmente, promover os direitos inerentes a cada um, ajudaram para que a criança e o adolescente fossem vistos como sujeitos de direito.

No Brasil, é possível perceber o tratamento do “menor infrator” quando se percebe que, desde a colonização, a imputabilidade penal, isto é, a possibilidade de se responsabilizar uma criança ou um adolescente por um crime, era de 7 (sete) anos de idade, fato que oscilou durante o período imperial. É neste período, ainda, que há a política de recolhimento instaurada, tanto para isolar as crianças das práticas culturais “bárbaras” dos indígenas, quanto para acolher órfãos e expostos abandonados em igrejas, conventos e residências.

É durante a República que a Doutrina do Direito do Menor, fundada no equilíbrio entre a carência de recursos e a delinquência, sob decreto publicado em 1926, formando o primeiro Código de Menores do Brasil que versava sobre os infantes expostos e menores abandonados. A família, segundo tal doutrina, era o agente incumbido de suprir as necessidades das crianças e dos adolescentes.

Após a Constituição de 1937 percebe-se certos avanços sociais, como a criação do Serviço de Assistência ao Menor (SAM), órgão voltado para o atendimento de menores infratores e desfavorecidos. No entanto, na mesma época, a tutela da infância caracterizava-se pelo regime de internação, quebrando até mesmo vínculos familiares, fato que evidencia a prioridade de corrigi-los em detrimento de acolhê-los.

O golpe militar que ocorreu na década de 1960 colaborou para manter a doutrina da situação irregular, ao passo que as políticas criadas anteriormente na prática não produziram efeitos. Concretiza-se, dessa forma, a doutrina da Situação Irregular com o advento do novo Código de Menores publicado em 1979, época na qual a internação e a segregação dos menores eram vistas como a única solução.

A doutrina da Situação Irregular, diferentemente da doutrina da proteção integral, detinha como principal ação a segregação da criança ou adolescente de sua família natural e, após isso, o encaminhamento para internatos ou institutos de detenção, quando era o caso. O art. 2º do Código de Menores de 1979 delimita quais são as situações que são consideradas irregulares:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de
a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
VI - autor de infração penal.

Tratava, simplesmente, da consequência das situações acima presentes, não delimitava ações necessárias para evitar, para prevenir que acontecessem, a população infanto-juvenil era objeto de proteção, não sujeito de direitos. O que ocorreu após a promulgação da Constituição Federal de 1988 por via de seu artigo 227 e a ratificação da Convenção sobre os direitos da criança em 1990 positivam e dão início a doutrina da proteção integral, fato que será concluído com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

A doutrina da proteção integral, já disposta no artigo 1º do ECA, adota três princípios gerais: o princípio da prioridade absoluta, o princípio do superior interesse e o princípio da municipalização.

O princípio da prioridade absoluta, presente no artigo 227 da Constituição e nos artigos 4º e 100, parágrafo único, II do ECA, estabelece preferência em relação às crianças e os adolescentes em todas as esferas de interesse e esta deve ser assegurada por todos, a família, a sociedade, e pelo Estado.

O princípio do interesse superior da criança e do adolescente, adotado pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e, ainda, presente no Código de Menores, no entanto, sob a égide da doutrina da situação irregular. É o princípio orientador tanto para o legislador quanto para o executor, determinando a prioridade das crianças e dos adolescentes como critério de interpretação da lei, frente a conflitos e para a determinação de novas normas.

E, por fim, o princípio da municipalidade, segundo Andréa Rodrigues Amin, foi o meio pelo qual “A Constituição da República descentralizou e ampliou a política assistencial”²², delimitando atribuições para a esfera estadual e municipal no que tange a política assistencial.

A Declaração de Genebra, criada em 1924, constitui-se no primeiro instrumento normativo de âmbito internacional de tutela de proteção especial à criança, já contendo, conforme lembra Lins e Silva “determinação no sentido de proteção a toda e qualquer criança, sem qualquer tipo de discriminação, prevendo, ainda, que todas elas devem ser auxiliadas e colocadas em plenas condições

²² AMIN, op. cit., p. 61-62.

de possuir um regular desenvolvimento.”²³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, inclui a criança e o adolescente ao enunciar direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais a todos os seres humanos, e apesar de não mencioná-los específica e exclusivamente, dispõe em seu artigo 25 que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social²⁴.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, faz referência, exclusivamente a criança em seu artigo 24, reiterando a proteção da criança, “sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento”, já atribuindo a responsabilidade de assegurar-lhes direitos à família, sociedade e Estado.

Já, no âmbito do Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, também de 1966, expressa no artigo 10º a necessidade de adoção de “medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou por qualquer outra condição.” Do mesmo modo, faz considerações acerca do enfrentamento do trabalho infantil.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado internacional celebrado entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos. Dispõe, com notória importância relativa à proteção internacional da criança e do adolescente, o artigo 19, que *in verbis* estabelece que toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado²⁵.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, um tratado internacional adotado pela ONU em 1989, por sua vez, abarca o entendimento do desenvolvimento integral da criança, assumindo-a como sujeito de direito, demandando absoluta prioridade e proteção integral.

No seu preâmbulo, procurou declarar que tanto a infância como a família, têm direito a cuidados e assistências especiais, enxergando essa, como um pilar para o desenvolvimento da criança. Ainda, no que concerne à comparação dos dispositivos ao artigo 23 do ECA, a Convenção preconiza no seu artigo 9º, que os “Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos”, excetuando apenas as hipóteses em que tal separação se faz necessária ao interesse maior da criança, como por exemplo, em casos de maus tratos ou descuido por parte de seus pais.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, também conhecida como a Constituição Cidadã, elencou, por meio de seu artigo 6º, os direitos sociais a serem protegidos pela Carta, como “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”.

Destarte, enuncia a doutrina da proteção integral, que se baseia na proteção total e prioritária dos direitos infanto-juvenis, tendo em seu artigo 227 a melhor síntese da Convenção da ONU de 1989, considerando:

²³ SILVA, Paulo Lins. Os tratados internacionais de proteção às crianças e aos adolescentes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias nossas de cada dia*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, pp. 515-524, p. 517. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/254.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Aprova a Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

²⁵ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 12 mar. 2020.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão²⁶.

Com isso, Maciel aduz, que na Constituição Federal de 1988, “a responsabilidade em assegurar o respeito a esses direitos foi diluída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em uma perfeita cogestão e corresponsabilidade”²⁷, assumindo, portanto, seu caráter assistencialista e garantindo a efetiva proteção da infância e juventude.

No entanto, embora a aplicação imediata do artigo 227, da referida constituinte, “coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.”

O Direito à convivência familiar e comunitária e o artigo 23 do ECA

O artigo 23 do ECA está situado no capítulo III do ECA, que é voltado ao direito à convivência familiar e comunitária. O mencionado artigo explicita os motivos que não podem ensejar a retirada da criança e do adolescente do convívio familiar.

Ishida define o direito da convivência familiar como “direito fundamental da criança e do adolescente viver junto de sua família natural e secundariamente à sua família extensa”²⁸. Inclusive, o artigo 19 do ECA institui o *locus* preferencial de permanência da criança e do adolescente na família.

A família natural é definida como aquela originada dos genitores biológicos, sendo definida no artigo 25 do ECA. Por sua vez, a família extensa refere-se ao grupo maior, formado por parentes com afinidade e afetividade²⁹.

Ishida ainda afirma que se trata de “uma ampliação do previsto no art. 9º da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) que prevê o direito da criança em não ser separada dos pais contra a vontade dela”³⁰.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária³¹ explicitou conceitualmente um movimento peculiar brasileiro. Tanto o de conceitos formados em razão de necessidades históricas, como o de família extensa³², por exemplo; como evidenciou aspectos da realidade nacional: o fato de que crianças e adolescentes eram afastados de suas famílias em razão da pobreza e de seus desdobramentos e, privados da família refletiam a omissão do Estado, a estigmatização e culpabilização de famílias.

No Brasil, é notória a quantidade de famílias desassistidas pelo Poder Público, que por carência de condições materiais, acabam restringindo direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes. Contudo, em contraposição ao Código de Menores, que consolidou a doutrina da situação irregular, conforme afirma Maciel, o referido artigo 23 do ECA, tem como finalidade vedar que o poder familiar seja destituído quando essa omissão ou negligência de direitos fundamentais, esteja relacionado tão somente à ausência de recursos materiais. O artigo 23 atualmente dispõe que:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá

²⁶BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

²⁷ MACIEL, K. R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58.

²⁸ ISHIDA, op. cit., p. 45.

²⁹ Idem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Brasil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Brasília-DF: Conanda, 2006.

³² Idem, p. 26.

obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. (Redação dada pela Lei nº 13.257 de 2016)

§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. (Redação atual dada pela Lei nº 13.715 de 2018).

A atual redação do artigo, em sua integralidade, reforça o direito de permanência da criança e do adolescente na família e o dever de todos em fazer efetivar esse direito, cabendo ao Estado adotar medidas para proteger as situações de vulnerabilidade e de risco a que a entidade familiar está exposta³³.

Existe o questionamento sobre a vulnerabilidade social e a pobreza serem o mesmo assunto, mas não, primeiramente deve-se ficar ciente que ambos os assuntos são diferentes e que se conectam um ao outro durante o percurso, pois um se diz respeito a uma influência da sociedade no convívio social de pessoa por algum questionamento e outro se diz respeito a uma consequência e fato. A palavra vulnerabilidade se deriva da palavra de origem latina *vulnus (eris)* que significa “ferida”, sendo assim, a vulnerabilidade se define como algo de se ser ferido, o termo pode assumir diferentes especificações variando conforme o contexto que se encontra. A vulnerabilidade social por si se compõe por diversos fatores históricos que se abalroam a um grupo de pessoas desprotegidas ou institucionalizadas como órfãos, prisioneiros, idosos e pessoas consideradas de classe muito inferior³⁴, um desses fatos vêm da exclusão social no qual uma parcela da população leva questões históricas, raciais, orientações sexuais e questões de gênero para o convívio social, criando um impasse nas relações sociais.

Uma definição que pode-se usar na vulnerabilidade são os parâmetros de inserção econômica e social, que se caracteriza pelo acesso à renda por meios informais devido a inserção precária no mundo do trabalho, a fragilidade nos vínculos familiares e sociais que afetam diretamente as crianças e adolescentes que convivem nesse meio, tendo em vista que as famílias têm encontrado grandes dificuldades para cumprir as tarefas básicas de proteção e suporte social aos seus membros mais frágeis e dependentes, ocasionando em determinados casos a destituição familiar.

O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, nos abrigos, em 2020, tinham 34,8 mil crianças e adolescentes, sendo que a maioria destes possuíam famílias com vínculos³⁵. No Brasil, segundo o IBGE, em 2019, quase 52 milhões de brasileiros vivem na pobreza, sendo que em momentos de preocupação mundial como a pandemia do Coronavírus, é desencadeada ainda mais a crise socioeconômica³⁶.

Além disso, conforme a pesquisa Impactos Primários e Secundários da COVID-19 em Crianças e Adolescentes com 1.516 entrevistas, realizada pela UNICEF entre outubro de novembro de 2020, cerca de 69% das famílias afirmaram que tiveram cortes em sua renda, e 15% entre eles afirmaram ter perdido toda a fonte de renda³⁷.

³³ ZAPATER, op. cit., p. 106.

³⁴ NEVES, M. *Patrão*. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966/6538>. Acesso em: 21 abr. 2021.

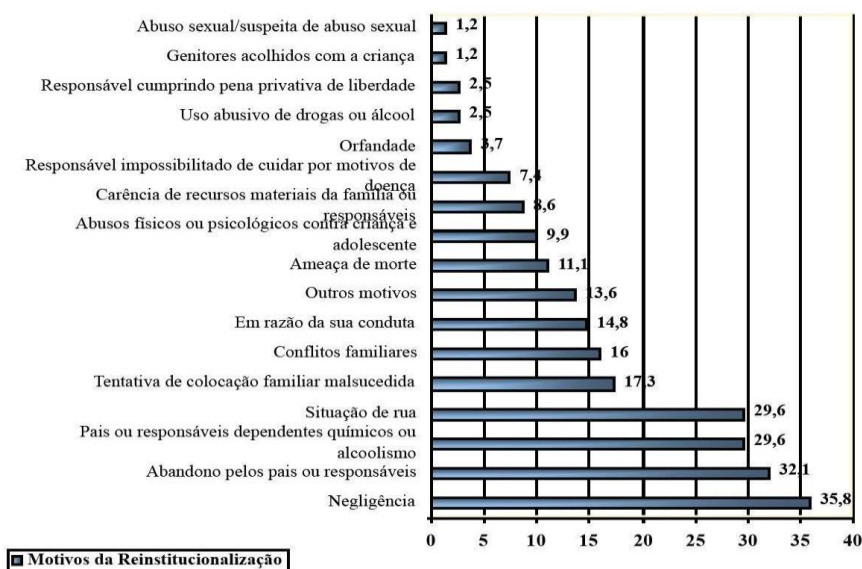
³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento* (SNA). Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8cd9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 07 fev. 2021.

³⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020* / IBGE. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

³⁷ UNICEF BRASIL; IBOPE INTELIGÊNCIA. *Impactos primários e secundários da COVID-19 em crianças e adolescentes*. Agosto de 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/9966/file/impactos-covid-criancas-adolescentes-ibope-unicef-2020.pdf>. Acesso em: 07 fev 2021.

O Brasil é um dos dez países mais desiguais do mundo, nos termos do Índice de Gini. Segundo o índice que mede a desigualdade da distribuição de renda de um país de zero (igualdade) a um (desigualdade), o Brasil se encontra com 0,543 em 2019³⁸.

Gráfico 1 - Levantamento Nacional de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento no Brasil³⁹



Segundo o Gráfico 1, do Levantamento Nacional de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento no Brasil, o maior motivo é a negligência, fundamentada na prática pela carência de recursos materiais. Portanto, a carência de recursos materiais ainda é motivo para a destituição do poder familiar, mesmo já tendo sido fundamentada pelo ECA.

O artigo 23, ainda, para combater expressamente situações que majoritariamente ensejaram a retirada da família. É possível formular essa conclusão uma vez que a redação original do dispositivo era mais simples ao não apontar ou destacar motivos específicos que não poderiam retirar a criança e o adolescente de sua família e estabelecer o dever estatal de incluir as famílias vulneráveis em programas específicos. Dispunha o artigo 23 em 1990:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

A criança e o adolescente tem o direito à um vínculo afetivo saudável com a família e com a sociedade; uma boa passagem na infância; o acesso à educação, saúde, lazer, cultura, alimentação; e

³⁸ NERI, Marcelo C. *A escalada da desigualdade: qual foi o impacto da crise sobre a distribuição de renda e a pobreza?*. Rio de Janeiro, RJ: FGV Social, 2019. Disponível em: <https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/A-Escalada-da-Desigualdade-Marcelo-Neri-FGV-Social.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

³⁹ PAIVA, Ilana Lemos de; MOREIRA, Tabita Aija Silva; LIMA, Amanda de Medeiros. Acolhimento institucional: famílias de origem e a reinstitucionalização. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 02, 2019, p. 1405-1429. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40414>. Acesso em: 05 fev 2021. p. 1419.

recursos mínimos para sua sobrevivência entre outros bens que todo ser humano necessita, contudo, muitas famílias não possuem recursos para manter isso a seus dependentes e nesse momento o Estado possui o dever de garantir programas e serviços oficiais, apoio e promoção da família conforme prevê o artigo 129, inciso I do ECA.

Tais programas de apoio sociofamiliar devem perseguir o objetivo do fortalecimento da família, estabelecendo, um plano promocional da família que auxilie nas soluções para os problemas enfrentados, as abrangências dos programas devem seguir no intuito da superação de vulnerabilidades decorrentes da pobreza e privação; o fortalecimento de vínculos familiares e de pertencimentos sociais fragilizados; o rompimento de ciclos de violência nas relações intrafamiliares, a orientação aos familiares sobre o exercício das funções parentais, como o cuidado e proteção aos menores no decorrer de seu desenvolvimento, mantendo sempre uma abordagem reflexiva e dialógica. Desde então ocorreram quatro mudanças no dispositivo: Lei 12.010/2009, Lei 12.962/14, Lei 13.257/2016 e Lei 13.715/18.

A substituição da expressão pátrio poder pela expressão poder familiar se deu por via da lei 12.010/2009. Nesse caso, a substituição das expressões foi uma forma de corrigir expressamente a redação do texto para garantir a igualdade jurídica entre homens e mulheres, algo já estabelecido na Constituição Federal de 1988, e no Código Civil de 2002.

Zapater afirma que “pátrio poder era a expressão utilizada no Código Civil de 1916, em seu artigo 318 que estipulava que o pátrio poder seria exercido pelo marido, sendo a mulher mera colaboradora, prevalecendo legalmente a decisão do pai em caso de divergências”⁴⁰.

Sendo substituído por poder familiar, que segundo Zapater é descrito como um direito-função dos pais ou responsáveis, correspondente ao complexo de deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste, conforme regulamentado pelo artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴¹:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Os motivos se dão em razão, principalmente, em função da mudança no *status* da mulher, que deixou de ser incapaz quando se casa. Assim, a família não mais se compreende como um núcleo no qual o pai é o único detentor do poder sobre todos. Além desta circunstância, também devemos considerar o fato da aquisição e reconhecimento de direitos aos filhos menores, às crianças e aos jovens em geral.

A lei nº 12.962, de 2014 acrescentou um parágrafo ao artigo. com vistas a assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, de modo a garantir a participação dos mesmos no processo de desenvolvimento dos filhos, ainda quando afastados do lar.

Desta forma, o dispositivo destaca que a perda do poder familiar não é automática, o que é compatível com o ECA. O novo parágrafo, de acordo com o Parecer apresentado pela Deputada Teresa Surita, nos moldes do voto da relatora Deputada Rosinha da Adefal,

⁴⁰ ZAPATER, op. cit., p. 103-104.

⁴¹ ZAPATER, op. cit., p. 104.

desvincula a condenação criminal do pai ou da mãe à destituição do poder familiar, caso não exista outro motivo que, por si só, autorize a decretação da medida.” Assim, com “exceção da hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha, os pais privados de liberdade têm o direito de manter o poder familiar”⁴²

O referido § 2º aprimora o direito de defesa do poder familiar, permitindo a continuidade do vínculo entre pais e filhos, mesmo quando os primeiros se encontram privados de sua liberdade. Mostra-se em

plena consonância com o Princípio universal do “melhor interesse da criança” (artigo 3º, inciso I, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ratificada pelo Brasil em 1990), o Princípio constitucional da prioridade absoluta a crianças e adolescentes e o direito fundamental à convivência familiar, expressos no artigo 227, da Constituição Federal⁴³.

Consensualmente, Zapater menciona:

“O artigo do ECA, alterado pelo Marco Legal da Primeira Infância e da Lei 12.962/2014, ganhou nova redação. As alterações mencionadas evidenciam a intenção do legislador de não discriminar famílias que estejam em vulnerabilidade social, ou que tenham pessoas em situação de dependência química, ou mesmo em cumprimento de pena privativa de liberdade, determinando que esses fatores não podem fundamentar de per si a separação de pais e filhos e propondo outras alternativas de solução pela atuação do Poder Público por meio de programas sociais.”

A Lei nº 13.257, de 2016, alterou a expressão final “programas oficiais de auxílio” por “programas oficiais de proteção, apoio e promoção”, presentes no §1º do artigo 23 do ECA. Tal mudança foi proposta por substitutivo oferecido ao PL 6998/2013, com a emenda aditiva 18/2014, já que a proposta original do projeto continha os termos “programas oficiais de serviços”.

A justificativa para a alteração foi o aperfeiçoamento da redação do texto original, que substituiu a expressão “programas oficiais de serviços” por “programas oficiais de proteção, apoio e promoção”, de modo a atualizar o ECA pelos novos termos consolidados no Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária⁴⁴.

A Lei nº 13.715, de 2018, que dispõe sobre a perda do poder familiar em caso de feminicídio, de lesões gravíssimas e abuso sexual contra filhos, deu nova redação ao §2º do artigo 23 do ECA. Acrescentou os termos “outrem igualmente titular do mesmo poder familiar” e “ou outro descendente”, acabando por criar hipóteses de perda do poder familiar.

A previsão, que também é

“aplicável às mulheres que assassinarem os seus parceiros, exceto em caso de legítima defesa ou de violência de gênero, será aplicada automaticamente, de modo a tutelar a urgente proteção aos filhos, pondo-os a salvo desta forma de violência. Todavia, uma vez cumprida a pena, deve-se permitir que a unidade familiar retome seu *status* originário, restrita esta solução apenas quando se tratar de feminicídio.”⁴⁵

⁴²CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei 2.785/2011*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528786>. Acesso em: 12 mar. 2021. p. 15.

⁴³CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei 2.785/2011*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528786>. Acesso em: 12 mar. 2021. p. 11.

⁴⁴CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei 6.998/2013*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836>. Acesso em: 12 mar. 2021. p. 107.

⁴⁵CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei 7.874/2017*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2141477>. Acesso em: 12 mar. 2021. p. 03.

Justifica-se as novas expressões, de acordo com o Deputado Benjamim Maranhão, do Solidariedade/PB, posto que,

a violência cometida por uma das partes do poder familiar, seja ela física ou psicológica e até homicídio, afeta totalmente os laços familiares com a guarda dos filhos. Assim, se uma das partes rompe esse pacto implícito de proteção recíproca entre os membros da família, nada mais justo que possa vir a perder seu poder familiar. Neste contexto, estar-se-ia protegendo “a guarda do menor, afetado pelo transtorno familiar.”⁴⁶.

Certo é

que a suspensão, com a possibilidade de recomposição dos laços de afetividade entre pais e filhos, é sempre preferível à perda do poder familiar, mas há casos outros, em que a perda deve ser uma opção garantidora dos interesses de crianças e adolescentes. É o caso, por exemplo, de crimes contra a dignidade sexual do infante, contra o outro familiar, pai ou mãe, companheiro ou companheira, parceiro ou parceira, que devem ser motivo para a pronta perda do poder familiar⁴⁷.

Diante de todo o exposto, temos que todos os projetos no presente citados, têm como principal objetivo adequar e atualizar, cada vez mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente às necessidades fáticas de nossa realidade social, sob o bojo, sobremaneira, do princípio da proteção integral, garantido constitucionalmente.

O parágrafo segundo foi acrescido ao artigo pela Lei nº 13.715 de 2018, onde é acrescentado que a destituição do poder familiar não se dará caso a mãe ou o pai tenham condenação criminal, exceto nos casos de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra filha ou filho, ou outro descendente.

“Com a adição desse parágrafo, fica clara a intenção do legislador de não discriminar as famílias que estejam em vulnerabilidade social, ou que tenham pessoas em situação de dependência química, ou mesmo em cumprimento de pena privativa de liberdade, determinando que esses fatores não podem fundamentar de *per si* a separação de pais e filhos e propondo outras alternativas de solução pela atuação do Poder Público por meio de programas sociais”⁴⁸.

No caso do artigo 23, percebe-se que o legislador tomou aquele artigo como fonte norteadora para as reformas, uma vez que soube sopesar as restrições ao poder familiar, garantindo a convivência familiar de maneira saudável, e atingir os fins sociais exigidos, visto que ampliou as hipóteses de destituição do poder familiar ao incluir os casos de crimes dolosos “contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar”. Isso demonstra que há uma preocupação extensiva, que buscar enfrentar os problemas da violência doméstica e, assim, preservar um ambiente familiar de bem estar às crianças e adolescentes.

Considerações finais

O ECA estabelece responsabilidades e nesse sentido procura não culpabilizar a família. Considera o direito ao desenvolvimento de crianças e de adolescentes e também o direito de permanência na família. Nesse contexto:

⁴⁶ Idem, p. 05.

⁴⁷ Ibidem, p. 13.

⁴⁸ ZAPATER, op. cit., pp. 107-108.

“que se distribuam entre os adultos nos âmbitos da família, da sociedade e do Estado os deveres de cuidado necessários para que crianças e adolescentes exerçam seus direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que prevê a consideração da vontade e da opinião da criança e do adolescente em questões que lhe digam respeito diretamente, tais como processos de guarda, visita, adoção, entre outros”⁴⁹.

O artigo 23 do ECA reforça esse sentido e a abordagem promovida pela hermenêutica compreensiva, tanto do dispositivo, quanto das mudanças legislativas, permite refletir sobre a eficácia das mudanças.

O artigo 6º revela-se como um importante pivô tanto na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de reafirmar os valores da própria lei e traçar os rumos que os intérpretes e aplicadores devem tomar, quanto na garantia dos moldes em que os direitos da infância e juventude serão trabalhados na atividade legislativa. E ainda, em remate, sua literalidade está vocacionada também à preservação dos direitos e garantias conquistados ao longo do tempo.

Trata-se de buscar entender como surgem as primeiras normas jurídicas que reconhecem como sujeitos de Direito, crianças e adolescentes e titulares de direitos (gerais e específicos) e como estas vão ao longo do tempo se transformando no objetivo central para a compreensão jurídica, mas também social de nossas crianças e adolescentes⁵⁰.

Os programas oferecidos pelo Estado na maioria das vezes são ineficientes por uma falta de comprometimento vinda do Estado, o que ocasiona a essas famílias serem deixadas às margens da vulnerabilidade, e devido a isso muitas crianças perdem todas suas garantias, pois precisam sair da sua passagem infantil para a vida adulta, para assim sobreviver e conseguir ajudar no sustento de casa.

Mas a vulnerabilidade social se remete necessariamente à pobreza? A resposta é não, pois o seu conceito é caracterizado numa condição de fragilidade enfrentada por um determinado grupo devido alguns fatores citados anteriormente, todavia, ainda assim é um caminho direcionado a pobreza, pois essa vulnerabilidade tira algumas chances de melhora de vida das pessoas.

Não é possível definir a pobreza de maneira única que seja universalmente aceita, pois o seu conceito irá se espelhar na sociedade e cultura de cada país. A maioria dos governos adotam medidas e estratégias de combate à pobreza se baseando nos rendimentos e poder de consumo de cada cidadão, chegando à conclusão de que pobre seria todo aquele que a renda ou consumo per capita da família não chegasse ao valor mínimo essencial para o suprimento de necessidades humanas básicas, que no caso tal valor é a linha da pobreza.

A pobreza também pode ser conceituada por um “juízo de valor”, no qual se trata de visão abstrata, subjetiva, do indivíduo, acerca do que deveria ser um grau suficiente de satisfação de necessidades, ou do que deveria ser um nível de privação normalmente suportável, conforme explica Antônio Pedro Albermaz Crespo e Elaine Gurovitz em seu artigo “A pobreza como um fenômeno multidimensional”⁵¹.

A questão é, até deveria ser um grau suficiente de satisfação de necessidades? No caso em questão, o grau de suficiência é a garantia de recursos mínimos para os dependentes de uma família, pois a pobreza não é unicamente uma causa de destituição familiar conforme veremos a seguir, mas a miséria extrema e a vulnerabilidade pode ser uma influência de tal ação, pois nessa situação os dependentes, no caso, crianças e adolescentes perdem muitos direitos.

A destituição familiar não ocorre unicamente pela falta de recursos materiais, mas isso pode

⁴⁹ ZAPATER, op. cit., p. 83.

⁵⁰ ZAPATER, op. cit., p. 17.

⁵¹ CRESPO, Antônio Pedro Albermaz; GUROVITZ, Elaine. *A pobreza como um fenômeno multidimensional*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

ser um fator que ocorre pela falta de auxílio do Estado com as famílias vulneráveis, o artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente prevê que o afastamento familiar é justificado através do descumprimento com o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, e nesse processo de abandono e afastamento a criança se sente isolada, se sente vulnerável na sociedade, pois tem seus vínculos afetivos fragilizados, tornando-as crianças e adolescentes com a autoestima consideravelmente comprometida e sem expectativas para uma outra realidade.

No cenário atual, a destituição do poder familiar surge como forma de assunção, pelo Estado, da responsabilidade sobre a criança e o adolescente frente à impossibilidade da família natural de prestar os devidos cuidados. Entretanto, a mora do Poder Judiciário em atender aos processos de destituição do poder familiar configura uma espécie de negligência fazendo com que crianças e adolescentes permaneçam por muitos anos, muitas vezes desnecessariamente, em instituições de acolhimento.

A legislação abordou a nova e mais adequada forma de encarar a destituição do poder familiar, em que o ECA, em seu artigo 23 é bem claro ao ressaltar que, ao contrário do que transparece, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, uma vez que o abuso emocional ou físico, abandono, maus-tratos, trabalho infantil e a miséria extrema são as razões habituais. Logo, a destituição do poder familiar é uma medida extrema, que deve ser levada em consideração apenas para situações extremas, ou seja, esta deve ser utilizada com cautela.

Neste diapasão, a “Adoção não é instrumento para tirar filho de pobre, para servir a uma família que não pode gerar filhos. Adoção é um instrumento para buscar uma família para uma criança que não a tem. Não se resolve o problema da pobreza com adoção”, avalia Fabiana Gadelha, membro do grupo de apoio à adoção Aconchego, do Distrito Federal.

A situação de pobreza dos pais não pode ser apresentada como pretexto para afastar a criança ou adolescente do convívio familiar natural e biológico, cabendo ao Estado proporcionar-lhes a orientação e os meios para superar as dificuldades em que se encontram, garantindo programas de auxílio à família e promovendo ações para manter o vínculo familiar. Todavia, tal entendimento é apenas uma teoria, já que é perceptível a falta da implementação de programas e políticas públicas que deveriam ser oferecidos pelo Estado para assegurar o direito fundamental à convivência familiar.

Em outras palavras, a interferência obrigatória do Estado não é efetivamente realizada, o que acaba sendo bem diferente da teoria prevista pelo ECA e pela Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo que sem a interferência Estatal e sem oportunidades para as famílias pobres, muitas vezes acaba ocorrendo a destituição do poder familiar e as crianças e adolescentes vão para as casas de acolhimentos.

A Lei 6.697/79 é uma lei anterior a Lei 8.069/90 (ECA), e segue uma linha de pensamento em alguns quesitos divergente sobre o assunto do afastamento familiar das crianças e adolescentes comparado ao artigo 23 da Lei 8.069/90, no artigo segundo da lei primária, a situação irregular vivida pelo menor, tal como a privação de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, por razões de falta, ação ou omissão de pais ou responsáveis, a impossibilidade desses entes de provê-las seria um o motivo do afastamento familiar, com base nisso o ECA vem e revoga esse pensamento com seu artigo 23, a nova lei ressalta que apenas a falta de recursos por si só não são motivos suficientes para afastar as crianças e adolescentes do seu convívio familiar, a criança ou adolescente continuará sendo mantida em sua família de origem, mas deverá ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, promoção e apoio.

Possuímos hoje Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, plano esse que tem por meta assegurar e auxiliar no entendimento da proteção da criança no convívio familiar e comunitário, tem como objetivos ampliar, articular e integrar as diversas políticas, programas, projetos, serviços e ações de apoio sócio

familiar para a promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária; proporcionar por meio de apoio psicossocial a manutenção desses menores no ambiente familiar, considerando recursos e potencialidade da família natural, extensa e da rede social de apoio entre outros demais objetivos todos muito bem estruturado, cabe somente a ajuda do Estado de manter o auxílio a todas as famílias e assim diminuir a destituição familiar.

Referências

- AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. *Decreto n. 591 de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. *Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. *Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei 5.172/1990. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=934235907E88205E6F2192C4BFDE04A1.proposicoesWebExterno!?codteor=1147651&filename=Dossie+-PL+5172/1990. Acesso em: 12 mai. 2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei 2.785/2011. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528786>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei 6.998/2013. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei 7.874/2017. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2141477>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento* (SNA). Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em: 07 fev. 2021.
- CRESPO, Antônio Pedro Albermaz; GUROVITZ, Elaine. *A pobreza como um fenômeno multidimensional*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rael/v1n2/v1n2a03.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica como filosofia prática*. In: GAGAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GUSMÃO, José Lucas Omena; PALMEIRA, Lana Lisiêr de Lima; LIMA, Walter Matias. *A hermenêutica filosófica de Gadamer e sua contribuição para o cenário educacional*. *Filosofia e Educação*, v. 10, n. 2, p. 379-405, out. 2018. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rfe/article/view/8652454/18698>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020 / IBGE*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.
- ISHIDA, Váler Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*: doutrina e jurisprudência. 17. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2016.
- KOSELLECK, R. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução Wilma Patrícia Mass e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto/Puc Rio, 2006.

MACIEL, K. R. F. L. A. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, M. Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966/6538>. Acesso em: 21 abr. 2021.

NERI, Marcelo C. "A escalada da desigualdade: qual foi o impacto da crise sobre a distribuição de renda e a pobreza?". Rio de Janeiro, RJ: FGV Social, 2019. Disponível em: <https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/A-Escalada-da-Desigualdade-Marcelo-Neri-FGV-Social.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Aprova a Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1386 (XIV) da Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959*. Aprova a Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Aprova a *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

PAIVA, Ilana Lemos de; MOREIRA, Tabita Aija Silva; LIMA, Amanda de Medeiros. Acolhimento Institucional: famílias de origem e a reinstitucionalização. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 02, 2019, p. 1405-1429. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40414>. Acesso em: 05 fev 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

SAETA, Beatriz Regina Pereira; SOUZA NETO, João Clemente. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. In: NASCIMENTO, Maria Leticia; SOUZA NETO, João Clemente de (Org.) *Infância, violência, instituição e políticas públicas*. São Paulo: Expressão e Arte, 2006. p. 17-41.

SILVA, Paulo Lins. Os tratados internacionais de proteção às crianças e aos adolescentes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família: Famílias nossas de cada dia*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, pp. 515-524. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/254.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

THÉRY, Irène. Novos direitos da criança: a poção mágica? In: ALTOÉ, Sônia (Org.) *A lei e as leis: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2007.

UNICEF BRASIL; IBOPE INTELIGÊNCIA. *Impactos primários e secundários da COVID-19 em crianças e adolescentes*. Agosto de 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/9966/file/impactos-covid-criancas-adolescentes-ibope-unicef-2020.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2021.

ZAPATER, Máira. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Obras Consultadas

AMORIN, R; POCHMANN, M. *Atlas da exclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2013.

BRASIL. *Lei nº 4.513, de 1º de Dezembro de 1964*. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Brasília, DF, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Diretrizes nacionais para o atendimento as crianças e adolescentes em situação de Rua*. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/publicacoes/DIRETRIZESNACIONAISsituaoederua.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

FREITAS, Marcos Cezar de. *História social da infância no Brasil*. 9 Ed. São Paulo: Cortez, 2016.

GUERRA, A; POCHMANN, M.; SILVA, R. *Atlas da exclusão social no Brasil: dez anos depois*. São Paulo: Cortez, 2014. v. 1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, com particular referência à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional de 1986*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-sobre-os-principios-sociais-e-juridicos-relativos-a-protacao-e-ao-bem-estar-das-criancas-com-particular-referencia-a-colocacao-em-lares-de-guarda-nos-planos-nacional-e-internacional.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

O movimento LGBT e a implementação de políticas públicas relativas à diversidade sexual e de gênero: um breve relato

LUÍS AUGUSTO GUAREIS DOS SANTOS

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Egresso colaborador do grupo de pesquisa Direito LGBT.

EDUARDO SERPA ROCHI

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

GABRIELY FREITAS DIAS

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ISADORA GABRIEL FERNANDES

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MÁRCIA MARIA MENIN

Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo, Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogada.

Resumo: A presente pesquisa visa demonstrar o desenvolvimento das políticas públicas voltadas para a população LGBT nos últimos anos no Brasil a partir de um breve histórico do movimento consideradas as denominadas “três ondas”. Esta reflexão tem por objetivo fornecer a devida compreensão da ascensão e quiçá, declínio dos direitos da população LGBT em momentos históricos distintos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Movimento LGBT. Políticas públicas.

Abstract: The present research aims to demonstrate the development of public policies aimed at the lgbt population in recent years in Brazil, based on a brief history of the movement considering the so-called “three waves”. This reflection aims to provide the proper understanding of the rise and perhaps decline of the rights of the lgbt population at different historical moments.

Keywords: Human rights. LGBT movement. Public policy.

Introdução

As políticas públicas existentes no Estado desempenham um importante papel na efetivação e garantia dos direitos humanos, principalmente no que se refere à superação das opressões de gênero e sexuais que, infelizmente, perpetuam ao longo da história da sociedade.

Nesta linha e seguindo o objetivo do presente estudo, se faz necessária a realização de um mapeamento das políticas públicas que apresentam sua importância e eficácia para o desenvolvimento dos projetos solicitados pelo Movimento LGBT e que possam produzir resultados positivos para as demandas.

A história da formação do grupo no Brasil remete à década de 1970 com o movimento homossexual brasileiro, que visava a ressignificação errônea de que os homossexuais eram seres anormais simplesmente devido à sua orientação sexual, divergindo do padrão que instituiu a heterossexualidade como norma a ser seguida. Esse movimento foi inicialmente composto de homens homossexuais e ao longo dos anos incorporou outros atores, como lésbicas em meados da década de 1980 e os bissexuais, transexuais e travestis a partir da década de 1990, dando forma ao atual grupo LGBT. O ponto de interseção e coesão desses sujeitos integrantes do segmento é a ruptura com o padrão heteronormativo, ainda que cada segmento que compõe o grupo possua suas próprias demandas e especificidades.

Com o advento da epidemia do HIV no Brasil, em 1980, a população homossexual foi fortemente impactada, tanto que a doença foi primeiramente designada Imunodeficiência Gay Adquirida (GRI). Ainda, depois de ser renomeada de AIDS, o estigma ocasionado pela inicial relação entre a doença e a homossexualidade permaneceu, levando autores a caracterizarem o período do

surto como uma repatologização da homossexualidade.

Se por um lado o HIV impactou negativamente o movimento, a partir de outra perspectiva esse cenário também permitiu um aumento da visibilidade pública da homossexualidade. Com a demora governamental em realizar medidas para combate do surto, o Movimento LGBT realizou parcerias com o Estado a fim de garantir uma melhor assistência à população homossexual, tornando posteriormente o Brasil um país de referência no trato com o HIV/AIDS.

Além disso, durante a década de 1990, o grupo reivindicou perante o Legislativo medidas para garantia dos seus direitos de cidadania, mas apenas no início século XXI suas demandas começam a chegar à agenda governamental. Nesse cenário, mais especificamente em 2004, surge uma expressiva conquista do grupo, com a promulgação do Programa Brasil sem Homofobia, com o objetivo de promover a cidadania homossexual e combater a homofobia.

Assim, a presente análise se justifica diante da necessidade de se ampliar o conhecimento acerca do processo político, em especial aquele voltado à produção de medidas que assistam à população LGBT, a qual historicamente tem enfrentado diversos obstáculos para a efetivação de seus direitos. Vale também ressaltar que a partir do ano de 2019, no âmbito federal, o discurso governamental voltado a essa população teve mudança significativa, dificultando que avanços sejam trilhados na assistência ao segmento.

O movimento LGBT no BRASIL

Sabe-se que a discriminação contra homossexuais brasileiros não se iniciou na ditadura militar uma vez que as próprias leis existentes quando do Brasil-colônia eram sobremaneira discriminatórias, pois condenavam à morte na fogueira os praticantes de sodomia. Mesmo após a abolição de tal arbitrariedade, *gays* masculinos eram levados à prisão no Brasil por apresentarem comportamentos “femininos”, sob a alegação de vadiagem ou ofensa aos bons costumes. As mulheres que se vestiam de forma masculinizada também eram socialmente repreendidas. Até o surgimento e fortalecimento dos movimentos em prol dos direitos LGBT, a maior parte desta população vivia em exacerbado nível de marginalidade.

Todavia, considerando a proposta da presente pesquisa a história do movimento LGBT no Brasil será considerada a partir das três ondas: a primeira de 1978 a 1983, a segunda de 1984 a 1992 e a terceira a partir do ano de 1992.

Primeira onda do Movimento LGBT no Brasil

A primeira onda do Movimento LGBT do Brasil, de 1978 e 1983, ocorreu de forma paralela aos movimentos contra o autoritarismo da ditadura militar. Neste período, a sociedade via no movimento LGBT uma subdivisão que poderia enfraquecer a luta contra o regime ditatorial, porém as reuniões do grupo tinham notadamente um escopo terapêutico para essa parte da sociedade historicamente marginalizada.

Dois grandes agentes de influência ao movimento foram o Jornal Lampião da Esquina e o Grupo Somos. O “Grupo Somos”, fundado em 1978, foi o primeiro grupo de que se tem notícia que atuava na defesa dos direitos LGBT. Promovia reuniões e debates acerca do tema. Sua formação decorre a partir da publicação do jornal “O Lampião da Esquina”.

Já o periódico “Lampião da Esquina” era um jornal de cunho homossexual que circulou no país de 1978 e 1981, durante um período de atenuação da censura na ditadura militar. Seu surgimento acontece com a vinda do editor do periódico “Gay Sunshine”, Winston Leyland, que culminou em uma reunião de onze pessoas na residência do pintor Darcy Penteado e a idealização do jornal brasileiro.

Na década de 1970, a influência LGBT estava mais presente no centro da cidade de São Paulo, em estabelecimentos que eram destinados a tal público. Os estabelecimentos serviam como forma de reunir o movimento e, apesar do Grupo Somos muitas vezes criticar o comportamento hierarquizado presente em tais locais, era a forma que o público LGBT se encontrava para se conectar naquele período. Ao fim da década de 1970 e início dos anos 1980, tais estabelecimentos passam a se expandir além do centro da capital paulistana, fortalecendo a causa.

O Grupo Somos, grupo de maior influência na época quanto às questões LGBT, enxergava na promoção da defesa da classe uma forma de promover uma alteração social mais abrangente, combatendo a verticalização das relações em diversos aspectos, defendendo a igualdade entre homens e mulheres, ativos e passivos, afeminados e masculinizados. O movimento, nesse momento, não buscava apenas reformas, mas uma nova forma de pensar a sociedade, tão engessada pela ditadura militar.

É neste período que nasce o “Grupo *Gay* da Bahia” (GGB), primeiro grupo a se efetivar como Organização Não-Governamental (ONG) e a considerar as reivindicações do Nordeste brasileiro.

Ao longo da década de 1980, o movimento se enfraquece, dispersado pela luta contra a AIDS, que levou à morte muitos LGBT’s.

Segunda onda do Movimento LGBT

A segunda onda do movimento LGBT no país compreende o período de 1984 a 1992. Nesta época, eclodia mundialmente a epidemia da AIDS que muito afetou a população *gay* e transexual, e, no mesmo período, ruía a ditadura militar em nosso país fato que influenciou na unidade do movimento uma vez que se perdia um inimigo comum.

Na mesma medida em que a epidemia da AIDS contribuiu para o preconceito com a população LGBT já que foi considerada uma doença que acometida basicamente os *gays*, a luta contra a doença uniu o movimento para cobrar do poder público medidas de saúde necessárias para proteger a população vulnerável.

O “Grupo *Gay* da Bahia”, nesse período, lutou pela despatologização da homossexualidade, ainda considerada, portanto, como doença.

Ademais, neste período, passa-se a adotar a expressão “orientação sexual”, mais adequada do que as anteriormente utilizadas, tal como a expressão “opção sexual”.

No ano de 1985 o Conselho Federal de Psicologia do Brasil despatologiza a homossexualidade uma vez que deixa de ser considerada desvio sexual. Esta fato ocorre em período anterior a própria resolução proferida pela Organização Mundial de Saúde que retirou a homossexualidade da lista de doenças apenas em 17 de maio de 1990.

Assim, apresenta-se uma nova forma do Estado se relacionar com os movimentos sociais, na medida em que o país se redemocratizava em razão do término do período da ditadura militar e o Estado passa a agir no combate à AIDS na década de 1980.

Na década de 1990, o movimento social começa a ganhar uma força nova, pois outros atores sociais se engajaram no movimento, tais como a mídia e parlamentares que levavam ao Congresso a bandeira do movimento LGBT. Com o retorno da democracia na organização estatal brasileira, partidos políticos passam a se engajar mais na causa LGBT e, nos anos 90, PT e PSTU possuíam setores específicos para esta demanda, além do Estado brasileiro ter direcionado as primeiras políticas públicas com foco nos homossexuais: medidas de combate à epidemia de AIDS.

Terceira onda do Movimento LGBT no país

A terceira onda ocorre a partir do ano de 1992 em um período que é marcado pela expansão do movimento social, inclusive com a criação de ONGs.

Popularizam-se, principalmente nas grandes capitais, estabelecimentos direcionados ao público GLS (*gays* lésbicas e simpatizantes)¹. Apesar de tais estabelecimentos, muitas vezes, segregaram boa parte dos membros LGBT, na medida em que impedia a entrada de travestis ou se excluía gordos, negros e pobres, colocando-os às margens do movimento.

Durante a década de 1990, muitos artistas assumem publicamente sua sexualidade e há mais representatividade nas mídias. Nesse período, cresce o sentimento de orgulho em ser LGBT (a sigla usada até então era GLT – *gays*, lésbicas e travestis). Em 28 de junho de 1997, temos a primeira Parada do Orgulho de São Paulo, que reuniu cerca de duas mil pessoas e tinha como tema “Somos muitos, estamos em várias profissões”.

Neste período, houve considerável crescimento de pessoas interessadas pelo assunto homossexualidade, fato que causa, por consequência, relativo aumento de estudos relativos a saúde e direitos humanos dessa população historicamente marginalizada.

No Plano Nacional de Direitos Humanos, publicado em 1996, os homossexuais constam, pela primeira vez, como agentes detentores de direitos humanos. Em 2001, cria-se o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e, a partir daí, são direcionadas medidas mais assertivas para a população LGBT: criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos e criação de grupo de combate à homofobia, o que deu origem, posteriormente, ao projeto “Brasil sem Homofobia”.

O movimento ganha mais pluralidade e passa a atender as demandas de lésbicas, bissexuais e transexuais, bem como há mais segmentos de luta, que englobam solicitações mais específicas, como as da população negra e LGBT.

Intensifica-se a luta contra a AIDS e, quando se inicia o governo petista, solidifica-se a luta contra a violência LGBT. Além disso, no contexto da terceira onda, influenciado pelos movimentos internacionais, o mercado brasileiro, que já via na população LGBT um nicho de mercado específico, amplia ainda mais a oferta de produtos e serviços a esta classe consumidora, o que ajudou a popularizar o movimento.

Com o governo Lula, as pautas de combate à homofobia passam cada vez mais a fazer parte da agenda política nacional, positivando-se medidas educativas e afirmativas que buscam defender a população LGBT.

Em 2004, há a implantação do programa “Brasil Sem Homofobia”, programa que englobava medidas políticas com objetivo de promover e proteger os direitos dos LGBTs. Neste período, inclusive, a população LGBT passa a ter diversas decisões judiciais favoráveis, mesmo que ainda de forma individualizada e isolada. As políticas de inclusão universitária abrem caminhos para a população LGBT, que alcança novas oportunidades de trabalho, atuando em diversos setores da sociedade.

Causando grande repercussão na mídia e fortalecendo o movimento, em 2008 foi realizada uma Conferência Nacional que tinha como tema “Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de *gays*, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais”, a qual contou com discurso do Presidente Lula em sua abertura, demonstração de que o governo da época era sensível às demandas do Movimento LGBT e se inclinava para uma sociedade mais igualitária, livre de

¹ Importa trazer uma breve referência acerca das diversas letras que compôs o movimento social objeto do presente estudo, vejamos: “Assim, até 1993, o movimento aparece descrito predominantemente como MHB (movimento homossexual brasileiro); depois de 1993, como MGL (movimento de *gays* e lésbicas); após 1995, aparece primeiramente como um movimento GLT (*gays*, lésbicas e travestis) e, posteriormente, a partir de 1999, figura também como um movimento GLBT – de *gays*, lésbicas, bissexuais e transgêneros, passando pelas variantes GLTB ou LGBT, a partir de hierarquizações e estratégias de visibilização dos segmentos. Em 2005, o XII Encontro Brasileiro de *Gays*, Lésbicas e Transgêneros aprova o uso de GLBT, incluindo oficialmente o “B” de bissexuais à sigla utilizada pelo movimento e convencionando que o “T” refere-se a travestis, transexuais e transgêneros. Em 2008, nova mudança ocorre a partir da Conferência Nacional GLBT: não sem alguma polêmica, aprova-se o uso da sigla LGBT para a denominação do movimento, o que se justificaria pela necessidade de aumentar a visibilidade do segmento de lésbicas. FACCHINI, Regina. Entre compassos e descompassos: um olhar para o campo e para a arena do movimento LGBT brasileiro. *Bagoas - Estudos Gays: gênero e sexualidades*, v. 3, n. 4, p. 132-158, nov. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufn.br/bagoas/article/view/2300>. Acesso em: 22 fev. 2021. p. 140.

preconceitos, cumprindo o positivado na Constituição Federal de 1988.

É possível afirmar que o Brasil vive, atualmente, uma possível quarta onda do movimento LGBT.

Com o fim do governo petista nota-se uma forte tendência a não concessão de direitos para a população LGBT, fato que pode estar conectado também ao Parlamento composto de forma expressiva pelas denominadas bancadas evangélicas, que obstam a positivação de leis que visam a assegurar os direitos LGBTs. Ademais, costumam impedir que o Poder Executivo promova ações em favor de tal população e ainda, propõe projetos de lei claramente inconstitucionais na medida em que discriminam mais a população LGBT².

Em contrapartida, tem-se observado um aumento dos movimentos LGBT dentro de universidades e a iniciativa da população mais jovem e intelectual parece estar mais desnuda de preconceitos socialmente arraigados. O movimento não se fixa, como alhures, tão somente no eixo Rio-São Paulo e demais capitais, dado que se adentra ao interior do Brasil., buscando, destarte, a compreensão e prática da diversidade por meio da visibilidade conferida às lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais, indivíduos intersexo e demais possibilidades que a diversidade sexual humana possa apresentar.

Nessa quarta onda, ao mesmo tempo que surgem oposições conservadoras eleitas pelo voto popular, lideranças LGBT conseguem também acessar cargos de comando, intensificando a luta pela liberdade do indivíduo de forma ampla.

O surgimento das políticas públicas voltadas à diversidade sexual e de gênero e seu atual estado da arte

Realizada a contextualização histórica, verifica-se que durante muitos anos o Movimento LGBT foi estigmatizado pela sociedade brasileira, principalmente por tê-lo considerado como o grupo transmissor da AIDS no período de explosão da epidemia no país.

Inicialmente, foram criadas políticas públicas com o intuito de combater o vírus e não para proteger a comunidade. Foi somente em 2004 que o Governo Federal, através da Secretaria Especial de Direitos Humanos, propôs o plano “Brasil sem Homofobia” que teve por objetivo promover a cidadania LGBT, a partir da equiparação de direitos, combater à violência e à discriminação homofóbicas, respeitando a especificidade de cada um desses grupos populacionais.

A cidadania precária vivenciada por estas populações fortaleceram o anseio necessário pela busca das políticas públicas, conquistando não apenas a produção teórica, mas a efetivação do espaço voltado à discussão e ação dos direitos e garantias.

Ressalvando a história dos governos brasileiros e o modo de ação, é importante entender que sempre houve dois lados que envolvem a discussão das políticas sexuais. De um lado, há setores sociais que aceitam, produzem e consomem os produtos da diversidade sexual, enquanto há outro lado que vive insistentemente no combate do que é diferente, ou seja, frisando supostos valores da religião cristã e da família tradicional patriarcal.

O setor conservador e religioso que alcançou espaço significativo desde o impeachment da Presidente Dilma até a eleição do Presidente Jair Bolsonaro, baseia sua fala em ideais retrógrados, antiquados, preconceituosos e ofensivos aos direitos humanos pertinentes à população LGBT, constringendo e violando a vida dessas pessoas.

² Exemplificadamente, cita-se o Projeto de Lei nº 504, de 2020, de autoria da deputada Marta Costa (PSD), com emenda de Janaina Paschoal (PSL) que deve ser votado em breve pela Assembleia Legislativa de São Paulo. Referido Projeto de Lei visa proibir a publicidade, através de qualquer veículo de comunicação e mídia de material que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre diversidade sexual relacionados a crianças no Estado.

De acordo com Carrara³ o conceito de política sexual nos remete à noção de coexistência. Deste modo, a política pública sexual preserva uma liberdade de existência da sexualidade, seja esta qual for a opção sexual do indivíduo. Ademais, este tipo de política pública abrange a dignidade sexual humana, possibilitando não somente a liberdade de escolha, mas a exigência de proteção, principalmente contra os vários tipos de crimes sexuais, como o estupro corretivo, utilizado por figuras masculinas, principalmente do poder familiar, para tentar corrigir a homossexualidade da mulher lésbica.

Seguindo a lógica do poder garantidor do Estado através das políticas públicas, ainda, é dever deste agir de modo imparcial, não acompanhando ou obedecendo apenas um setor social, como os apoiadores alienados do conservadorismo da direita e extrema direita. O Brasil ainda é um país democrático e que, além de possuir em sua Constituição as diretrizes humanitárias, adere os mais importantes tratados e convenções de direitos humanos, devendo acima de tudo, assegurar a dignidade e a cidadania humanitária a todos os cidadãos brasileiros, independente da sexualidade, gênero, cor, raça e religião.

A partir da luta constante, o Movimento LGBT conseguiu efetivar a criação de políticas públicas e ampliar a ação nacional para os estados e municípios.

A trajetória das ações governamentais se iniciou com a Criação do Programa Nacional de AIDS no Ministério da Saúde em 1988, figurando um parceiro importante do movimento. Em 1996, houve a publicação do Programa Nacional de Direitos Humanos, que fez breve menção dos homossexuais como possuidores de direitos humanos, o que iniciou uma expansão da discussão dos movimentos, visando a criação de políticas públicas pelo governo.

Em 1997, houve a criação da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, sendo fortalecida em 1999, quando passou a se chamar Secretaria de Estado de Direitos Humanos. No entanto, somente em 2003, ao se tornar Secretaria Especial de Direitos Humanos, a agenda LGBT começou a ser gestada na política dos direitos humanos.

O Programa Nacional de Direitos Humanos II, lançado em 2002, avançou no reconhecimento da diversidade sexual, mas com o lançamento do Programa Brasil Sem Homofobia, em 2004, fruto das lideranças LGBT juntamente com o Governo Federal, foi previsto um conjunto de ações que visavam combater a homofobia.

Em 2008 ocorre um importante marco no avanço das políticas públicas ao grupo: a convocação da I Conferência Nacional de *Gays*, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais o que acabou por aumentar a participação social da comunidade LGBT.

O Programa Nacional de Direitos Humanos III, em 2009, construído com mais participação popular, avançou na agenda da população LGBT. No mesmo ano, houve a criação do I Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT e Transexuais, que continha 51 diretrizes e 180 ações. Ainda em 2009, foi criada a Coordenação Geral de Promoção dos Direitos LGBT com o objetivo de articular as políticas previstas no I Plano Nacional LGBT e atender o tripé Plano, Coordenadoria e Conselho.

No ano de 2010 houve a instituição do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) constituído por representantes do governo e da sociedade civil que teve por finalidade a formulação e proposta de diretrizes para a ação governamental. Houve também, por iniciativa do então Presidente Lula, no mesmo ano, a instituição do Dia Nacional de Combate à Homofobia, assim considerado o dia 17 de maio.

³ CARRARA, Sérgio. Moralidades, racionalidades e políticas sexuais no Brasil contemporâneo. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 323-345, ago. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132015000200323&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21 abr. 2021.

Em 2011, foi lançada a Política Nacional da Saúde Integral da População LGBT, construído por ativistas e membros do Ministério da Saúde, que previa um conjunto de ações nas áreas da saúde de produção de conhecimentos, participação social, transversalidade, promoção, atenção e cuidado. No mesmo ano, houve a II Conferência Nacional de *Gays*, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais de LGBT e Transexuais, que teve como propósito avaliar a execução do I Plano Nacional LGBT. Por fim, o Disque 100 – Direitos Humanos, a partir de fevereiro de 2011, começou a atender a população LGBT no canal de denúncias.

Já em 2012, aconteceu o lançamento dos Anais da II Conferência Nacional de *Gays*, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais de LGBT e Transexuais que contou com a publicação das diretrizes e moções aprovadas nesta mesma conferência. Além disso, neste mesmo ano, houve a criação do Comitê Técnico de Cultura LGBT, que teve por objetivo a formulação de políticas de valorização da Cultura LGBT para o Ministério da Cultura.

Durante 2012 e 2013, foi divulgado o Relatório de Violência Homofóbica no Brasil, contendo o balanço nacional da violência contra a população LGBT referente aos anos de 2011 e 2012, se fazendo necessário para fins de mapear a homofobia no país. Ademais, no ano de 2013 houve o lançamento do Sistema Nacional de Enfrentamento à Violência LGBT que teve por finalidade a criação de Conselhos e Coordenadorias pelos estados e municípios, para construir e fortalecer uma rede de políticas públicas LGBT.

No ano de 2014 houve a instalação do Comitê Nacional de Políticas Públicas LGBT, visando aproximar gestores da política LGBT em todo o país e articular um pacto federativo das políticas públicas.

No ano seguinte, com o lançamento do Pacto Nacional de Enfrentamento às Violações de Direitos Humanos na Internet – Humaniza Redes, um novo canal de denúncias on-line foi instituído, que encaminhava as ocorrências para setores responsáveis, trabalhando ainda com campanhas preventivas nas redes sociais.

Por último, em 2016, houve a III Conferência Nacional de Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Travestis e Transexuais, que resultou a assinatura do Decreto Nacional que reconhece e utiliza o nome social de pessoas trans e travestis em âmbito federal.

Outrossim, não obstante o papel do Poder Legislativo que deveria atuar literalmente como representante do povo e ajudar no processo de criação de leis de proteção à comunidade LGBT, é permitido afirmar que nos últimos tempos o Poder Judiciário foi o principal responsável pelos fundamentais avanços em termos de cidadania LGBT, possibilitando, dentre outros a união estável homoafetiva, a retificação do registro civil independentemente de cirurgia de transgenitalização, a doação de sangue por indivíduos homossexuais⁴.

Por fim, a partir de 2016 são quase inexistentes as políticas públicas no âmbito Nacional voltadas à comunidade LGBT, visto que o atual cenário político tenta reprimir a atuação deste movimento social composto por indivíduos historicamente marginalizados.

Conclusão

Ante o exposto, verifica-se que os principais pontos apresentados como entraves nas políticas públicas LGBT, até então, são a ineficácia de legislação específica que resguarde os direitos dessa população, falha na interlocução entre Estado e sociedade civil, falta de previsão orçamentária para os planos e programas e ausência de representação política no meio LGBT.

É necessário dar continuidade às reivindicações do movimento social para que direitos já angariados não sejam suprimidos, tendo em vista que há uma tendência de enrijecimento de ideias

⁴ Para saber mais leia *Diversidade: Jurisprudência do STF e bibliografia temática*. Obra disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ColetDiversidade.pdf>

progressistas no Congresso Nacional e também nas Assembleias Legislativas. Assim, considerando o contexto atual, em que brasileiros reivindicam a volta da ditadura militar e a reimplantação do Ato Institucional número 5 (AI-S), os movimentos compostos pelas minorias marginalizadas, incluindo o movimento LGBT, devem intensificar suas pautas e lutas, para que nenhum direito seja suprimido e para que mais direitos sejam conquistados, a fim de que essa parcela da população brasileira possa ter, de fato, suas garantias fundamentais implementadas, conservadas e praticadas.

Referências

CARRARA, Sérgio. Moralidades, racionalidades e políticas sexuais no Brasil contemporâneo. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 323-345, ago. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132015000200323&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21 abr. 2021.

FACCHINI, Regina. Entre compassos e descompassos: um olhar para o campo e para a arena do movimento LGBT brasileiro. *Bagoas - Estudos Gays: gênero e sexualidades*, v. 3, n. 4, p. 132-158, nov. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufn.br/bagoas/article/view/2300>. Acesso em: 22 fev. 2021. p. 140.

Obras consultadas

FACCHINI, Regina França, Isadora Lins. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro. *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/41>. Acesso em: 1 mar. 2021.

GREEN, James N., QUINALHA, Renan. Homossexualidades, repressão e resistência durante a Ditadura. In: GREEN, James N., QUINALHA, Renan (Orgs.) *Ditadura e homossexualidade: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Paulo: Edufscar, 2014.

ARAGUSUKU, Henrique Araújo; LARA, Maria Fernanda Aguilar; Fraccaroli, Y.; MARTINS, Alexandre Nogueira. Estado, políticas sexuais e cidadania LGBT no Brasil pós-impeachment. *Revista Brasileira de Estudos da Homocultura*, v. 2, n. 8, p. 5-33, 2019. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rebeh/article/view/10157>. Acesso em: 3 fev. 2021.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Conexões entre os movimentos feminista e LGBT no Brasil. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, v. 31, n. 1, p. 345-369, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/40751>. Acesso em: 2 abr. 2021.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de Direitos Humanos LGBT no Brasil. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/307>. Acesso em 16 abr. 2021.

O feminismo jurídico como diretriz fundamental para se repensar o direito

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogado.

ANA JÚLIA BUNIAK PINTO

BÁRBARA DE CASTRO

ISABELA BAPTISTA OLIVIO

ISABELLE ANASTÁCIO

LETÍCIA NIGRO DA SILVA

MÁRIO QUIUDINI NETO

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

LUÍS AUGUSTO GUAREIS DOS SANTOS

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA, Catanduva-SP).

MÁRCIA MARIA MENIN

Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil (UNIFIPA). Advogada.

Resumo: É sabido que a evolução da legislação não é suficiente para o estabelecimento de uma progressista forma de se pensar o direito, porquanto este, vai além das normas devidamente positivadas. Assim, o presente trabalho visa apresentar o feminismo jurídico para fins de demonstrar a necessidade de sua divulgação nos meios acadêmicos e nos demais locais onde os operadores do direito exercem suas funções, porquanto, não obstante a promulgação da Carta Magna ainda podemos sinalizar o direito como um campo de forte atuação do patriarcado.

Palavras-chave: Feminismo. Feminismo jurídico. Direito.

Abstract: It is known that the evolution of the legislation is not enough to establish a progressive way of thinking about the law, as this goes beyond the norms that are positively established. Thus, the present work aims to present juridical feminism for the purpose of demonstrating the need for its dissemination in academic circles and in other places where the operators of the law exercise their functions, because, despite the promulgation of the Magna Carta, we can still signal the law as a field of strong patriarchy action.

Keywords: Feminism. Legal feminism. Jurisprudence.

Introdução

O movimento feminista, amplamente conhecido na atualidade, atua, dentre outras possibilidades, em prol da erradicação da violência de gênero existente desde priscas eras em virtude do sistema patriarcal até então existente. Desta forma, mostra-se imprescindível a mobilização em torno do asseguramento de direitos conquistados e reivindicação daquelas prerrogativas que constam na legislação, mas que não são aplicáveis na prática.

Desta maneira, é necessária a reflexão crítica do Direito, mormente porque é sabido que seu ascendente é arcaico e patriarcal, fato que ainda se reflete no sistema jurídico atual.

Isto posto, a presente pesquisa a partir da exposição legislativa da figura da mulher no direito de família visa demonstrar a evolução legislativa não é de per si, único fato para modificação do sistema jurídico. Assim, faz-se necessária uma leitura crítica do direito que pode ser proposto pela função epistemológica do feminismo jurídico.

Direito de família e gênero: alguns apontamentos legislativos para a compreensão da importância de uma visão crítica acerca do direito

A função da mulher na história sempre se entrelaçou com o papel de submissão à ordem patriarcal. A despeito de algumas diferenças decorrentes de um diploma legislativo proveniente de um

Estado laico, o Código Civil de 1916, a exemplo do que ocorria nas Ordenações do Reino de Portugal¹, perpetuou a estrutura hierárquica da família.

Em sua origem, no Código Civil de 1916 a mulher, em virtude do matrimônio, deveria assumir de forma obrigatória o sobrenome do marido bem como a condição de colaboradora nos encargos da família. Quanto aos direitos e deveres do marido e da mulher, estes se mantinham em locais distintos² daquela legislação civil, fato que demonstra de forma nítida e automática as diferenças entre os sexos no direito de família do vetusto Código Civil.

Desta forma, o marido ocupava a posição de chefe da sociedade conjugal e, dentre outros, competia-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns e particulares da mulher a depender do regime de bens adotado e, frisa-se, deveria ele autorizar a profissão da mulher.

A mulher, então considerada *fragilitas sexus*, com o casamento se tornava relativamente incapaz e, dentre outros, não poderia, sem autorização do seu marido: alienar, ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular qualquer que seja o regime dos bens; aceitar ou repudiar herança ou legado; aceitar tutela, curatela ou outro múnus público e ainda, exercer profissão.

Mostrava-se flagrante a interferência do Estado nas relações familiares. Isto se constatava pela percepção de uma vigilância sobre a conduta moral da mulher que deveria permanecer casta e voltada às prendas domésticas. Assim, seria causa de anulação do casamento por erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge o defloramento da mulher ignorado pelo marido, assim como seria causa de deserdação o que se denominava “desonestidade” da filha que vivia na casa paterna.

Quanto ao vínculo matrimonial, apresentava-se indissolúvel. Autorizava-se apenas o então denominado desquite, que apesar de ocasionar separação de corpos e o fim do regime de bens, não concedia aos ex-cônjuges a faculdade de convolar novas núpcias.

Quanto ao desquite, o cônjuge considerado culpado pelo fim da sociedade conjugal perderia o direito à guarda dos filhos, fato que denota, novamente, o controle do comportamento sexual feminino, porquanto é sabido que eram as mulheres o alvo da fiscalização sexista operada pelos tribunais brasileiros.

É possível afirmar que o primeiro passo para a emancipação jurídica da mulher na conjuntura familiar ocorreu com o advento do Estatuto da Mulher Casada - Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962. Referida legislação foi responsável pelo fim da incapacidade relativa da mulher casada, concedendo, portanto, a possibilidade de exercer sua profissão independentemente de autorização do marido, além da oportunidade da prática dos atos da vida civil até então a ela vetados.

Ademais, o Estatuto da Mulher Casada criou a figura dos bens reservados por meio de norma que visava a proteção dos bens e frutos do trabalho da mulher. Diante disto, se os bens adquiridos pela mulher não fossem imóveis, poderiam ser por ela dispostos livremente e ainda, referidos bens não responderiam pelas dívidas contraídas exclusivamente pelo marido e para seu benefício.

O segundo passo para efetiva igualdade da mulher no ambiente doméstico deu-se com promulgação da Lei do Divórcio – Lei 6.515 de 28 de junho de 1977. Dentre outras possibilidades, a Lei do Divórcio conferiu aos cônjuges a prerrogativa de reconstituição de suas vidas por meio de novo casamento, porquanto o instituto do desquite, até então existente, colocava fim à sociedade conjugal, mas não rompia o vínculo matrimonial, fato que impedia a ocorrência de um novo casamento.

¹ Também denominada Ordenações Filipinas, esta legislação foi concebida a partir do Direito Canônico e com fortes referências do Direito Romano, das Sete Partidas e de concordatas celebradas entre representantes da Igreja Católica e reis de Portugal. Foi a legislação que esteve em vigor no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916.

² Os direitos e deveres do marido encontravam-se inseridos no artigo 233 do revogado Código Civil, e, por sua vez, os direitos e deveres da mulher estavam elencados no artigo 242 desta mesma legislação.

Embora tenha preservado a questão da culpa pelo fim do casamento e ainda, a tenha relacionado com a guarda dos filhos³, indigitada legislação determinou que seria opcional a inserção do sobrenome do marido ao nome da mulher, pondo fim a tradição proveniente do Direito Romano.

Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 estabeleceu-se, de fato, igualdade legislativa entre homem e mulher na sociedade conjugal bem como fora dela⁴.

Destarte, em um tímido resumo, colocou-se fim a classificação discriminatória que separava os filhos em legítimos e ilegítimos e a família passou a se apresentar como *locus* de desenvolvimento de afetos e busca da felicidade. Neste diapasão, nos moldes da Carta Magna, a entidade familiar deixa de ter uma estrutura hierarquizada, patriarcal e matrimonializada dado que a Constituição Federal estendeu proteção jurídica para além da família formada pelo vínculo forma do casamento.

Em razão da promulgação do Código Civil de 2002, foram encerradas quaisquer distinções legislativas entre os homem e mulher, dado que a vigente legislação civil ratificou e disciplinou em dispositivos legais o princípio constitucional da igualdade entre cônjuges.

Não obstante todo o exposto, é sabido que as alterações legislativas até o momento apresentadas nem sempre são suficientes para a implementação da efetiva igualdade de gênero, porquanto o direito é construído, praticado e discutido notadamente por homens que historicamente contribuíram para a reprodução de estereótipos de gênero e para a consequente subalternidade jurídica e social da mulher.

Pela análise dos dados coletados no ano de 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁵, no que se refere a guarda do filho menor após divórcio, notou-se que a mãe ficou responsável pela guarda dos filhos em 65,4% dos casos, e ambos os cônjuges ficaram na condição de corresponsáveis em 24,4% e, em apenas 4,8% dos casos o pai ficou responsável pela guarda do filho. A despeito do aumento do número de casais que compartilham a guarda do filho menor, é cediço que, inexistente, na prática uma situação real de divisão de responsabilidades, fato que ainda é naturalizado pelo sistema jurídico que, por vezes, é responsável por reproduzir no seio da família a divisão de funções delimitadas pelo gênero.

Ademais, se na maior parte dos casos a guarda é materna, resta explícito que as acusações de alienação parental recaem sobre a mãe, criando, destarte, a figura da “mãe alienadora”. A Lei da Alienação Parental – Lei 12.318/2010 – por este motivo é sujeita a diversas críticas traçadas pelo movimento de mulheres sob a justificativa de que acaba por reproduzir os estereótipos de gênero pelo Poder Judiciário.

Faz-se necessário que o direito de família passe por uma revisão sob a perspectiva de olhar crítico e de uma nova prática jurídica que apenas se implementara a partir da leitura do direito de família sob o viés do feminismo jurídico.

³ Art. 10 da Lei 6.515/77: Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. § 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

⁴ Referida igualdade encontra-se em seu art. 5º, *caput*, que dispõe: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. Não obstante já consagrada igualdade no dispositivo legal citado, o legislador ratificou o Princípio da Igualdade no capítulo referente à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso nos seguintes termos: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁵ IBGE, Departamento de População. *Estatísticas do registro civil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>. Acesso em: 3 mar 2021.

Uma breve crítica feminista ao Direito e a relevância do feminismo jurídico para construção da igualdade de gênero

Tão somente pela observação e análise da legislação familiarista no decorrer dos tempos é possível observar que o Direito sempre foi permeado por um caráter androcêntrico, uma vez que se desenvolveu sob conceitos masculinos e a partir de um sistema dicotômico de conceitos – forte e fraco, ríspido e sensível, racional e sentimental. Percebe-se que “os ideais de objetividade e neutralidade, dos quais se adorna o direito são valores masculinos que foram aceitos como universais”⁶. Do mesmo modo, Beauvoir afirma que,

(...) os homens não poderiam gozar plenamente esse privilégio (ter nascido homem) se não o houvessem considerado alicerçado no absoluto e na eternidade: de sua supremacia procuraram fazer um direito. “Os que fizeram e compilaram as leis, por serem homens, favoreceram seu próprio sexo, e os juristas transformaram as leis em princípios”, diz ainda Poulain de la Barre. Legisladores, sacerdotes, filósofos, escritores e sábios empenharam-se em demonstrar que a condição subordinada da mulher era desejada no céu e proveitosa à Terra.⁷

Logo, o Direito, instituição estabelecida a partir da percepção histórica e cultural do patriarcado, não deixou de reproduzir a desigualdade de gênero. É imprescindível observá-lo como um discurso hegemônico que oprime as mulheres e contribuem para a manutenção da superioridade masculina. Dessa forma,

O patriarcado ou a ordem patriarcal do gênero é demasiadamente forte, atravessando todas as instituições (...). Isto posto, por que a Justiça não seria sexista? Por que ela deixaria de proteger o status quo, se aos operadores do Direito isto seria trabalhar contra seus próprios privilégios?⁸

Sabe-se que o movimento feminista apresenta uma história densa e complexa. Muitos acontecimentos moldaram suas fases e dimensões, aumentando a busca por igualdade de direitos entre homens e mulheres. Necessário se faz, então, adentrar em uma explanação epistemológica acerca da triplicidade fásica de seu conceito, realizando uma completa analogia histórica dos períodos, experiências vividas e a luta por igualdade de gênero, para, assim, chegar à crítica feminista ao direito.

Entende-se como primeira fase do feminismo o período que marca o início da Revolução Francesa até o final da 1ª Guerra Mundial, pautado por diversas frentes filosóficas, “movimentos rebeldes”, avanços tecnológicos, crises financeiras globais e outros eventos, que incentivaram discussões em direitos básicos e laborais, criando a base para um Feminismo igualitário, liberal e também marxista. A busca por igualdade entre mulheres e homens, sobretudo no plano dos direitos civis e políticos, marcou essa dimensão que ansiava em identificar a causa da discriminação entre os gêneros. Um contraponto a se observar é que tal discussão somente fora se instaurar no Brasil décadas depois, principalmente graças ao direito ao voto feminino em 1934.

Na sequência, a década de 60 trouxe consigo uma completa revolução comportamental. A segunda onda do feminismo e a discussão dos direitos civis de negros e homossexuais foram pontos que movimentaram o período.

Já a Guerra Fria resultou em uma visão macro da situação global. Iniciada a década de 90, emerge o período chamado de pós-feminismo. Neste, passou a ser denunciado o fato de que os próprios discursos feministas estavam viciados pela dominância ocidental, branca e heterossexual, o

⁶ BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 31.

⁷ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 23.

⁸ SAFFIOTI, Heleith. *Gênero patriarcado violência*. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 99-100.

que foi responsável por marcar a terceira dimensão do feminismo. Almejava-se incluir na luta grupos minoritários, antes esquecidos e que a voz não era escutada por causa da “venda ocidental” nos olhos da justiça.

Sendo assim, após dimensionar a evolução histórica feminista, conclui-se que as diversas vertentes são caracterizadas como práticas teóricas críticas, haja vista assumirem posturas denunciativas acerca da posição subordinada ocupada por mulheres em grande parte da sociedade. Neste sentido, a teoria feminista crítica deve exercer o papel de conciliação entre questões sociais e epistemológicas.

Importante, ainda, salientar que qualquer luta social tende a encontrar profundos embates na jurisdição da nação em que se instaura. Por isso, as várias ondas e pensamentos do feminismo possuem múltiplas diretrizes ao serem abordadas no plano da teoria jurídica, uma vez que, ao analisar o direito juntamente com a perspectiva de gênero, pode ser feita uma profunda reflexão acerca de sua criação, interpretação e aplicação.

O primeiro prisma que pode ser observado na teoria feminista como crítica ao direito possui raízes no feminismo igualitário liberal, tendo como objetivo principal a luta pela desconstrução da tese de inferioridade feminina, o que resultaria no alcance da igualdade formal entre os gêneros e na extensão de cidadania às mulheres.

Já o segundo aspecto parte do pressuposto de que o direito é essencialmente androcêntrico, isto é, a própria natureza jurídica possui contribuição decisiva para a opressão de mulheres, no sentido de que a lei é feita para quem lhe escreve e, portanto, a mulher não pode confiar no ordenamento, já que sua estrutura legal opressiva visa a manutenção de um patriarcado heterossexual. Neste ponto, vale realizar uma reflexão acerca do fato de que os altos cargos jurídicos ainda são ocupados, em sua maioria, por homens, o que se deve a dificuldade que muitas mulheres possuem para o acesso à vida pública.

Conforme já exposto, a terceira onda feminista e toda a revolução comportamental trouxeram críticas a respeito, não somente da opressão patriarcal, mas de toda a sociedade e sua construção. Por isso, o terceiro prisma acompanha esses pensamentos ao englobar na discussão questões raciais e críticas sobre a permanência de traços colonialistas na contemporaneidade. De acordo com esta diretriz, o direito é sexuado e, assim, se objetiva compreender a influência das perspectivas de gênero na construção e aplicação do ordenamento jurídico⁹.

Entretanto, apesar das diversas críticas e tentativas de abordagem da teoria feminista, ela mesma tem sido continuamente ignorada no âmbito jurídico brasileiro. A suposta justificativa para este fato seria a visão de que o Direito consiste apenas na dogmática, sendo uma técnica de controle social abstrata, neutra e universal.

A partir disso, os estudos feministas sociojurídicos, por meio da compreensão do feminismo como abordagem crítica do Direito, determinam que se faz necessário desconstruir a ideia de que esse campo consiste em apenas uma série de mecanismos que serão aplicados a depender da casuística, passando a observar com um olhar crítico as peculiaridades dos conflitos.

Assim, pode se dizer que o feminismo jurídico, poderá oferecer parâmetros para uma visão crítica do Direito. Por certo período acreditou-se que quando o movimento feminista se incorporasse à seara jurídica, as mulheres, enfim, teriam seus direitos ratificados e praticados por um suposto sistema jurídico imparcial. Contudo, em referido sistema o feminismo não assumiu a mesma

⁹ Transportando as ondas feministas para o direito de família brasileiro e suas conquistas, quiçá será possível afirmar que a primeira onda feminista liga-se a promulgação do Código Civil de 1916; já a segunda onda é refletida nas edições da leis referidas no item anterior e que contribuíram para a emancipação da mulher, e, por sua vez, a terceira onda retrata o Código Civil de 2002 e leis posteriores tais como: Lei 11.698/2008 que introduziu os modelos de guarda unilateral e compartilhada, a Emenda Constitucional 66/2014 que subtraiu os requisitos anteriormente estabelecidos para a ruptura do vínculo conjugal e, por fim, a Lei 13.058/2014 que determinou a guarda compartilhada como regra.

velocidade de inserção, haja vista o caráter hermético, elitista e supostamente neutro do direito¹⁰.

Tal como o próprio feminismo, o feminismo jurídico é um movimento plural e heterogêneo, o que lhe permite ser passível de diferentes abordagens. Embora não haja conceito preciso quanto à sua forma, há certo consenso em relação à sua concretude. Assim, pode-se dizer que o feminismo jurídico é um apanhado de estudos científicos e da própria prática jurídica, desenvolvidas, via de regra, por operadoras do direito feminista. Corroborando a isto, Salete Maria da Silva leciona:

Conceitualmente, pode-se dizer que o feminismo jurídico corresponde a um conjunto de críticas, teorizações, proposições metodológicas e atividades práticas desenvolvidas por juristas feministas em face do fenômeno jurídico, dentro ou fora do sistema de justiça.¹¹

Vale ressaltar que o feminismo jurídico, por vezes é denominado teoria feminista do direito ou de pensamento jurídico feminista, provando a diversidade do movimento. Todavia, tais nomenclaturas enfatizam, sobretudo, a ordem teórica em certo detrimento à prática, imprescindível à materialização da proposta do feminismo jurídico.

Com efeito, o feminismo jurídico embora incipiente na América Latina, já superou uma fase inicial de denúncia. Atualmente a teorização e, principalmente a prática, transpuseram o feminismo jurídico para uma fase mais elaborada. Mesmo que ainda muito desconhecido no país, universidades têm desenvolvido estudos acerca de direito e gênero, superando a seara teórica a fim de alcançar seus objetivos de forma prática. Tal movimento se tornou ainda mais evidente, principalmente após a instituição da lei Maria da Penha e da lei do Feminicídio, frutos da pressão do movimento feminista, sobretudo, do feminismo jurídico.

Assim, o feminismo jurídico possui como desiderato, mormente, ações pelas quais se atinja a igualdade entre mulheres e homens no sistema jurídico. Para tanto, o ponto de partida do movimento é a compreensão do direito como fruto de uma sociedade patriarcal, fato a justificar seu caráter androcêntrico. A partir de tal percepção, através de uma hermenêutica legislativa e da prática jurídica com o objetivo de olhar o direito de maneira mais humanista, vislumbra-se a promoção da equidade de gênero.

Destarte, objetiva-se não apenas reivindicar um tratamento igualitário entre os gêneros, mas transformar o direito pela raiz, numa tentativa de desconstruí-lo em seu aspecto de ferramenta que visa auxiliar a concentração, sobretudo, do poderio político em mãos masculinas. Portanto, o feminismo jurídico traça diretrizes a fim de repensar o direito, desvinculando-o de uma ordem dominante masculina.

Outrossim, faz-se necessário o uso de metodologias que visem divulgar o feminismo jurídico com atenção voltada à percepção da problemática do gênero no direito, a fim de deflagrá-lo como sexista. Para isto, é indispensável a disseminação do feminismo jurídico na academia, tanto a título de formação a fim de orientar o operador do direito à vida prática, quanto para a produção de conhecimento científico.

O feminismo jurídico deve ser afirmado como espécie de ativismo jurídico que engloba o panorama do gênero dentro do direito. Tal recorte é indispensável no Brasil, haja vista sua flagrante cultura sexista e patriarcalista, que, por vezes, é responsável por dificultar o acesso das mulheres ao pleno exercício de seus direitos e garantias dentro e fora da entidade familiar.

¹⁰ SILVA, Salete Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 83-102, jan./mar. 2018. p. 84. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25806/15668>. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹¹ Op. Cit, p. 90.

Conclusão

De todo o exposto mostra-se perceptível a densa relação entre o feminismo e o direito. O feminismo não é apenas uma corrente de pensamento ou tampouco uma ideologia, porquanto é método que permite operações epistemológicas que visam reconstruir o próprio direito.

Destarte, constata-se que o feminismo jurídico é um ponto essencial de debate para a tentativa de romper obstáculos históricos propostos e legitimados pelas legislações que constituem-se, como visto, na positivação do patriarcado.

Referências

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher no código civil*. Disponível em: http://berenedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

FACIO, Alda. A partir do feminismo, vê-se um outro direito. *WLSA Moçambique*, Maputo, n. 15, p. 1-5, maio 2006. Disponível em: <https://www.wlsa.org.mz/wp-content/uploads/2014/11/OV15.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

IBGE, Departamento de População. *Estatísticas do registro civil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=7135>. Acesso em: 3 mar 2021.

SAFFIOTI, Heleith. *Gênero patriarcado violência*. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SILVA, Salette Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 83-102, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25806/15668>. Acesso em 19 abr. 2021.

SILVA, Salette Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. *Revista Brasileira de História do Direito*. v. 1, n. 1, p. 170-190, jul./dez. 2018. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/666>. Acesso em: 19 abr. 2021.

Obras consultadas

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. *A mulher casada no Código Civil de 1916*. Ou mais, do mesmo. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1MCpDQHApN0J:https://periodicos.unb.br/index.php/les/article/view/27866+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 5 mar. 2021.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O feminismo como crítica ao direito. *Direito e Política*., v. 4, n. 3, p. 22-35, set./dez. Disponível em: <https://www.univali.br/direitopolitica> Acesso em: 18 abr. 2021.

Interrupção voluntária da gravidez: a descriminalização do aborto como elemento de saúde pública

YURI MARTINS

Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogado.

Resumo: O presente artigo científico decorre de trabalho de curso apresentado no ano de 2020 e aborda a temática do abortamento voluntário. Buscou-se demonstrar ao leitor o debate que existe sobre o assunto, bem como os principais argumentos favoráveis e contrários à descriminalização do aborto, sem, contudo, ter pretensão de esgotar o tema. Para tal, foram analisados os fundamentos da criminalização, confrontando-os com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, no intuito de propiciar ao leitor uma reflexão sobre a questão. Além de explorar o conteúdo filosófico e jurídico do debate, aprofundou-se no tema abordando as principais teorias sobre o início da vida humana, para posteriormente, com o avanço nos estudos, tratar a temática sob a ótica de saúde pública. O objetivo do trabalho, neste ponto, foi demonstrar os resultados provenientes do atual tratamento dado à interrupção voluntária da gravidez pelo ordenamento jurídico brasileiro, analisando também os possíveis reflexos de uma eventual descriminalização do abortamento voluntário. A pesquisa discorre sobre os referidos assuntos sempre sob a ótica dos direitos humanos, fato que possibilita, destarte, o estabelecimento de um posicionamento razoável por ser protetivo da saúde e da vida da mulher e do feto.

Palavras-chave: Abortamento. Vida. Saúde. Descriminalização. Clandestinidadade.

Abstract: This scientific article addresses the issue of voluntary abortion. It sought to demonstrate to the reader the debate that exists on the subject, as well as the main arguments for and against the decriminalization of abortion, without, however, claiming to exhaust the subject. To this end, the foundations of criminalization were analyzed, confronting them with the assumptions of the Democratic State of Law, in order to provide the reader with a reflection on the issue. Besides exploring the philosophical and legal content of the debate, the theme was deepened by approaching the main theories on the beginning of human life, so that later, with the advance of the studies, the theme can be treated from the point of view of public health. The objective of the work, at this point, was to demonstrate the results from the current treatment given to the issue of voluntary interruption of pregnancy by the Brazilian legal system, also analyzing the possible consequences of a possible decriminalization of voluntary abortion. The research discusses the referred subjects always under the perspective of human rights, fact that makes possible, therefore, the establishment of a reasonable position for being protective of the health and life of the woman and the fetus.

Keywords: Abortion. Life. Health. Decriminalization. Clandestinity.

Introdução

A presente pesquisa é originária de trabalho de curso apresentado ao Centro Universitário Padre Albino no ano de 2020 como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito. A pesquisa abordou a temática da interrupção voluntária da gravidez, apresentando o debate existente sobre o tema.

Buscou-se analisar os principais argumentos daqueles que integram o grupo *pró-vida*, ou seja, aqueles que se posicionam contrariamente ao abortamento, bem como daqueles que integram o grupo *pró-escolha*, defendendo a descriminalização da conduta tipificada penalmente nos artigos 124 a 128 do Código Penal.

Ao apresentar os principais argumentos de cada posicionamento a pesquisa abordou conceitos de filosofia jurídica, decisões do Supremo Tribunal Federal, legislações e dispositivos de direito internacional. O objetivo foi reunir os principais referenciais teóricos e normativos que se tem sobre o tema, com o intuito de trazer ao leitor conhecimentos abrangentes sobre o tema.

Ademais, o presente trabalho aprofunda a discussão apontando as principais teorias que tentam explicar o início da vida humana, elucidando a falta de consenso científico que permeia a temática. Posteriormente, abordou-se o tema sob a ótica de saúde pública, enaltecendo as consequências da criminalização e os possíveis reflexos da descriminalização.

Durante toda a pesquisa foi utilizado o método dedutivo, pautando-se na análise dos principais referenciais teóricos sobre o tema. Com a leitura, ficará claro para o leitor que o tema da interrupção voluntária da gravidez é extremamente delicado e complexo, de forma a permitir diversas abordagens e posicionamentos. No entanto, com igual clareza, o leitor entenderá que, para o Estado, o tema precisa ser abordado como assunto de saúde pública, dissociado de moralismos que se limitam à esfera privada.

Além da metodologia citada, buscou-se, por fim, traçar possíveis reflexos que a descriminalização da conduta apresentaria. Essa etapa foi desenvolvida através da comparação entre os dados obtidos pelos países que descriminalizaram a conduta para com os dados obtidos em países que insistem em tratar o tema como matéria criminal. Referida análise possibilitará a demonstração dos diferentes resultados a partir de cada abordagem, tendo como fundamento de toda a discussão a proteção à saúde e à vida da mulher e do feto.

O debate sobre o aborto: a argumentação *pró-vida* e a argumentação *pró-escolha*

O debate acerca do abortamento voluntário envolve um embate entre conceitos, de um lado tem-se a ideia de heteronomia, enquanto que, de outro, a autonomia. Destarte, há um conflito entre a ideia de que a vida é sagrada, o que pressupõe a sua inviolabilidade, e a ideia de autonomia da gestante enquanto ser humano, autonomia esta que se desdobra em diversos direitos fundamentais, tais como a liberdade de escolha sobre o próprio corpo, os direitos sexuais e reprodutivos, o direito à saúde, entre outros.

Dentro desse cenário, um dos grandes problemas que circundam o tema reside na impossibilidade de se compatibilizar o direito à vida do embrião/feto com o direito à liberdade de escolha da gestante. Este fator dificulta sobremaneira que se desenvolva uma discussão técnica e científica sobre o tema, inibindo medidas que garantam à mulher o acesso a este direito nos casos previstos em lei e inviabilizando a modificação da legislação com a finalidade de torná-la mais permissiva.

A forte discussão sobre a temática acaba estruturando uma espécie de dualismo, de um lado posicionam-se aqueles que se denominam *pró-vida*, os quais argumentam pela total inviabilidade da descriminalização do abortamento. De outro lado, posicionam-se aqueles que compõem o grupo *pró-escolha*, notadamente sob a liderança de grupos feministas que lutam pela prevalência do direito de escolha da mulher até determinado ponto do processo gestacional.

Aqueles que se posicionam contrariamente à descriminalização do abortamento sustentam sua argumentação na primazia do direito à vida, proclamando que este é uma garantia constitucional presente no *caput* do artigo 5º de nossa Constituição: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

É bem verdade que a nossa Carta Magna estabeleceu como direito fundamental e inviolável o direito à vida, colocando-o, estrategicamente, como o primeiro direito a ser protegido, porquanto todos os demais decorrem dele. É nesse sentido que o grupo *pró-vida* entende que a referida proteção se estende ao feto e ao embrião desde a concepção. Esse posicionamento é fortalecido por grupos religiosos, sendo que a sua influência é tão significativa que, mesmo quando se busca uma discussão neutra, a moralidade acaba por se fazer presente.

Nessa esteira, vale mencionar que, em geral, os líderes religiosos reconhecem que o fundamento para a criminalização do aborto é religioso ou, no mínimo, principiológico. Cumpre salientar que, ao menos em suas raízes, essa fundamentação se explica muito bem pelo já citado conceito de heteronomia¹, ou seja, a ideia de que a vida é um dom divino, não pertencente, portanto, ao ser humano.

No entanto, os integrantes do grupo *pró vida* entendem muito bem que tal embasamento não é suficiente, dado a falta de universalidade que decorre da subjetividade da fé. Em suma, é necessário

¹ ALMEIDA, Marcos; DINIZ, Débora. Bioética e aborto. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira Costa; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Org.). *Iniciação à bioética*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 125-138. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

um embasamento técnico e científico, afinal um dos principais pressupostos da nossa democracia é a laicidade do Estado. Assim, a argumentação tende a se estruturar no princípio da inviolabilidade da vida.

Reconhecida a raiz da argumentação, o grupo *pró-vida* busca desenvolver sua argumentação de maneira a complementar o moralismo religioso, o fazendo com base em dispositivos normativos. Anteriormente, por exemplo, destacamos o teor do artigo 5º da Constituição Federal, dispositivo frequentemente utilizado na argumentação daqueles que se posicionam de forma antagônica ao direito de abortar.

Ainda nessa linha de raciocínio, as falas dos integrantes do grupo *pró-vida* na Audiência Pública² promovida pelo Supremo Tribunal Federal em 2018, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, demanda proposta com o objetivo de levar à apreciação do STF a recepção ou não dos dispositivos penais relativos ao abortamento, demonstram muito bem a conversação entre princípios e normas legais que se busca ao argumentar pela manutenção da criminalização.

Destarte, fundamenta-se a inviolabilidade do direito à vida também no Código Civil, que em seu artigo 2º, prevê que a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, de tal forma que, entre esses direitos, inevitavelmente estaria presente o direito à vida.

Outro dispositivo constantemente apontado como óbice à descriminalização, embasando a ideia de que a vida é inviolável desde a concepção, é o artigo 4º, I, do Pacto de São José da Costa Rica, diploma de direito internacional do qual o Brasil é signatário. Referido diploma foi elaborado em 22 de novembro de 1969 e internalizado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, ao qual, inclusive, o Supremo Tribunal Federal atribuiu hierarquia supralegal, com o seguinte teor: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Cumpra, nesse ponto, fazermos uma ressalva. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão que tem a prerrogativa de interpretar o teor dos dispositivos da Convenção Interamericana. Nesse aspecto, é certo que já houve interpretação no sentido de que não há qualquer óbice à descriminalização do abortamento em virtude da presença de tal dispositivo. Em suma, o termo “em geral” deve ser interpretado justamente como uma proteção geral aos direitos do embrião e do feto, proteção esta que está sujeita a restrições³.

No entanto, independentemente da linha argumentativa que se busque, é inegável que o grupo *pró-vida* possui muito poder. Ademais, é preciso lembrar que, hodiernamente, há uma tendência ao conservadorismo no governo brasileiro como um todo, realidade que eleva ainda mais a dificuldade em se estabelecer uma discussão séria e dissociada do fundamentalismo religioso. A realidade fica ainda mais preocupante quando se leva em conta que o Poder Legislativo é historicamente dominado por homens, em um recorte mais recente, por exemplo, desde o período militar de 1964 até a legislatura de 2017 o número de mulheres eleitas não atingiu 10% do total de parlamentares⁴. Essa dominância masculina pode dificultar ainda mais que a pauta da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez ganhe relevância, ou ainda, que o Poder

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. *Interrupção voluntária da gravidez*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442. Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) e Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. 03 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. *Interrupção Voluntária da Gravidez*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442. Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) e Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. 03 ago. 2018. p. 97. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁴ MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 50, 2017. p. 4. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8650734>. Acesso em: 09 maio 2020.

Legislativo se movimente no sentido de garantir o direito ao aborto nos casos em que este é por lei autorizado.

Por outro lado, em que pese prevaleça o cenário apresentado, não podemos ignorar que existe um movimento que busca a garantia dos direitos da mulher. Assim, o movimento feminista, fortalecendo os que compõem o grupo *pró-escolha*, busca garantir os direitos fundamentais da mulher, tais como o direito de escolha sobre o próprio corpo, consubstanciado na autonomia, os direitos sexuais e reprodutivos e, por mais que pareça contraditório para os que defendem a criminalização, o próprio direito à vida e à saúde da gestante.

Retoma-se, portanto, a existência de conflitos entre direitos fundamentais. Neste sentido, para que se estabeleça uma reflexão pautada na razoabilidade e na proporcionalidade, é imprescindível que a discussão do tema envolva os conceitos de democracia, Estado Democrático de Direito e liberalismo. Desta forma será possível aferir até que ponto é legítima a interferência Estatal em questões de conteúdo eminentemente individual, destituídos de interesse público.

Nesta esteira, um dos pontos que devem ser discutidos, principalmente pensando na nossa democracia, é a aplicabilidade do critério majoritário das decisões políticas. Em linhas gerais, quando uma discussão envolve temas afeitos à subjetividade do indivíduo, este método não é o ideal. Barroso⁵, em seu voto no *Habeas Corpus* (HC) 124.306, assevera que os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais e possuem como característica o fato de serem oponíveis à maiorias políticas, limitando o legislador e o poder constituinte reformador.

Portanto, buscando-se uma reflexão acerca da compatibilidade ou não da criminalização do aborto perante os pressupostos do Estado Democrático de Direito, é preciso levantar alguns questionamentos: como pode ser razoável tratar de um tema de natureza individual, pautando-se o processo decisório no critério majoritário?

De rigor, ainda, ir além: como pode ser justa a utilização do critério majoritário, com relação a um assunto eminentemente feminino, dentro de um ambiente (Poder Legislativo) historicamente dominado por homens? Ademais, há que se questionar se meios de consulta pública à população são válidos para este tema, bem como se a descriminalização do aborto deveria pautar-se no resultado de um eventual plebiscito.

É, provavelmente, impossível apresentar apenas uma resposta correta para cada tese. Como se sabe, o Direito, por acompanhar as vivências humanas, não é matemático, assim, qualquer posicionamento enrijecido é propenso a causar injustiças. Destarte, o mero fato de uma determinada tese ter maior apoio não implica na sua superioridade qualitativa, há diversas variáveis que devem ser consideradas, como por exemplo a cultura, o período histórico e o contexto político, inviabilizando a aplicabilidade irrestrita do critério acritico de maioria.

Para que se entenda tal linha de raciocínio é preciso levar em consideração que a doutrina do jusnaturalismo instituiu a ideia de que alguns direitos passaram a ser inerentes a todos os seres humanos, direitos estes que devem ser garantidos como condição de igualdade. Tal fato foi corroborado justamente pela criação da Declaração Universal de Direitos Humanos, pela qual estabelece-se um modelo liberal de organização do Estado, desembocando na necessidade de delimitar os “limites jurídicos do poder estatal”⁶.

Nessa esteira, cumpre mencionar que a ideia de “Estado de Direito” se contrapõe a ideia de “Estado Absoluto”, de tal forma que, para Bobbio⁷, a liberdade é aferida sempre com relação ao

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto-Vista Ministro Luis Roberto Barroso. Habeas Corpus 124.306. Rio de Janeiro. Edilson dos Santos e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 ago. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

⁶ PIRES, Teresinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 364-390, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2648>. Acesso em: 27 abr. 2020.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 15-18, 21.

Estado, consubstanciando tal atributo como um dos pilares do sistema democrático. Com os avanços conquistados pelo movimento feminista, vem se aperfeiçoando a ideia de liberdade reprodutiva, dentro da qual se encontra a temática do aborto. Em síntese, para o citado movimento, o direito ao aborto faz parte do princípio de autodeterminação da vontade.

Desta forma, importa novamente citar o voto do Ministro Barroso no HC 124.306⁸, pelo qual delimitou-se uma série de direitos que são violados pela criminalização. O primeiro, que é o ponto central da argumentação feminista, é o de que o ser humano, enquanto sujeito de direitos, é dotado de autonomia.

Com isso em mente, fica evidente que a criminalização do abortamento fere veementemente a autonomia da mulher, direito este consubstanciado de forma implícita em nossa Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III e que se configura derivação do direito à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o ser humano só pode ter uma vida digna se gozar de autonomia para fazer suas escolhas, principalmente aquelas que dizem respeito à sua individualidade.

Seguindo-se no rol de direitos destacados pelo Ministro, tem-se que a criminalização viola também a integridade física e psíquica da mulher. Tais direitos são resguardados em nossa Constituição em seu artigo 5º, *caput* e inciso III, e relacionam-se, inclusive, com o direito à saúde. Desta forma, cumpre elencar trecho do voto do Ministro Barroso:

A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuida de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.⁹

Outra grave violação ocorre com relação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, em tais direitos inclui-se a possibilidade de decisão sobre planejamento familiar. A mulher deve decidir sobre quando ou se efetivamente desejará ter filhos, referidas escolhas precisam ser tomadas sem qualquer forma de coerção. Justamente por isso que tais direitos são reconhecidos como direitos humanos e, portanto, existem acontecimentos importantes que precisam ser lembrados.

A Conferência do Cairo em 1994 (Conferência Internacional de População e Desenvolvimento), por exemplo, nos ensina a definição dos direitos sexuais e reprodutivos. Seu Capítulo VII, §7.3 indica que tais direitos se baseiam no reconhecimento do direito básico que todo casal e indivíduo possui de decidir livremente e de maneira responsável sobre o número de filhos, o momento da vida, o espaçamento entre estes, bem como o direito de informação e de ter os meios necessários que viabilizem a concretização de planejamento reprodutivo, preconizando que todo ser humano tem o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução.

Outro importante documento que merece ser lembrado é a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995, pela qual os países participantes se comprometeram a combater as desigualdades de gênero, buscando viabilizar o fortalecimento da mulher em todo o mundo.

Merece menção, também, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, documento que denota a luta internacional em prol da

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto-Vista Ministro Luís Roberto Barroso. Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro. Edilson dos Santos e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 ago. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

⁹ Ibid.

eliminação de toda forma de discriminação contra a mulher, fruto de toda uma história patriarcal que culminou na desigualdade de gênero observada nos dias de hoje.

Desta forma, para a argumentação *pró-escolha*, notadamente para a vertente feminista, a descriminalização do abortamento é uma das condições para que se alcance a almejada igualdade, bem como se elimine discriminações contra a mulher.

Direito à vida e interrupção voluntária da gravidez: as teorias acerca do início da vida humana

Conforme observado até o momento, a principal dificuldade enfrentada ao se tratar da temática do aborto é justamente a inviolabilidade do direito à vida. Assim sendo, para muitos, a descriminalização significa negar o direito à vida do feto, enquanto, para outros, apesar de reconhecerem a dita inviolabilidade, entendem que a criminalização não se sustenta quando confrontada com os princípios e garantias fundamentais previstas em nossa Constituição.

Nesta seara, a discussão a respeito do início da vida ganha relevância, haja vista que um posicionamento pautado em critérios razoáveis implica na não criminalização do aborto até determinado estágio do processo gestacional. Para tal, se faz necessário analisar a questão dissociada do moralismo subjetivo, pautado na heteronomia da sacralidade da vida.

Uma das formas de refutar esse posicionamento é justamente levar em consideração critérios biológicos. Nesse sentido, é preciso, por exemplo, colocar em evidência o fato de que o embrião, ou até mesmo o feto, não são independentes, ou seja, biologicamente falando, eles dependem do corpo materno para viver e se desenvolver. Dentro dessa análise, não parece razoável atribuir à vida do feto o mesmo valor moral que se atribui à vida humana já nascida¹⁰.

Evidentemente que há uma preocupação com relação à banalização da vida, no entanto, o atual regramento sobre o tema, ao buscar uma proteção de tal direito, acaba o desvalorizando. Reflexo dessa realidade é a alta taxa de mortalidade materna em decorrência da prática de abortos clandestinos, procedimentos estes realizados, na maioria dos casos, sem as mínimas condições sanitárias exigidas para que se proceda com segurança.

Destarte, a proibição do aborto, apesar de ser uma tentativa, ou estar revestida por uma justificativa de defesa da vida, na realidade, contribui para sua desvalorização. Adiante, esse tema será tratado em tópico específico dada a relevância da discussão, momento em que o tema será abordado sob a ótica da saúde pública.

Para o momento, cumpre salientar que, ao analisar esse cenário, fica evidente a necessidade de adoção de um posicionamento pautado na razoabilidade. Nessa esteira, ganha relevância a discussão acerca das teorias que buscam delimitar o início da vida humana.

Em princípio, há de se destacar a complexidade do tema. Por essa razão, existem inúmeras teorias distintas, uma vez que a ciência não conseguiu, até o momento, estabelecer em qual etapa do processo gestacional efetivamente pode-se afirmar que a vida humana se inicia.

O tema, portanto, comporta diversas análises. Para o presente trabalho, dado que o objetivo é a reflexão acerca da proibição do abortamento no mundo contemporâneo, analisaremos as quatro principais teorias que tratam do início da vida humana, sob a ótica jurídica e médica. Nesse sentido, é importante ressaltar que cada uma delas leva em consideração diferentes fatores, tais como aspectos genéticos, metabólicos, embriológicos, ecológicos e neurológicos.

De acordo com a visão genética, que fundamenta a teoria concepcionista, também chamada de teoria da fecundação, a vida humana tem início justamente com a fertilização/fecundação. Posto isto, a vida se inicia a partir do momento em que ocorre o encontro entre o espermatozoide e o óvulo,

¹⁰ NAHRA, Cinara Leite. O que pode nos ensinar o utilitarismo sobre o verdadeiro significado de ser a favor da vida. *Revista Seara Filosófica*, n. 8, p. 15-26, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/3249>. Acesso em: 09 maio 2020.

de acordo com Sadler¹¹ “o desenvolvimento começa pela fertilização, o processo pelo qual o gameta masculino, o espermatozoide, e o gameta feminino, o ovócito, unem-se para produzir um zigoto”.

Juridicamente falando, os defensores da teoria concepcionista se fundamentam, por exemplo, no teor do artigo 2º do Código Civil vigente. Referido dispositivo determina que a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida, com a ressalva de que devem ser resguardados os direitos do nascituro desde a concepção. Nessa linha de raciocínio, Ives Gandra¹² explica que a interpretação que se faz do referido dispositivo denota que o Código Civil adotou a teoria concepcionista.

A teoria da nidação, decorrente da embriologia, por sua vez, se baseia no acontecimento da nidação, ou seja, na fixação do ovo (óvulo fecundado) no útero materno. Após esse acontecimento, o embrião poderá dar início ao seu desenvolvimento.

Vale mencionar que esse mesmo ato demarca o limite da intervenção humana no processo gestacional, considerando que os processos de fertilização *in vitro* são realizados de maneira artificial até a inserção do ovo no útero. Sendo assim, o desenvolvimento da gestação, após tais procedimentos, dependerá do embrião em conjunto com o corpo materno.

Juridicamente, os defensores da teoria da nidação a sustentam na tipificação do crime de aborto. A ideia é que o termo “abortamento” indica a interrupção da vida intrauterina, de tal forma que a teoria concepcionista não seria a adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, antes da nidação, o que existe é vida extrauterina, por conseguinte, não tutelável. A referida argumentação é a mesma utilizada para justificar a licitude da comercialização de pílulas do dia seguinte.

Portanto, a teoria da nidação fixa o início da vida humana em um importante acontecimento do processo gestacional. Porém, não há como afirmar que essa seja a principal etapa da gravidez. A fecundação, por exemplo, tem igual importância, considerando que sem essa, jamais existiria a nidação.

Como se vê, ambas as teorias apresentam seus pontos negativos. Nesse sentido, a teoria neurológica surge para rebater as anteriores e busca fixar o início da vida em um momento mais avançado do desenvolvimento do embrião, qual seja a formação do sistema nervoso central.

O raciocínio feito pelos defensores dessa tese se fixa, em suma, no fato de que a essência do ser humano é sua capacidade racional. Ademais, pensando no outro extremo, ou seja, na morte, temos que a vida termina quando a atividade cerebral cessa.

Assim, fixar seu início no momento em que se iniciam os primeiros impulsos elétricos cerebrais parece ser razoável para seus adeptos. No entanto, a problemática dessa tese é justamente a falta de consenso científico no que tange ao momento da gestação que efetivamente ocorre a formação do cérebro. Alguns entendem que seja por volta da oitava semana de gestação, enquanto outros entendem que só ocorre por volta da vigésima semana¹³.

Apesar da controvérsia citada, juridicamente falando a tese se fundamenta, em certa medida, na lei que disciplina a remoção de órgãos e tecidos com a finalidade de realização de transplantes, qual seja, a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Referido diploma, em seu art. 3º, esclarece que o fim da vida humana ocorre com a morte encefálica. Com base em tal realidade legislativa, os defensores da teoria neurológica, utilizando-se de um raciocínio inverso, delimitam o início na vida na formação do sistema nervoso central.

¹¹ KOLLING, Gabrielle; MADEIRA, Marcus Vinicius. Vida, dignidade e aborto: notas sobre a (im)possibilidade do status moral do feto. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 79, 141-164, jan./abr. 2016. p. 151. Disponível em: https://amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1504547835.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Vida, o direito fundamental*. Petrópolis: Lex humana, 2009. p. 11-17.

¹³ KOLLING, Gabrielle; MADEIRA, Marcus Vinicius. Vida, dignidade e aborto: notas sobre a (im)possibilidade do status moral do feto. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 79, 141-164, jan./abr. 2016. Disponível em: https://amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1504547835.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado valorizar também a tese em questão. Veja-se, por exemplo, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54¹⁴, que ocorreu em 2012. Nessa ocasião o entendimento do referido órgão colegiado firmou-se no sentido de permitir o aborto em casos de fetos anencefálicos.

Obviamente, é possível encontrar nos votos dos ministros diferentes linhas argumentativas, que, inclusive, se modificam ao longo do tempo. Contudo, o fundamento principal para a decisão foi justamente a inviabilidade do feto anencefalo, pois em termos de vida extrauterina, sem cérebro, não existe vida humana.

Outro posicionamento, notadamente mais extremista, é previsto pela teoria natalista. Como o próprio nome sugere, a vida humana somente teria início a partir do nascimento com vida. Antes de tal evento, por conseguinte, o que se vislumbra seria apenas uma potencialidade de nascimento e, consequentemente, uma expectativa de direitos¹⁵.

A presente teoria tem mais relação com o Direito Civil do que propriamente com a medicina, a biologia ou o desenvolvimento do processo gestacional em si. Sua fundamentação decorre do mesmo dispositivo utilizado pelo grupo *pró-vida* para argumentar a favor da teoria concepcionista, o artigo 2º do Código Civil.

Referido dispositivo, como antes mencionado, preceitua que a personalidade civil tem início a partir do nascimento com vida. Essa dupla interpretação do mesmo artigo de lei denota, novamente, a falta de consenso que perdura com relação ao tema.

As principais críticas feitas a essa teoria se relacionam com o fato de que o embrião/feto seria considerado somente como coisa. Além disso, critica-se a sua dissonância para com os valores Constitucionais, bem como o seu distanciamento da ideia de proteção ampla dos direitos da personalidade, posicionamento que tem se mostrado tendência dentre os estudiosos do Direito Civil. Percebe-se, portanto, que a teoria natalista tem pouco espaço nos dias de hoje.

De qualquer forma, todas as teorias apresentadas, como demonstrado, possuem seus pontos positivos e negativos. Portanto, é inegável que a ciência, médica e jurídica, ainda não é capaz de determinar quando se inicia a vida humana. Do mesmo modo, não há como definir com exatidão o momento em que o cérebro humano se forma.

Não obstante tais dificuldades, dentre todas as teorias apresentadas, a neurológica é a que melhor se amolda as exceções que permitem a violação à vida biológica do feto. No mesmo sentido, é a que prevê, a partir de determinado ponto do processo gestacional, integral proteção à vida proteção. Em resumo, a teoria neurológica é a que mais se adequa ao critério de razoabilidade proposto pela presente pesquisa.

De qualquer forma, a verdade é que, na prática, a discussão aqui apresentada não tem impedido que a maioria dos países democráticos e desenvolvidos do mundo passassem a descriminalizar a conduta. Kottow faz questão de lembrar tal realidade observável hodiernamente:

Os antecedentes históricos, sucintamente apresentados, mostram como a determinação do começo da vida, na atualidade, tem apenas uma importância reduzida para regular as condutas de rejeição da gravidez indesejada: ou ela é terminantemente proibida, seja qual for o estágio de desenvolvimento do produto da concepção, incluindo a suspeita de fecundação, ou é permitida, dentro de limites estabelecidos por razões alheias à formação alcançada pelo embrião/feto¹⁶.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 abr. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em: 21 jul. 2020.

¹⁵ MOURA, Alessandro. As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional. *Caderno Virtual*. v. 1, n. 24, jul./ago. 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/538/380>. Acesso em: 10 nov. 2020

¹⁶ KOTTOW, Miguel. A bioética do início da vida. In: SCHRAMM, Fermin Roland; BRAZ, Marlene (Org.). *Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?* Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005. p. 19-38. p. 21. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/wnz6g/pdf/schramm-9788575415405-02.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

Portanto, independentemente do caráter secundário da discussão apresentada, a conclusão mais razoável que se pode chegar é a de que a vida do embrião/feto não tem o mesmo valor jurídico que a vida do ser humano já nascido. Assim, seria aceitável a ideia de que a escolha pelo aborto, dentro do limite de 12 semanas de gestação, revela-se como um ato que não afeta em nada terceiros, integrando, portanto, a moralidade individual da gestante. Não há, destarte, legitimidade por parte do Estado em restringir a liberdade e a autonomia da mulher.

Aborto e saúde pública: os possíveis reflexos da descriminalização do aborto

Entendemos que o debate acerca da temática do aborto tem se mostrado delicado e complexo, sendo protagonizado, em síntese, por dois grupos antagônicos, *pró-vida* e *pró-escolha*. Esse, fortificado pelo movimento feminista, abarcando pessoas com pensamento mais liberal, aquele com importante apoio e influência religiosa.

Até o momento, abordamos o debate em si, apresentando os principais argumentos de cada linha de pensamento, bem como os problemas ocasionados pela argumentação. Buscamos, ainda, evidenciar as teorias acerca do início da vida humana, sem, no entanto, enfatizar a questão da problemática de saúde pública. Essa escolha foi feita de forma proposital, haja vista a importância do tema que, certamente, merece a abordagem em tópico específico.

Quando se fala que a criminalização gera um problema de saúde, nos referimos à clandestinidade. Em resumo, de uma tentativa de abortamento, podem advir diversas complicações e enfermidades. Nesse sentido, é fácil concluir que, quando o procedimento é realizado de forma clandestina e, portanto, precária em termos de saúde e segurança, tais complicações tendem a aparecer com maior frequência e intensidade.

Ao tratar o tema na seara da saúde pública é preciso que se leve em conta dois fatores principais. O primeiro deles já fora exposto anteriormente, ou seja, sendo a heteronomia da sacralidade da vida o principal fundamento para a criminalização do aborto, temos que nem todas as gestantes se sentem subjetivamente coagidas pela norma penal incriminadora. Isso ocorre por diversos motivos, desde às suas crenças até a força subjetiva dos motivos que a levam a optar pela interrupção da gravidez.

É dentro desse cenário que se percebe a ineficácia da tipificação do crime de aborto. Significa dizer que, em número significativo, as gestantes interrompem voluntariamente sua gravidez e assim continuarão, independentemente de a conduta ser crime ou não.

A partir dessa ideia, passa-se a um raciocínio de constatação. Uma vez que a interrupção voluntária da gravidez é considerada um crime, evidentemente que não existem serviços legais que a forneçam. Assim, a gestante que desejar abortar terá de o fazer em clínicas clandestinas, ou ainda, através de métodos caseiros, o que as submete a perigo ainda maior.

O segundo fator que demonstra a necessidade de o tema ser tratado a partir da ótica da saúde é, justamente, a desigualdade econômica que existe em nosso país. Isso deve ser levado em conta no debate, haja vista que a mulher mais afetada pela criminalização é a mulher pobre que não tem condições de pagar pelos serviços de uma clínica clandestina.

Essa condição, a faz submeter-se à métodos abortivos extremamente invasivos e inseguros. Tais métodos vão desde a ingestão de chás caseiros e medicamentos ilegais ou restritos no nosso país, até atos inimagináveis, tais como inserir agulhas de tricô no útero. Toda essa precariedade pode desencadear problemas, como a perfuração do útero, hemorragia interna, infecção e até mesmo a morte.

Em contrapartida, a mulher que tem boas condições financeiras pode se valer dos serviços de clínicas clandestinas. Essas clínicas, ainda que não sejam ideais, conseguem fornecer um certo grau de segurança à gestante. Além disso, outra alternativa que essas mulheres encontram é a realização do procedimento em outro país, no qual o abortamento é interpretado como um direito da

mulher. No entanto, é evidente que essa realidade não é a ideal quando se pensa em saúde pública, devendo ser estudada e combatida.

Aprofundando-se a análise, temos que o Ministério da Saúde¹⁷ estima a ocorrência de mais de um milhão de abortamentos inseguros por ano no Brasil. Destes, pelo menos a quarta parte acaba desaguando em internações na rede pública de saúde, porquanto, como antes mencionado, existem inúmeras complicações que podem decorrer de tais procedimentos. Essas complicações, sem dúvidas, são agravadas em virtude da criminalização que resulta em práticas abortivas clandestinas e inseguras.

Vale destacar também que os números levantados pelo Ministério da Saúde são estimados. Destarte, ao associar essa estimativa ao fato de que o abortamento é um ato extremamente estigmatizado pela sociedade, tanto em termos morais e religiosos como pelo fato de ser considerado crime, entende-se que os números são subnotificados¹⁸.

Em resumo, as mulheres não se sentem seguras para falar sobre o assunto, ainda que lhe prometam o anonimato e o não julgamento, a postura é quase sempre de defesa e silêncio. Por medo e pelo estigma que o cometimento de um crime causa, as gestantes que realizam aborto não se sentem, em regra, à vontade para falar sobre a sua experiência.

A importância de tratar a temática do abortamento sob a ótica de saúde pública é tão grande, que esse foi um dos argumentos mais enfatizados quando da realização da audiência pública organizada pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442¹⁹.

Essa preocupação com o tema decorre também do disposto no artigo 196 da Constituição Federal que preceitua: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Pelo teor do artigo transcrito acima, percebe-se uma preocupação do Estado brasileiro para com a saúde pública, haja vista que essa encontra-se na seara de seus deveres. O mesmo dispositivo ainda prevê que o Estado deve adotar medidas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos, bem como viabilizar o acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Em observância ao indigitado dever, o Brasil tenta, ao menos em tese, promover a vida e a saúde criminalizando o abortamento. Contudo, o que se percebe na prática é que a tipificação é ineficaz, seja no sentido de não impedir a realização de abortamentos e, portanto, não garantir a vida e a saúde, ou ainda no sentido de que pouquíssimas mulheres são efetivamente punidas penalmente pela realização de um aborto.

Nesse aspecto, Diniz assegura que, se todas as mulheres que já realizaram um aborto estivessem presas, ou, ao menos, tivessem cumprido pena, o contingente de detentas seria de aproximadamente 4,7 milhões de mulheres. Referido valor equivale a cinco vezes o que se tem hoje, além disso, há que se ressaltar que nosso sistema prisional já é o quarto no mundo²⁰.

Continuando na análise dos números obtidos sobre o abortamento, Diniz ressalta que o estudo de maior magnitude sobre o abortamento é a “Pesquisa Nacional do Aborto”²¹. Referida

¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil. Brasília, 2009. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/livreto.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

¹⁸ DINIZ, Debora; MENEZES, Greice. Aborto: saúde das mulheres. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, p. 1668, jul. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 set. 2020.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária da gravidez. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442. Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) e Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. 03 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

²⁰ Ibid.

²¹ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa nacional de aborto 2016. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2020.

pesquisa foi realizada em dois momentos diferentes, em 2010 e em 2016, abrangendo 83% da população feminina, ou seja, toda a parte urbana de nosso país. Ressalta-se, no entanto, que 17% das mulheres não alfabetizadas não responderam à pesquisa, bem como, não foi possível cobrir a parte rural do Brasil. Em síntese, entende-se que os números, novamente, tendem a estar subnotificados.

É dentro de todo esse contexto que a discussão acerca da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez se desenvolve. Portanto, é justificável que se dê prevalência a argumentação que defende que o tema deva ser tratado sob a ótica de saúde pública. Porém, isso deve ser levado em conta sem desprezar o valor e a importância de todas as linhas argumentativas, pois todas convergem em uma tentativa de progresso em termos de liberdade, autonomia, igualdade e saúde.

O resultado da pesquisa indica que quase uma em cada cinco mulheres (1 a cada 5,4), aos quarenta anos, já fez ao menos um aborto na vida e o pico etário é dos 20 aos 24 anos de idade. Foi possível observar também, que muitas dessas mulheres, hoje, têm filhos e conhecem a responsabilidade e a seriedade da maternidade. No entanto, em determinado momento de suas vidas, escolheram pelo aborto. Diniz ressalta que essa mulher, sabendo de todos os efeitos e dificuldades da maternidade, acredita não ser capaz e opta pela interrupção da gestação.

A pesquisa também indicou que 56% das mulheres que já realizaram um aborto são católicas e 25% são evangélicas, ou seja, o abortamento é mais comum do que a sociedade civil acredita ser. Essas mulheres, por mais que tenham realizado um ou mais abortos, certamente o interpretam como algo errado, imoral, pecaminoso. Contudo, ainda assim o realizam, fato que demonstra como o atual tratamento dado à temática é ineficaz e injusto, merecendo ser revisto.

Ademais, a pesquisa indicou ainda que, somente no ano de 2015, foram realizados aproximadamente 503 mil abortamentos²², e o número total de mulheres que já realizou aborto, ao menos uma vez na vida, foi de 4,7 milhões, até o ano de 2016. Novamente, há de se deixar claro que enquanto o aborto for um crime, não haverá formas de se retratar o número real de abortamentos que ocorrem no Brasil, dada a tendência à subnotificação e a limitação das metodologias de pesquisa.

Entendida a magnitude do aborto no Brasil e admitindo-o como um problema de saúde pública que precisa de atenção e de modificação na sua política de enfrentamento, passa-se a analisar o tema focando na sua correlação com as desigualdades presentes na sociedade brasileira.

Nesse sentido, cumpre pontuar um fato que conhecemos muito bem: nosso país é enorme, tanto em termos territoriais como em termos populacionais. Aliado a isso, temos uma severa desigualdade social e econômica, além de considerável miscigenação. Destarte, todos estes fatores culminam em diferentes realidades quando se estuda o abortamento.

Quando falamos em desigualdade nos referimos a uma interpretação ampla do termo, de maneira a abarcar as desigualdades sociais no sentido econômico, étnico/racial e também a desigualdade de gênero. Com relação à desigualdade de gênero, por exemplo, é preciso que se busque a origem da criminalização da interrupção da gravidez, haja vista que esta não existe desde os primórdios da humanidade, ao contrário, começou a ganhar força com a evolução do Cristianismo e, sobretudo, do Catolicismo.

Para o direito romano, por exemplo, o aborto não era previsto como crime autônomo, considerando que o feto era interpretado como uma parte do corpo da mulher. Em muitas outras civilizações, o entendimento era parecido: o abortamento não sofria restrições e era usualmente praticado pelos mais variados motivos. Seguindo-se com o exemplo utilizado, foi somente sob o governo de Sétimio Severo que o aborto passou a ser tratado como uma violação ao direito do pai de

²² Ibid.

possuir seu herdeiro²³.

A desigualdade étnica e racial e a desigualdade econômica, por sua vez, andam de mãos dadas no Brasil. Como antes suscitado, a mulher mais afetada pela criminalização é a mulher pobre. Em nossa nação, tal fato implica na conclusão de que as mulheres negras são as mais afetadas, tendo em vista que estas integram a maior parte da população pobre que vive em situações precárias, fruto do racismo estrutural que vige em nossa sociedade.

De outro lado, a mulher que tem boas condições financeiras consegue ter acesso ao aborto de variadas formas, tendo em vista a existência de clínicas clandestinas que conseguem garantir um certo grau de segurança no procedimento. Deste modo, essas mulheres ainda podem conseguir realizar o procedimento através de um médico de sua confiança que lhe fornecerá um medicamento abortivo e fará o acompanhamento necessário. Além, obviamente, da opção de se realizar o procedimento em outro país.

Em contrapartida, a mulher pobre, com baixa escolaridade, precisará valer-se de métodos extremamente degradantes e arriscados, colocando a sua vida em risco. É nesse contexto que se torna possível afirmar que a criminalização não tem efeitos significativos com relação ao número de abortamentos realizados. Porém, afeta diretamente a saúde e a vida das mulheres, sobretudo das mais vulneráveis.

Cisne, Castro e Oliveira²⁴ trazem importantes dados envolvendo esse contexto de desigualdade social, a qual se opera nas citadas perspectivas de gênero, raça/etnia e econômica. Para isso, apontam pesquisas da Organização das Nações Unidas (ONU) que estimam a ocorrência de 22 milhões de abortamentos inseguros por ano no mundo, dado que assusta ainda mais quando considerado que 98% desses procedimentos ocorrem nos países de economia periférica e subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil.

É pensando nessa realidade que Diniz²⁵ aponta para o fato de que, apesar do aborto ser um evento comum entre as mulheres, a distribuição dos riscos é desigual. A Pesquisa Nacional do Aborto²⁶ indica maior concentração de riscos entre as mulheres mais jovens, pobres, que residem na região norte e nordeste do país, bem como as negras e indígenas.

Destarte, percebe-se que a criminalização do abortamento é fruto da desigualdade de gênero que se perpetua na história ocidental. Como consequência, produz resultados muito mais severos entre mulheres pobres, negras e indígenas, demonstrando que a desigualdade social e étnico/racial tem importante relação para com a temática, todos estes fatores corroboram a delicadeza e a urgência do tema.

Aprofundando-se na análise, é evidente que quando se discute a temática do aborto com vias a analisar a sua possibilidade/necessidade de descriminalização, é de suma importância que se façam projeções sobre os possíveis efeitos que seriam observáveis após a mudança. A melhor maneira de fazer tais previsões é a análise de dados obtidos em países que já passaram pelo procedimento de descriminalização.

Conforme vem sendo explicado, a criminalização não tem conseguido interferir no número

²³ BALBINOT, Rachele Amália Agostini. O aborto: perspectivas e abordagens diferenciadas. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 24, n. 46, p. 93-119, jul. 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15293/13896>. Acesso em: 17 set. 2020.

²⁴ CISNE, Mirla; CASTRO, Viviane Vaz; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante de. Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres. *Revista katálysis*, Florianópolis, v. 21, n. 3, p. 452-470, dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802018000300452&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 ago. 2019.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção voluntária da gravidez. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442. Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) e Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. 03 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntariadagravidez.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

²⁶ DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2020.

de abortamentos realizados. Barroso²⁷ ressaltou tal realidade em seu voto no HC 124.306, mencionando estudos relevantes sobre o tema. Assim, de acordo com a Organização Mundial da Saúde e com o Instituto Guttmacher, a taxa de aborto em países onde o procedimento é legalizado é da ordem de 34 a cada um mil mulheres em idade reprodutiva, enquanto que, nos países que criminalizam a prática, a taxa é de 37 para cada 1 mil mulheres.

Tais dados denotam que uma primeira preocupação já poderia ser descartada, qual seja, a ideia de que, com a descriminalização, aumentariam significativamente o número de abortamentos voluntários realizados. Da mesma forma, eventuais aumentos observáveis quando da descriminalização da conduta seriam plenamente justificáveis pela publicidade que se dá ao ato de abortar.

Como exaustivamente explicado anteriormente, os números que temos sobre o abortamento no Brasil hoje tendem a ser subnotificados. Logo, uma vez que todos os abortamentos viessem a ser computados, o que ocorreria com a descriminalização, números maiores seriam computados, evidenciando tão somente um aumento aparente.

Outro ponto que deve ser levado em consideração diz respeito ao fato de que o abortamento, quando realizado por profissional da saúde habilitado e em condições seguras, oferece baixos riscos à saúde da mulher e risco de morte praticamente insignificante. Esse foi um ponto destacado por vários profissionais da saúde que se manifestaram a favor da descriminalização do abortamento quando da realização da Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 442.

O método medicamentoso ou farmacológico, por exemplo, é, em suma, realizado com a combinação de Mifepristone ou Misoprostol e de acordo com a OMS apenas 2% a 5% das mulheres que utilizam tais medicamentos podem vir a necessitar de intervenção médica posterior. Sendo assim, quando o abortamento é realizado de forma legal, o acompanhamento médico necessário é menor quando em comparação com o abortamento clandestino, considerando, ainda, que esse tem maiores chances de evoluir para um quadro mais grave e necessitar de intervenção médica direta²⁸.

Outro método abortivo indicado é a Aspiração Manual Intrauterina (AMIU). Caracterizado como um procedimento cirúrgico de baixa complexidade, um estudo realizado com este método nos Estados Unidos aponta que apenas em 1,3% dos casos há complicações²⁹. No Brasil, o Ministério da Saúde prevê, na norma técnica de atenção humanizada ao abortamento³⁰, a utilização de tal método em gestações com menos de doze semanas.

Cumprido salientar que a referida norma do Ministério da Saúde é de extrema importância para a saúde da mulher. Nela, o órgão reconhece que o abortamento é um problema de saúde pública e afirma o seu compromisso em repensar políticas de Estado que visem a melhora no atual cenário. A primeira edição data de 2005 e prevê uma série de medidas que visam a inclusão de um modelo de atenção humanizado à mulher em situação de abortamento, posição que se coaduna com os diversos documentos de direito internacional citados anteriormente.

A norma, ainda, reforça os instrumentos de direito internacional dos quais o Brasil é signatário e reafirma o seu compromisso em garantir à mulher o acesso aos seus direitos sexuais e reprodutivos. Elucida também os deveres éticos do médico que tem de manter o sigilo para com sua paciente.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto-Vista Ministro Luís Roberto Barroso. Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro. Edilson dos Santos e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 ago. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Interrupção Voluntária da Gravidez. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442. Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) e Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. 03 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

²⁹ Ibid.

³⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Atenção humanizada ao abortamento. Norma Técnica. Brasília, 2005. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

O instrumento deixa claro também que, mesmo com o instituto da objeção de consciência, os gestores das unidades de saúde têm que estar preparados para garantir a mulher o direito ao aborto nos casos em que ele é permitido. Em síntese, o documento norteia todo o procedimento humanizado de abortamento, objetivando a prevenção de novos abortamentos e o tratamento para aqueles que não foi possível se evitar.

Assim, retomando-se o foco do presente tópico, a conclusão que se chega é a de que o abortamento, quando realizado por profissional da saúde treinado para tal, com os equipamentos e medicamentos adequados, é extremamente seguro para a gestante. Significa dizer que o índice de mortalidade e morbidade materna que se tem hoje em razão da clandestinidade seria drasticamente reduzido.

Ademais, como antes abordado, não haveria um aumento no número de abortamentos realizados. A citada norma técnica do Ministério da Saúde³¹, por exemplo, relata que importantes pesquisas, sobremaneira desenvolvidas pelo Instituto Guttmacher, demonstram que entre 1995 e 2003 o número de abortamentos induzidos em países desenvolvidos caiu de 10 milhões para 6,6 milhões. Em contrapartida, no mesmo intervalo, os números dos países desenvolvidos mostraram-se quase inertes, de 35,5 milhões em 1995 para 35 milhões em 2003.

O referido Instituto Guttmacher realiza constantemente a coleta de dados sobre o abortamento. No site oficial da organização é possível perceber, através de gráficos, o quanto o problema com relação ao abortamento é mais severo nos países subdesenvolvidos quando comparado aos países desenvolvidos. Entre 2015 e 2019, por exemplo, ocorreram cerca de 73 milhões de abortamentos a cada ano no mundo todo. Tal valor corresponde a 61% do número de gravidezes indesejadas, ou seja, 61% das gravidezes indesejadas terminam em aborto³².

No entanto, os números mostram suas desigualdades quando analisados em suas minúcias. A taxa de gravidezes indesejadas obtida em países pobres foi de 93 a cada 1000 mulheres. Nos países subdesenvolvidos foi de 66 e nos desenvolvidos foi de apenas 34 para as mesmas 1000 mulheres. O percentual de gravidezes indesejadas que terminou em aborto também foi superior nos países subdesenvolvidos que apresentou índice de 66%, enquanto que nos países desenvolvidos o percentual foi de 43%. Sendo assim, além de existirem menos gravidezes indesejadas em países desenvolvidos, o percentual de abortos relacionados a estas também é significativamente menor³³.

Como se vê, as pesquisas indicam que, a longo prazo, a descriminalização da conduta é o melhor caminho para se buscar as diminuições das taxas de abortamento. Isso pode ser atribuído ao fato de que, uma vez descriminalizado, o Estado passa a ter real conhecimento da situação do aborto em seu território, podendo mapear o cenário de forma detalhada e implementar medidas que resultarão em significativa diminuição do número de abortos voluntários realizados.

Conhecendo o real problema, o Estado pode investir em políticas públicas que visem a educação sexual de sua população, associado às medidas educativas. Nesse aspecto, é primordial o fomento à utilização de métodos contraceptivos, pois muitas pessoas sequer têm conhecimento sobre os mais variados métodos que existem nos dias de hoje. Esse déficit pode ser corrigido com a educação e com o incentivo do governo para sua utilização que deve ser acompanhado pela disponibilização gratuita destes métodos contraceptivos.

Não há dúvidas de que o abortamento deve ser combatido, no sentido de que é primordial que o número de abortamentos voluntários deve ser reduzido. Contudo, em conjunto a esse objetivo humanitário, é preciso garantir os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, bem como o seu

³¹Ibid.

³² GUTTMACHER INSTITUTO. *Unintended pregnancy and abortion worldwide*. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/factsheet/induced-abortion-worldwide>. Acesso em: 29 out. 2020.

³³Ibid.

direito à saúde.

Em suma, o Estado precisa acolher a mulher que realiza um aborto e educá-la para que tal prática não volte a ser necessária. Somente assim o aborto passará a ser um procedimento seguro e raro, garantindo-se os direitos fundamentais de todas as partes envolvidas nesse delicado tema.

Conclusões

A reflexão proposta pelo presente artigo possibilitou a percepção de que a criminalização do aborto voluntário no Brasil perdura, ainda hoje, por questões culturais e religiosas. Ademais, ficou evidente a ineficácia do atual tratamento previsto pelo ordenamento jurídico pátrio em termos de garantir a tutela do bem jurídico a que se destina, no caso, a vida do feto.

É por este motivo, bem como por todas as consequências aqui apresentadas, que o atual tratamento dado à temática da interrupção voluntária da gravidez precisa ser revisto. Nesse sentido, é imprescindível destacar que ao Estado não se garante o direito de escolher um lado. De acordo com a nossa Constituição, o Estado deve estar do lado da saúde.

O dever do Estado é, portanto, zelar pela vida e saúde de seus cidadãos. Atualmente, apesar de, em tese, buscar-se a proteção da vida desde a concepção, o que se tem na prática é uma dupla desproteção, ao passo que morre o feto e morre a gestante.

Ademais, outra importante conclusão reside no fato de que grande parcela dos abortamentos e, principalmente, das mortes, poderia ser evitada com a descriminalização. Com tal medida, o Estado passa a conhecer a real magnitude do problema, pode mapeá-lo e estabelecer estratégias para que, a longo prazo, garanta-se real proteção à vida, da gestante e do feto.

Isto poderá se dar por meio de políticas públicas que garantam o efetivo planejamento familiar, que eduque os cidadãos para que possam ter uma vida sexual saudável, com conhecimento suficiente de métodos contraceptivos e demais atitudes que garantam a saúde e a diminuição do número de gravidezes indesejadas.

Em síntese, é possível constatar que ambos os posicionamentos aqui citados, *pró-vida* e *pró-escolha*, na realidade objetivam garantir os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. Todavia, o que muda é a abordagem, a visão distinta dificulta o estabelecimento de um consenso. No entanto, essa dificuldade não pode impedir o Estado de reconhecer o problema sob a ótica de saúde pública e agir para saná-lo.

Deste modo, conforme exaustivamente demonstrado, o melhor caminho para se combater o abortamento e, associado a ele, a morbidade e a mortalidade materna, é a descriminalização associada à políticas públicas de educação sexual e saúde reprodutiva.

Referências

ALMEIDA, Marcos; DINIZ, Débora. Bioética e aborto. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira Costa; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Org.). *Iniciação à bioética*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 125-138. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

BALBINOT, Rachele Amália Agostini. O aborto: perspectivas e abordagens diferenciadas. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 24, n. 46, p. 93-119, jul. 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15293/13896>. Acesso em: 17 set. 2020.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 678, 6 nov. 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 4.377, 13 set. 2002*. Promulga a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livreto.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Atenção humanizada ao abortamento*. Norma Técnica. Brasília, 2005. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 Distrito Federal*. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. 12 abr. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. *Interrupção voluntária da gravidez*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442. Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) e Presidente da República. Relatora: Ministra Rosa Weber. 03 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/TranscrioInterrupovoluntriadagravidez.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto-Vista Ministro Luís Roberto Barroso. Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro. Edilson dos Santos e outros e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 ago. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

CISNE, Mirla; CASTRO, Viviane Vaz; OLIVEIRA, Giulia Maria Jenelle Cavalcante de. Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres. *Revista katálysis*, Florianópolis, v. 21, n. 3, p. 452-470, dez. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141449802018000300452&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 ago. 2019.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2020.

DINIZ, Debora; MENEZES, Greice. Aborto: saúde das mulheres. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, p. 1668, jul. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 set. 2020.

GUTTMACHER INSTITUTO. *Unintended pregnancy and abortion worldwide*. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/factsheet/induced-abortion-worldwide>. Acesso em: 29 out. 2020.

KOLLING, Gabrielle; MADEIRA, Marcus Vinicius. Vida, dignidade e aborto: notas sobre a (im)possibilidade do status moral do feto. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 79, 141-164, jan./abr. 2016. Disponível em: https://amp.r.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1504547835.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

KOTTOW, Miguel. A bioética do início da vida. In: SCHRAMM, Fermin Roland; BRAZ, Marlene (org.). *Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças?* Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. p. 19-38. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/wnz6g/pdf/schramm-9788575415405-02.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 50, 2017. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8650734>. Acesso em: 09 maio 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Vida, o direito fundamental*. Petrópolis: Lex humana, 2009.

MOURA, Alessandro. As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional. *Caderno Virtual*, v. 1, n. 24, jul./ago. 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/538/380>. Acesso em: 10 nov. 2020.

NAHRA, Cinara Leite. O que pode nos ensinar o Utilitarismo sobre o verdadeiro significado de ser a favor da vida. *Revista Seara Filosófica*, n. 8, p. 15-26, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/3249>. Acesso em: 09 maio 2020.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 364-390, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2648>. Acesso em: 27 abr. 2020.



Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao Direito, à Administração, Sociologia, História, Literatura, Economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva-SP, Fone: (17) 3522-2405 ou para o endereço eletrônico: ana_polacchini@yahoo.com.br

Seleção dos Artigos

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.
2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a tradução será providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, queterá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.
3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).
4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.
5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.
6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, em português e inglês (*keywords*).
7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.
8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.
9. Referências devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR6023:2018.

10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessário, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*

